Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2023 nº 37

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Sumario:

Editorial

- El Tribunal Supremo establece en 1.800 euros la indemnización que el INSS deberá pagar a los varones a los que denegó el complemento de maternidad por aportación demográfica
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- El Accidente de Trabajo en el Teletrabajo. La igualdad entre trabajadores a distancia y presenciales como base para resolver los nuevos conflictos
  Adrián Todolí Signes y Ángela Martín-Pozuelo López
- Consecuencias prácticas de la Prorroga Tácita de la Incapacidad Temporal ¿Modificacion indirecta de la extension de la contingencia?
  José Luis Lafuente Suárez
- Prestación por desempleo y absentismo injustificado: problemas aplicativos y recursos interpretativos
  Guillermo García González
- El nuevo marco sobre la Brecha de Género y la integración de las lagunas de cotización: un lento camino para las trabajadoras por cuenta propia
  Estefanía González Cobaleda

Estudios de Doctrina Judicial

- Ampliación del concepto de Accidente de Trabajo en Clases Pasivas: el accidente *in itinere* como consecuencia del servicio. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2023, rec. 2265/2021
  Henar Álvarez Cuesta
- Al perceptor de pensión de jubilación anticipada no se le puede reconocer una pensión por incapacidad permanente total (Comentario de la STS 158/2023, de 22 de febrero)
  Juan Miguel Díaz Rodríguez
- Reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada: situación asimilada al alta, a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2022
  Rafael Álvarez Gimeno

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- El seguro para la cobertura de la contingencia de dependencia de los Empleados Públicos Federales Norteamericanos. Una aproximación posibilista a la nueva contingencia contributiva de Seguridad Social del siglo XXI
  Jesús Martínez Girón
- Social Protection of Internally Displaced Persons: Problematic Issues of Practical Implementation and Solutions
  Oleg M. Yaroshenko, Olena O. Konopeltseva, Irina A. Vetukhova, Tetiana V. Koliesnik y Mykola M. Klemparskyi

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

Andrés Ramón Trillo García y Javier Aibar Bernad

Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social

- Orden TES/867/2023, de 22 de julio, por la que se crea la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE núm. 177, de 26 de julio de 2023)

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- Sobre el informe 'Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España' y el debate suscitado alrededor
  Luis Gómez Rufián y Daniel Pérez del Prado
- Revolución 4.0 y pensiones públicas: cotizaciones de la Seguridad Social como prestación patrimonial pública y tributaria
  Carlos David Aguilar Segado

Clásicos de la Seguridad Social

- ALEJANDRO GALLART FOLCH (1893-1972): Los fundamentos políticos y científico-jurídicos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2023 Nº 37

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

Revista de Derecho de la Seguridad Social
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/revistaseguridadsocial
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es
www.linkedin.com/showcase/revsegsoc/

Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación. Más información sobre esta licencia en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es

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 Titular 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*

Inmaculada Ballester Pastor, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón*

Paola Bozzao, *Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

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, *Catedrático (acreditado) 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*

CONSEJO ASESOR:

Belén Alonso-Olea García, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho de la empresa. Universidad de Granada*

Icíar Alzaga Ruíz, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

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*

Cristina Aragón Gómez, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

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*

Susana Barcelón Cobedo, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

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 de Madrid*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

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

Susana de la Casa Quesada, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Luis Enrique de la Villa Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Ángel Luis de Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Elena Desdentado Daroca, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

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

Elisabet Errandonea Ulazia, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

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

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*

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*

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*

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*

Esperanza Macarena Hernández Bejarano, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

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*
Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
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*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
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*
Carolina San Martin Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
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*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*
María Del Mar Pérez Hernández, *Profesora Doctora Asociada de la Universidad de Almería y Jefa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Almería*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Romero Ródenas, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*
Carmen Viqueira Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:
Alejandro Muros Polo

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.

Contenido

EDITORIAL **11**

EL TRIBUNAL SUPREMO ESTABLECE EN 1.800 EUROS LA INDEMNIZACIÓN QUE EL INSS DEBERÁ PAGAR A LOS VARONES A LOS QUE DENEGÓ EL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA (EL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD/BRECHA DE GÉNERO EN CONTROVERSIA JURÍDICA PERMANENTE) **13**
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta

ESTUDIOS DOCTRINALES **29**

EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO. LA IGUALDAD ENTRE TRABAJADORES A DISTANCIA Y PRESENCIALES COMO BASE PARA RESOLVER LOS NUEVOS CONFLICTOS **31**
Adrián Todolí Signes
Ángela Martín-Pozuelo López
1. INTRODUCCIÓN 31
2. ¿ENCERRADO EN CASA? LA DOCTRINA DE LA OCASIONALIDAD "RELEVANTE" EN CASOS DE TELETRABAJO 34
3. LA ESPECIAL INCIDENCIA DE LAS ENFERMEDADES CARDÍACAS EN EL TELETRABAJO 35
4. 4. EL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE* EN EL TELETRABAJO 38
5. LA PRESUNCIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO 42
6. CONCLUSIONES 49
7. BIBLIOGRAFÍA 50

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA PRORROGA TÁCITA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ¿MODIFICACIÓN INDIRECTA DE LA EXTENSIÓN DE LA CONTINGENCIA? **53**
José Luis Lafuente Suárez
1. INTRODUCCIÓN 53
2. EL AGOTAMIENTO DE LOS PRIMEROS 365 DÍA DE I.T. 54
3. LAS IMPUGNACIONES DE ALTAS MÉDICAS EN VÍA ADMINISTRATIVA 56
4. EL PROCESO JUDICIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL 60
5. EL OBJETO DEL PLEITO DE I.T Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL 61
6. LA IRRECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA Y LAS POSIBLES VÍAS DE SUBSANACIÓN DE SU ERROR 63
7. CONCLUSIONES 66
8. BIBLIOGRAFÍA 66

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y ABSENTISMO INJUSTIFICADO: PROBLEMAS APLICATIVOS Y RECURSOS INTERPRETATIVOS **69**
Guillermo García González
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN 69
2. LA COMPLEJA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO EXTINTIVO POR ABSENTISMO INJUSTIFICADO: DESPIDO *VERSUS* ABANDONO 71
3. LA INVOLUNTARIEDAD DE LA EXTINCIÓN COMO EJE DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO 74
4. DESPIDO POR ABSENTISMO Y SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO 76

5. EL FRAUDE DE LEY EN LA OBTENCIÓN DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y SU ESPECIAL DIFICULTAD PROBATORIA: PROYECCIÓN A LA INVOLUNTARIEDAD DE LA EXTINCIÓN....78
6. INDICIOS DE FRAUDE DE LEY EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: LA INVOLUNTARIEDAD EN EL CESE DEL TRABAJO MEDIANDO FALTAS DE ASISTENCIA....83
7. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL....89
8. BIBLIOGRAFÍA....90

EL NUEVO MARCO SOBRE LA BRECHA DE GÉNERO Y LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DE COTIZACIÓN: UN LENTO CAMINO PARA LAS TRABAJADORAS POR CUENTA PROPIA....93
Estefanía González Cobaleda
1. CUESTIONES PREVIAS: UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL MERCADO DE TRABAJO Y SU EFECTO EN LA BRECHA PENSIONAL....94
2. AVANCES SOBRE LA BRECHA DE GÉNERO Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL A PARTIR DEL RDL 2/2023....97
3. LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DE COTIZACIÓN PARA LA CONTRIBUCIÓN A LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO....98
4. EL CARÁCTER INCOHERENTE PARA INTEGRAR LAS LAGUNAS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS POR CUENTA PROPIA: EL GRAN OLVIDO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO....101
5. CONCLUSIONES....105
6. BIBLIOGRAFÍA....106

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 109

AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN CLASES PASIVAS: EL ACCIDENTE *IN ITINERE* COMO CONSECUENCIA DEL SERVICIO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE FEBRERO DE 2023, REC. 2265/2021 111
Henar Álvarez Cuesta
1. INTRODUCCIÓN....111
2. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL....112
3. NORMATIVA APLICABLE AL SUPUESTO DE HECHO....112
4. DOCTRINA JUDICIAL CONSOLIDADA SOBRE EL ACCIDENTE *IN ITINERE*....113
5. RESOLUCIÓN DEL CASO....115
6. REFLEXIÓN FINAL....116
7. BIBLIOGRAFÍA....118

AL PERCEPTOR DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA NO SE LE PUEDE RECONOCER UNA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL (COMENTARIO DE LA STS 158/2023, DE 22 DE FEBRERO) 119
Juan Miguel Díaz Rodríguez
1. DATOS ESENCIALES (FÁCTICOS Y JURÍDICOS) DEL LITIGIO ENTABLADO....119
2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 195 LGSS Y NORMATIVA ADICIONAL....122
3. EL TRIBUNAL SUPREMO MATIZA SU DOCTRINA (STS 158/2023)....129
4. VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE CAMBIO LEGISLATIVO....132
5. BIBLIOGRAFÍA....134

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA: SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA, A PROPÓSITO DE LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022....135
Rafael Álvarez Gimeno
1. INTRODUCCIÓN....135

2. LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022 136
3. LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DE LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022 A LA LGSS VIGENTE 140
4. CONCLUSIONES 141
5. BIBLIOGRAFÍA 142

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 143

EL SEGURO PARA LA COBERTURA DE LA CONTINGENCIA DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS. UNA APROXIMACIÓN POSIBILISTA A LA NUEVA CONTINGENCIA CONTRIBUTIVA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL SIGLO XXI ..145
Jesús Martínez Girón
1. LA CONTINGENCIA DE DEPENDENCIA COMO NUEVA CONTINGENCIA CONTRIBUTIVA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL SIGLO XXI, TAMBIÉN EN LOS ESTADOS UNIDOS 145
2. LA LEY NORTEAMERICANA DE 19 SEPTIEMBRE 2000, DE CREACIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES 147
3. 3. LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY NORTEAMERICANA DE CREACIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES 148
4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS 149
5. LAS PRIMAS DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS 150
6. LAS PRESTACIONES OTORGADAS POR EL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS 151
7. EL CONTENCIOSO JUDICIAL DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS 152
8. EL FRACASADO INTENTO DE EXTENSIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES AL CONJUNTO DE LA SOCIEDAD NORTEAMERICANA 153
9. LA REEVALUACIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS, TRAS LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS 154
10. BIBLIOGRAFÍA CITADA 155

SOCIAL PROTECTION OF INTERNALLY DISPLACED PERSONS: PROBLEMATIC ISSUES OF PRACTICAL IMPLEMENTATION AND SOLUTIONS 157
Oleg M. Yaroshenko
Olena O. Konopeltseva
Irina A. Vetukhova
Tetiana V. Koliesnik
Mykola M. Klemparskyi
1. INTRODUCTION 158
2. MATERIALS AND METHODS 158
3. RESULTS 159
4. DISCUSSION 163
5. CONCLUSIONS 165
6. REFERENCES 165

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 169

María Nieves Moreno Vida

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 171
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL.....178
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....187
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 192

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 199

DOCTRINA ADMINISTRATIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES.....201

Andrés Ramón Trillo García

1. INCAPACIDAD TEMPORAL.....201
2. JUBILACIÓN.....202

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....207

Javier Aibar Bernad

1. UNA BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL.....207
2. NOTICIAS SOBRE LA GESTION EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES.....210

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL 215

ORDEN TES/867/2023, DE 22 DE JULIO, POR LA QUE SE CREA LA OFICINA ESTATAL DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (BOE NÚM. 177, DE 26 DE JULIO DE 2023) 217

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 223

SOBRE EL INFORME 'PROYECCIONES DEL GASTO PÚBLICO EN PENSIONES EN ESPAÑA' Y EL DEBATE SUSCITADO ALREDEDOR.....225

Luis Gómez Rufián

Daniel Pérez del Prado

1. INTRODUCCIÓN: PROYECCIONES, PREVISIONES Y MODELOS DE ENFOQUE EN EL DEBATE SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES.....226
2. LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES: CAMBIO DE RUMBO.....227
3. LA CONTROVERSIA SOBRE EL INFORME 'PROYECCIONES DEL GASTO PÚBLICO EN PENSIONES EN ESPAÑA' 233
4. EVALUACIÓN DE ALGUNAS DE LAS DESVIACIONES EN LAS PROYECCIONES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES 237
5. CONCLUSIONES.....247
6. BIBLIOGRAFÍA 247

REVOLUCIÓN 4.0 Y PENSIONES PÚBLICAS: COTIZACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO PRESTACIÓN PATRIMONIAL PÚBLICA Y TRIBUTARIA.....251
Carlos David Aguilar Segado
1. LAS COTIZACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PENSIONES PÚBLICAS.....251
2. LA REVOLUCIÓN 4.0: TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y ROBOTIZACIÓN DEL TRABAJO.....255
3. CONCLUSIONES.....259
4. BIBLIOGRAFÍA.....259

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 261

ALEJANDRO GALLART FOLCH (1893-1972): LOS FUNDAMENTOS POLÍTICOS Y CIENTÍFICO-JURÍDICOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.....263
José Luis Monereo Pérez
1. LA PERSONA Y LA OBRA.....263
2. PENSAMIENTO SOCIOPOLÍTICO Y JURÍDICO: LA APORTACIÓN DE GALLART FOLCH A LA REFORMA SOCIAL ESPAÑA.....266
3. BIBLIOGRAFÍA.....300

Editorial

Laborum

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El Tribunal Supremo establece en 1.800 euros la indemnización que el INSS deberá pagar a los varones a los que denegó el complemento de maternidad por aportación demográfica[1] (El complemento de maternidad/brecha de género en controversia jurídica permanente)

The Supreme Court sets the compensation that the INSS must pay to men to whom it denied the maternity supplement due to demographic contribution at 1,800 euros (The maternity supplement/gender gap in permanent legal controversy)

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*
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El Tribunal Supremo establece en 1.800 euros la indemnización que el INSS deberá pagar a los varones a los que denegó el complemento de maternidad por aportación demográfica (El complemento de maternidad/brecha de género en controversia jurídica permanente)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 13-28.

> *"El derecho crea verdaderas y propias realidades que sin él no existirían, realidades, por tanto, que el derecho no toma de un mundo diferente del suyo para apropiárselas con modificaciones o sin ellas, sino que son exclusiva y originariamente suyas"*
>
> Santi Romano[2].

El pasado viernes 17 de noviembre, el Gabinete Comunicación del Consejo General del Poder Judicial hacía público el siguiente comunicado

[1] Titular y noticia facilitada por el Gabinete de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial en 17 de noviembre de 2023, accesible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-en-1-800-euros-la-indemnizacion-que-el-INSS-debera-pagar-a-los-varones-a-los-que-denego-el-complemento-de-maternidad-por-aportacion-demografica [consultado en 24 noviembre de 2023].

[2] Romano,S.: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico,* trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2002, p. 265.

"De conformidad con la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113-22), resulta obligado establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición.

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de un hombre a obtener del INSS una indemnización derivada de la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado, como consecuencia de que le denegó el complemento tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) que consideró discriminatoria por razón de sexo la regulación de la LGSS.

Se trata de una discriminación autónoma y ligada a dicha actuación denegatoria de la entidad gestora.

De conformidad con la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113-22), resulta obligado establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición. El Tribunal Supremo, en cumplimiento de su labor unificadora, teniendo en cuenta que los perjuicios causados en cada caso son similares y derivan de la misma decisión del INSS, ha fijado la indemnización en la cantidad de 1.800 euros.

Esa cantidad, concluye la sentencia, comporta una reparación integral del perjuicio sufrido y procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión"

No es la primera vez que desde la editorial se aborda el denominado complemento de aportación demográfica/maternidad y su sustituto de brecha de género. Ahí están las editoriales correspondientes a:

1) Editorial del número 35 (segundo trimestre de 2023) *"Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social";*

2) Editorial del número 31 (/segundo trimestre 2022) *"Luces y sombras del complemento de brecha de género (complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021"*;

3) Editorial del número 27 (segundo trimestre de 2021) *"Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (a propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 febrero);* y

4) Editorial n.º 22 (primer trimestre de 2020*) "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (a propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*".

Nunca un complemento a las pensiones había sido objeto de tanta atención en las editoriales de una revista especializada como es la *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, pero las controversias que ha provocado el régimen jurídico del mismo lo merecían.

La verdad es que en principio podría pensarse que la fijación de un complemento económico a las pensiones contributivas (de jubilación, incapacidad permanente y viudedad) no sería objeto de

discusiones o complejas controversias judiciales. La realidad, desde su implantación en 2015, como "*Complemento por maternidad*" y luego en 2021 como "*Complemento para la reducción de brecha de género*" ha sido otra, son múltiples decisiones judiciales sobre el particular, criterios administrativos que ser revisan continuamente e incluso con pronunciamientos relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si hacemos un breve recordatorio de su incorporación al Sistema de Seguridad Social resulta lo siguiente:

El complemento por maternidad, sería introducido como art. 50 bis al texto refundido de la LGSS de 1994[3] por la Disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, aplicable a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causaran a partir de 1-1-2016[4]. De su régimen jurídico cabría destacar

a) Su naturaleza de pensión pública contributiva.

b) Consistía en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad un porcentaje que estaba en función del número de hijos nacidos o adoptados antes del hecho causante:

    a) 2 hijos un 5%; b) 3 hijos un 10%; y c) 4 o más un 15%.

c) Establecía previsiones para diversas situaciones:

    — Cuando la cuantía de la pensión reconocida inicial era superior al límite máximo de las pensiones, o bien la cuantía de la pensión más el complemento resultaba superior al límite máximo de las pensiones[5].

    — Previsiones para cuando se permite legal o reglamentariamente la superación del límite máximo de las pensiones[6];

    — Para pensiones causadas en aplicación de la normativa internacional[7];

    — Reglas que contemplaban la situación de aquella pensión que no alcanzar la cuantía mínima legal[8]; y

[3] Que luego pasaría a ser el art. 60 del actual texto refundido de LGSS de 2015.

[4] Disposición final tercera de la Ley 48/2015, de 29 de octubre.

[5] Se establecían unos límites:
a) Pensión que supera el límite (si cómputo del complemento la suma de la pensión y el complemento no pueden superar el límite máximo incrementado en un 50%.
b) Se supera aplicando solo parcialmente el complemento a la cuantía de la pensión, se tendría derecho a percibir el 50% de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

[6] Cuando legal o reglamentariamente esté permitido la superación del límite máximo de las pensiones públicas, el complemento se calcula en los términos previstos, considerando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

[7] Si la pensión se causa totalizando períodos de seguro *prorrata temporis*, en aplicación de la normativa internacional, el complemento se calcula sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplica la prorrata que corresponda.

[8] Se reconocía dicha cuantía teniendo en cuenta el complemento a mínimos (art. 59 LGSS) y a este importe se le sumaba el complemento por hijo.

— Situaciones de concurrencia de pensiones[9].

d) No permitía el complemento en caso de jubilaciones anticipadas por voluntad de la interesada, ni tampoco en los casos de jubilación parcial[10].

e) El complemento iba vinculado a la pensión a completar en cuanto a su dinámica y actualización.

f) Solo se aplicaba a pensiones causadas a partir de 1-1-2016[11].

Su implantación y desarrollo posterior ha sido fuente de continuas controversias. Además de las más sonoras de la exclusión de varón y del reconocimiento a quienes se jubilarán anticipadamente, podrían recordarse las siguientes (sin ánimo de ser exhaustivo):

— *Viabilidad de reconocer el complemento en caso de nacido que no llega adquirir la personalidad civil.* Tras múltiples decisiones judiciales y criterios administrativos se decantó a favor de la tesis del INSS tras la STS 167/2023, de 27 de febrero[12] *"... si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en el esquema legal actual, en el que ninguna duda queda que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa legal derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica*" [FD.4º].

— *Hijo nacido vivo que fallece antes de las 24 horas*. Este supuesto es resuelto por STSJ Madrid en sentencia número 521/2018, de 24 septiembre[13], que tiene en cuenta la finalidad que a dicho complemento atribuye la norma y por ello se lo reconoce a quien dio a luz a un niño que falleció antes del transcurso de 24 horas, pues supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y preciso descanso recuperatorio.

— *Hijo dado en adopción y determinación del beneficiario*. Los Tribunales vendrán a considerar que son hijos computables para determinar la cuantía del complemento por maternidad son aquellos cuya filiación esté determinada a favor de la beneficiaria de la pensión en el momento del hecho causante, independientemente de que se trate de filiación biológica o por adopción[14].

— *Hijo nacido o adoptado en el extranjero* . La cuestión relativa a si cabe exigir o no que el hijo haya nacido o sea adoptado en España, es resuelta asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo 525/2016, de 14 de junio, siempre que con anterioridad al hecho causante de la prestación sobre la que se calcule el complemento y de conformidad con lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil, la adopción constituida por autoridades extranjeras haya

[9] En caso de concurrencia de pensiones se aplica a la que resulte más favorable. En caso de que concurriera pensión de jubilación y viudedad, se aplica a la de jubilación.

[10] Excepto a jubilaciones parciales anteriores a la anteriores a su entrada en vigor, si bien se estableció la previsión de reconocerlas una vez que la jubilación fuera plena, una vez que se cumpla la edad exigible.

[11] No procede reconocer a beneficiaria de una incapacidad permanente total cuyo hecho causante fue anterior a 1 de enero de 2016, STS 111/2023, de 8 febrero, ECLI:ES:TS:2023:395.

[12] ECLI:ES:TS:2023:748 (rec. 3225/2021). Contiene voto discrepante.

[13] STSJ Madrid 521/2018, 24 septiembre, ECLI:ES:TSJM:2018:11448 (rec. 592/2017).

[14] Criterio de gestión 1/2018, de 1 de febrero, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

surtido efectos en España con arreglo a las disposiciones de la Ley 5/2016, de 14 de junio, de Adopción Internacional[15].

— *Sobre la posibilidad de la elección de la fecha del hecho causante.* La posibilidad de que la beneficiaria pueda llegar a *"elegir"* la fecha del hecho causante fue también contemplada en sede administrativa. Se trataba del supuesto de mujeres cuyo cese en el trabajo se hubiera producido en el año 2015 reuniendo en ese momento los requisitos de edad y cotización para acceder a la pensión de jubilación, pero esperen a solicitar la prestación en 2016, fecha en la ya estaba en vigor el complemento y se pueda entender causado el derecho a dicha pensión en la fecha de la solicitud siempre que la trabajadora así lo solicite, accediendo a la prestación desde situación de no alta o, en su caso, de asimilada al alta, permitiendo de este modo lucrar el complemento por maternidad. El criterio del ente gestor es contrario por entender que, causada la pensión de jubilación en el momento del cese en el trabajo en 2015, es decir, en la condición de alta, no existe motivo alguno para reconocer la pensión desde situación de no alta o asimilada cuando la pensión se solicita posteriormente en 2016, pues habiéndose producido ya el hecho causante el mantenimiento del derecho a la misma es imprescriptible. Si bien, deja una salida a la situación, entendiendo que si después de cesar en el trabajo en 2015, cumpliendo todos los requisitos de carencia y edad para obtener la edad de jubilación y fijado un hecho causante en ese momento, la trabajadora vuelve a trabajar en 2016, pues en ese caso sí que las circunstancias a tener en cuenta han cambiado y la situación a proteger es otra distinta, ya que tienen que computarse nuevas cotizaciones y debe tomarse en consideración una fecha de cese en el trabajo posterior, con lo que se conforma un nuevo hecho causante el cual determina la aplicación del régimen jurídico de la pensión de jubilación vigente en la fecha en que se produce[16].

— La modalidad de acceso a la pensión de jubilación como impedimento para su obtención. La supuesta discriminación gira en torno a si cabía o no reconocerlo a quien accedía a la jubilación antes del cumplimiento de la edad ordinaria de acceso. El Juzgado de los Social núm. 1 de Barcelona planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto al apartado 4 (que excluía a las jubilaciones anticipadas) en relación con el apartado 1 del art. 60 LGSS[17], que el Tribunal Constitucional resolvió declarando inadmisible el recurso por estar notoriamente infundada la cuestión planteada[18].

Y así llegamos al al aspecto más controvertido: la viabilidad del que el varón pueda acceder a dicho complemento.

La cuestión llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y fue resuelta en sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), en el sentido de que el régimen jurídico instaurado por el art. 60 LGSS, en tanto reconocía el derecho al complemento solo a las mujeres pensionistas que hubieran sido madres de dos o más hijos biológicos o adoptados y no a los hombres en la misma situación era contraria a la Directiva 79/7 CEE del Consejo.

De los fundamentos de su decisión cabe destacar lo siguiente:

[15] Asumido en Criterio 27/2016, de 15 diciembre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.
[16] Criterio 9/2016, de 30 mayo. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.
[17] Auto 8 junio 2020, ECLI:ES:JSO:2020:60A
[18] Auto TC 16 octubre 2018. El Auto contó con votos particulares.

— El objetivo perseguido por art. 60 LGSS de recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, es igualmente predicable de los hombres, cuya contribución a la demografía es tan necesaria como la de aquellas, de ahí que, dicha circunstancia no pueda justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión.

— La norma en cuestión, perseguía, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitoras, cualidad también protegible respecto a los hombres, habida cuenta de que las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos y el precepto no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto, sino que se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del complemento a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz, y tampoco la norma exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad[19].

— La norma no supedita la concesión del complemento de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a su educación, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social.

— La regulación legal se limitaba a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional[20].

¿Y cual fueron las consecuencias de la sentencia del TJUE que consideró discriminatorio la exclusión al varón de su acceso?

La primera consecuencia obvia fue la de abrir la puerta de acceso al complemento a los hombres en paridad con las mujeres, si bien la interpretación que ha venido haciendo el INSS del acceso del hombre a dicho complemento ha encontrado múltiples trabas por parte de la Administración que han requerido nuevos pronunciamientos judiciales, incluido el TJUE, entre ellas:

[19] En relación con pensionistas del régimen de clases pasivas véase STSJ Madrid (sala de lo contencioso) 208/2021, 30 junio, ECLI:ES:TSJM:2021:7791 (rec. 483/2020).

[20] Ver STS 163/2022, 17 febrero, ECLI:ES:TS:2022:622, rec. 3379/2021. No obstante, en este caso concreto los efectos económicos quedaron fijados en los tres meses anteriores a la petición formulada en atención al principio dispositivo de las partes.
Las sentencias analizadas por el TS fueron STSJ Asturias 1363/2021, de 22 junio (rec. 177/2021) y la de contraste STSJ País Vasco 2 de marzo 2021 (rec. 1099/2021).
Véase también STS La Rioja 29/2022, de 10 febrero, ECLI:ES:TSLR:2022:78 (rec. 25/2022); STSJ Aragón 722/2021, 12 noviembre, ECLI:ES:TSJAR:2021:1077 (rec. 679/2021).

— La discusión acerca de los efectos económicos del reconocimiento: si debe aplicarse el artículo 53.1 LGSS, que establece una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud, o si, por el contrario, el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18 (TJCE 2019, 281) , WA contra INSS), que se publicó el 17 de febrero de 2020 de la que ha tenido que ocuparse el TS en el sentido de que la norma podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. La referida interpretación conforme conduce, correlativamente, a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc* -, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre que se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 LGSS, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichos requisitos se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres[21].

— Si es compatible el complemento reconocido a la madre con el que procede reconocer al padre. La cuestión gira en torno a considerar como prestación única y si es incompatible el disfrute simultáneo por ambos progenitores y es resuelto en el sentido de que el art. 60 LGSS en su redacción original no establecía incompatibilidad alguna y por tanto procede su reconocimiento[22]. Y en este sentido también se ha pronunciado el TS[23] que recuerda que el art. 60 LGSS omite por completo la consideración de qué sucede cuando el progenitor distinto del solicitante ya disfruta del complemento[24]. Si el legislador quisiera eliminar el beneficio en tales casos debiera haberlo explicitado. En cuestiones relacionadas con la protección frente a situaciones de necesidad (art. 41 de la Constitución), si la norma no exige más requisitos, el intérprete tampoco puede hacerlo.

Pero lo más llamativo ha sido esa obstinada práctica administrativa de denegar la prestación. Y así se puede ver el su criterio de gestión 1/2020, de 13 de enero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, que se reproduce a continuación[25]:

"*Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 del TRLGSS al pronunciamiento del TJUE se establecen, de conformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de fecha 27 de enero de 2020, las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora:*

[21] SJS nº 2 de San Sebastián 108/2022, 28 abril (JUR/2022/148845).

[22] STS 362/2023, 17 mayo, ECLI:ES:2023:2132 (rec. 3821/2022), dictada en recurso de casación contra la STSJ Galicia de 8 julio de 2022 (rec. 1417/2022).

[23] A diferencia del vigente art. 60 LGSS.

[24] Criterio que ha sido revisado por el criterio de gestión 35/2021, de 2 diciembre (ver apartado III letra H de este estudio).

[25] La Disposición Final tercera dispuso que entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir el 4 de febrero. Otras medidas recogidas en dicho RD-ley eran relativas a una nueva modificación del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo, sobre el Ingreso Mínimo Vital, compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario de los profesionales sanitarios y extensión de la protección por contingencias profesionales al personal sanitario de la Inspección Médica de los Servicios Públicos de salud, del INSS y del ISM.

1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha.

2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social"

Lo que suponía un mensaje muy claro a los hombres que pretendiesen que se les reconociese el indicado complemento: litigue usted y que en la Jurisdicción Social nos condene.

Craso error de cálculo, pues el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con arreglo al art. 267 TFUE, mediante auto de 2 de febrero de 2022, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a: si el incumplimiento administrativo del INSS era contrario al principio de igualdad de trato; si la fechas de efectos del reconocimiento judicial del complemento debería de ser la de solicitud (con retroacción de tres meses) o debe ser la fecha en que se ha dictado o publicado la sentencia del TJUE; y en tercer lugar, si de acuerdo a principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede [una] indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización[26].

[26] Literalmente la cuestión quedó planteada en los siguientes términos:
"1) Si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión [1/2020] de denegar siempre el complemento [de pensión] litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con la Directiva [79/7], un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 [de] diciembre [de] 2019, [Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C450/18, EU:C:2019:1075)], de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que, según su artículo 4, el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.
2) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C450/18, EU:C:2019:1075)], o a la del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente a que se refiere el complemento [de pensión] litigioso.
3) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede [una] indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización."

El TJUE respondió a las cuestiones prejudiciales primera y tercera en los siguientes términos:

"62. Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que la Directiva 79/7 y, en particular, su artículo 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial."

Y la consecuencia ya se habrá adivinado, el aluvión de reclamaciones del complemento y en su caso de indemnizaciones ha empezado a producirse, de hecho basta acceder a las redes sociales para ver anuncios en los que múltiples despachos se ofrece a reclamar tal complemento, todos ellos con variadas y sugerentes ofertas para el llamado a ser beneficiario y también los interrogantes que plantean web jurídicas ¿Qué va a hacer el INSS ahora?[27].

Pues bien, como se indicaba al inicio de esta editorial el Tribunal Supremo ha venido a establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición y se le obligue a litigar, que tasa en 1.800 euros. La pregunta que se puede hacer uno a continuación ¿es adecuada? ¿satisface los daños sufridos por una persona que tiene que litigar para obtener algo que la sinrazón le ha denegado? Si se piensa en que la reparación consiste en el abono de los gastos que el beneficiario ha tenido o tiene que abonar a un profesional, pues a lo mejor sí. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la pensión media de jubilación (por señalar una) a diciembre de 2022 era de 1.261,37 euros/mes o que el importe del complemento de maternidad/aportación demográfica para una persona con dos hijos (lo mínimo exigido) era del 5% de su importe, la reparación parece un poco escasa. Desde luego poco efecto disuasorio en un Ente Gestor en claro, obstinado e injustificado incumplimiento de sus deberes de acatar las resoluciones judiciales, sin causa alguna que lo pudiera justificar. No tiene mucho sentido a que a los beneficiarios de la Seguridad Social se les obligue a litigar absurdamente.

La cosa no queda aquí, un nuevo frente se le ha abierto a la Entidad Gestora, ahora con el complemento que sustituye al de aportación demográfica, el denominado complemento de brecha de género introducido por el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero en vigor desde 4 de febrero de dicho año. Realmente no debe sorprender a nadie, en editorial previa ya se había advertido, el nuevo diseñó del complemento de brecha de género en relación a los requerimientos que al hombre se le hacían podrían ser discriminatorios. Ya tenemos una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, auto de fecha 21 de septiembre de 2023, dictado en el recurso 1095/2022[28].

[27] https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/unas-notas-sobre-el-complemento-de-maternidad-que-va-a-hacer-el-inss-ahora-2023-07-11/

[28] Una síntesis del extenso auto es lo que a continuación encontrará el lector.

De los antecedentes recogidos en dicho auto resulta –en síntesis– lo siguiente:

— El INSS por resolución de 5 de julio de 2021 reconoció al demandante una pensión de jubilación con hecho causante de 30 de junio de 2021. La pensión de jubilación se reconoció con efectos económicos del 1 de julio de 2021 e importe de 1.637,08 euros (líquido de 1457 euros, tras deducción del impuesto IRPF). La base reguladora mensual es de 2.302,91 euros y se aplicó el porcentaje del 71,0876%, con 34 años y 180 días cotizados.

— Con fecha 16 de junio de 2022 el demandante solicitó al INSS el reconocimiento del complemento de pensión por brecha de género desde la fecha de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación al tener dos hijos.

— Se denegó por resolución del INSS de 14 de noviembre de 2022 al considerar que no reunía los requisitos que exige el artículo 60 de la LGSS[29].

— El demandante impugnó la resolución denegatoria de la seguridad social española al considerar que la actual regulación del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social infringe el derecho de la Unión Europea y, en concreto, las disposiciones que prohíben un trato desigual y discriminatorio de las mujeres y de los hombres, en este caso en los derechos y prestaciones de seguridad social.

Cuando al INSS se le da traslado del posible planteamiento de la cuestión prejudicial invoca en contra –en síntesis– lo siguiente:

— La nueva regulación del complemento respeta las exigencias de la Directiva 79/7/CEE y las previsiones de sus arts. 4.1 y 7.1 b), al tiempo que salva la defectuosa regulación precedente, que dio lugar a la STJUE de 13.12.2019, Asunto C-450/18.

— Insiste en que la nueva regulación recoge la finalidad legítima y proporcionada de la regulación del complemento de pensión reclamado en los términos que se expresa la exposición de motivos del RDL 3/2021, de 2 de febrero, al "compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de los trabajadores (ATC 114/2018)".

— Añadiendo que "el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva a favor de las mujeres siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad".

— Concluye sus alegaciones en el respeto a la Directiva al configurar el complemento para la reducción de la brecha de género, "que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a

[29] Con posterioridad a la denegación del complemento al demandante por no reunir los requisitos legales se reconoció a la progenitora de los dos hijos el complemento de reducción de la brecha de género. En concreto por resolución del INSS de 22.12.2022 se reconoció a la madre la pensión de jubilación anticipada por razón de edad con un complemento de reducción brecha de género en cuantía de 56 euros. El INSS en el desarrollo del debate del planteamiento de la cuestión prejudicial complemento a favor del hombre debe determinar la extinción del complemento que ya tiene reconocido la madre porque su pensión es superior a la del otro progenitor.

que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al complemento". Además de que el alcance temporal del nuevo complemento económico se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento.

El Ministerio Fiscal sin embargo informó que consideraba procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE ante las dudas sobre la adecuación del art. 60 de la LGSS al Derecho de la UE (Carta de Derechos Fundamentales y Directiva 79/7/CEE).

Y por su parte, el magistrado requirió al INSS que le facilitara datos estadísticos que le fueron facilitados por la Subdirección General de Prestaciones del INSS en fecha 17 julio de 2023, siendo los siguientes:

— Desde la entrada en vigor del RDL 3/2021, de 2 de febrero, se han reconocido 326.593 complementos para la reducción de la brecha de género de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente.

— Del total indicado, 279.910 correspondían a complementos a pensionistas mujeres, y 46.683 a pensionistas varones.

— Del total de pensionistas mujeres con complemento, 8.920 pensiones de jubilación alcanzaban por sus cotizaciones y periodos cotizados la pensión máxima del sistema de seguridad social establecida por ley cada año, a cuyo importe máximo se le añadía el importe del complemento; y en caso de pensionistas mujeres por incapacidad permanente alcanzaban la pensión máxima del sistema 850 (en el caso de complementos de pensionistas de jubilación reconocidas a hombres alcanzaban la pensión máxima 1402 y en caso de la incapacidad permanente 73).

— Del total de beneficiarias del complemento de reducción de brecha de género de las pensiones, se aplicó a 7915 mujeres el régimen legal de cotizaciones ficticias elevadas al 100% por situaciones de disfrute de excedencias y reducciones de jornada por guarda legal.

En su estudio para el planteamiento de la cuestión prejudicial el magistrado analiza:

A) Derecho de la Unión Europea:

— Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social[30].
— Tratado de la Unión Europea, arts. 6 y 157.4
— Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, arts. 20, 21, 23, y 34.

B) Normativa nacional:

— Arts. 7, ap. 1; 60, disposiciones adicionales trigésima sexta y trigésima séptima de la LGSS.
— Art. 14 Constitución Española
— Arts. 3, 4, 11.1 de la LO 3/2007, de 22 marzo.

[30] Cita tercer considerando; art. 1, art. 3 apartado 1, art. 4; y art. 7.

El juez de lo Social en su argumentación se va planteando dudas a las que luego va dando respuestas para justificar su planteamiento de cuestión prejudicial.

Comienza advirtiendo que la situación concreta que llega a su conocimiento es la siguiente: el reclamante, padre de dos hijos, y con pensión inferior a la que percibe la madre (la base reguladora y la pensión de jubilación que percibe la madre es superior a la del otro progenitor varón), no tiene derecho al complemento de su pensión porque no tiene más de 120 días sin cotización entre los nueves meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha (como exige el art. 60 de la LGSS).

Y a partir de aquí se va haciendo preguntas y respondiendo a las mismas:

¿El complemento de pensión reclamado ¿está incluido en el ámbito de la Directiva 79/7?

Pues bien, tras el análisis de la indicada Directiva, concluye que forma parte de las prestaciones de seguridad social vinculado a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, dentro de un sistema como el español de naturaleza contributiva. Según las contribuciones realizadas a lo largo de la carrera mediante cotizaciones mensuales se obtiene un importe concreto de la pensión. La particularidad del complemento discutido es que se adiciona al importe de la pensión calculado según las cotizaciones realizadas durante la vida profesional.

¿Hay una diferencia de trato, posible discriminación directa por *razón de sexo, situaciones comparables de las mujeres y hombres?*

Entiende que es indudable la diferencia de trato entre los beneficiarios de las pensiones según sea mujer u hombre. La norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido hijos biológicos o adoptados. Por otro lado, en la comprobación de si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables; y a este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas.

¿Está justificada la diferencia normativa *en la brecha de género en las pensiones con carácter general o en el cuidado y atención de hijos/as como tarea desarrollada de forma mayoritaria por las mujeres?*

Aquí el juez de lo Social tras un análisis detenido de la exposición de motivos del RD-ley 3/2021, llega a las siguientes consideraciones:

a) El complemento de las pensiones se reconoce a las mujeres al margen del impacto real que la maternidad o la adopción haya podido causar en su carrera profesional y al margen del importe de su pensión y de la contribución realizada a través de cotizaciones al sistema de seguridad social.

b) En el caso de las mujeres no se exige para el reconocimiento automático del derecho al complemento de la pensión lagunas de cotización ni cotizaciones inferiores a las que pueda haber realizado los hombres durante la vida laboral en general ni en determinados periodos de tiempo próximos al nacimiento o la adopción.

c) En cambio, en el caso de los hombres es necesario que acrediten lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en periodos de tiempo posteriores al nacimiento o la adopción

en relación a las inmediatamente anteriores. Solo se reconoce el complemento a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. En definitiva, en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS.

d) Por otra parte, el complemento de pensiones se reconoce a todas las mujeres que acceden a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente al margen de la cuantía de la pensión que perciban. No se vincula a la brecha de pensión de forma concreta, en relación a cada beneficiaria y vinculado al hecho de obtener una pensión inferior por el perjuicio que haya tenido en su carrera profesional o en la contribución a la seguridad social a través de sus cotizaciones.

Y prosigue en su análisis confrontando el marco jurídico actual del complemento con los razonamientos que su día llevaron al TJUE a declarar discriminatorio el complemento de maternidad o aportación demográfica.

¿El complemento de brecha de género cabe encuadrarlo en una medida de acción positiva al amparo del art. 157.4 del TFUE?

Y aquí recuerda nuevamente los razonamientos de la STJUE de 12 diciembre 2019:

a) El complemento de las pensiones se reconoce a las mujeres al margen del impacto real que la maternidad o la adopción haya podido causar en su carrera profesional y al margen del importe de su pensión y de la contribución realizada a través de cotizaciones al sistema de seguridad social. En el caso de las mujeres no se exige para el reconocimiento automático del derecho al complemento de la pensión lagunas de cotización ni cotizaciones inferiores a las que pueda haber realizado los hombres durante la vida laboral en general ni en determinados periodos de tiempo próximos al nacimiento o la adopción y , en el caso de los hombres es necesario que acrediten lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en periodos de tiempo posteriores al nacimiento o la adopción en relación a las inmediatamente anteriores. Solo se reconoce el complemento a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. En definitiva, en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS.

b) Y además el complemento de pensiones se reconoce a todas las mujeres que acceden a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente al margen de la cuantía de la pensión que perciban. No se vincula a la brecha de pensión de forma concreta, en relación a cada beneficiaria y vinculado al hecho de obtener una pensión inferior por el perjuicio que haya tenido en su carrera profesional o en la contribución a la seguridad social a través de sus cotizaciones.

Lo razonado anteriormente le lleva a formular al TJUE, en el ámbito de las previsiones del art. 2677 TFUE, las siguientes cuestiones sobre la validez e interpretación del art. 60 LGSS en relación con los arts. 1, 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978:

"PRIMERA CUESTIÓN:

¿La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no respeta el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por los *arts. 1 y 4 de la Directiva, una regulación nacional como la contenida en el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social que, bajo la rúbrica "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", reconoce la titularidad del derecho a un complemento a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente a las mujeres que hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y sean beneficiarias de dichas pensiones, sin ningún otro requisito y al margen del importe de sus pensiones, y no se reconoce en las mismas condiciones a los hombres en idéntica situación al exigir para acceder al complemento de su pensión de jubilación o de incapacidad permanente determinados periodos sin cotización o cotizaciones inferiores con posterioridad al nacimiento de los hijos/as o a la adopción y, en concreto, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el NUM001 de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer, y en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el NUM002 de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer?*

SEGUNDA CUESTIÓN:

¿La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, impone como consecuencia de la discriminación derivada de la exclusión del pensionista de sexo masculino que se le reconozca el complemento de la pensión de jubilación a pesar de que el artículo 60 de la LGSS establezca que el complemento solo puede reconocerse a uno de los progenitores y, al mismo tiempo, el reconocimiento del complemento al pensionista varón no debe determinar como efecto de la sentencia del TJUE y de la inadecuación de la regulación nacional a la Directiva la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación al concurrir en ella los requisitos legales de ser madre de uno o más hijos?".

En realidad el Juez de lo Social lo que ha hecho ha sido someter al art. 60 LGSS al mismo escrutinio que hizo la STJUE de 13 de diciembre 2019 respecto a la anterior versión del mismo. Y concluye finalmente que los mismos o similares reproches pueden hacerse a la versión actual.

Un examen detenido del art. 60 LGSS fuera de planteamientos alejados de la objetividad nos podría llevar con facilidad a poder asumir las dudas que al Juzgador se le han presentado.

Algunas consideraciones finales sobre el art. 60 LGSS y la necesidad de su replanteamiento

La primera consideración que cabría hacer es ¿Qué es lo que realmente se quiere proteger o compensar con este complemento?

Si lo que se quiere es compensar la denominada brecha de género, DA. 37.º de la LGSS, rubricada como "Alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas", su apartado 1 dice así:

"*A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres*".

Se podría pensar qué sentido tiene reconocer tal complemento a las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. Recuérdese que la pensión de viudedad se calcula sobre la cotización del causante que en este caso (lo más común) será un hombre y que, si es cierto que en general presenta cotizaciones superiores a la mujer, la cuantía de la pensión de viudedad será normalmente superior a la que pudiera obtener un hombre respecto de la mujer ¿habría brecha de género aquí?

La segunda consideración es quizás más delicada, pero hay que señalarla. A la mujer no se le exige acreditación alguna de haber visto afectada su carrera de seguro y al hombre sí. Se dirá que eso obvio, que la mujer se habrá dedicado al cuidado del nacido o adoptado, y probablemente mayoritariamente haya sido así. Pero entonces habrá que preguntarse si lo que se quiere es mantener este estatus (el de mujer al cuidado de hijo) y si eso favorece o no la corresponsabilidad en los cuidados de los hijos por parte del hombre.

Absurda y probablemente discriminatoria es la interpretación que el INSS hace cuando se es beneficiario de la pensión de viudedad y se pide el complemento, pues si para la mujer procede a computar los hijos de ella con independencia de la filiación, sin embargo, en caso de que sea hombre tendrá que ser hijos comunes con la causante. Y si fuere causante el hombre tampoco sería de aplicación y tendríamos que estar a la regla general de hombres causantes y beneficiarios

La tercera consideración, partiendo de presumir que alguno de los progenitores haya visto afectada su carrera profesional por el nacimiento o adopción de un hijo, es si habrá también que presumirlo de un hombre que decide adoptar el solo un hijo (fuera de matrimonio o pareja) ¿no? O ¿seguimos discriminando a las familias unipersonales cuyo progenitor sea hombre?

La cuarta consideración es si también resultan discriminados los matrimonios o parejas homosexuales (formadas por dos hombres) ya que ellos tienen que acreditar los requisitos que a un matrimonio o pareja entre mujeres no se les exige.

La cuarta consideración va referida a las dudas que puede plantear la exigencia de tales requisitos a los hombres solamente. Convendría mirar nuevamente a la citada STJUE y reflexionar sobre lo que allí se dice:

— La procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres.

— La procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Por tanto, desde el punto de vista

> biológico, las disposiciones del artículo 60, apartado 1, de la LGSS podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

Pero si la procreación o adopción la lleva a cabo un hombre y por tanto se encuentra en situación idéntica se le exigen distintos requisitos, no es descabellado concluir que una norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CE, relativa a la aplicación progresiva de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Por tanto, tanto si pensamos que la clave o el objeto del complemento es tener en cuenta la aportación demográfica o el efecto negativo que pueda tener en la carrera profesional de una persona y el objetivo perseguido consiste en garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales, lo mismo es predicable de los hombres[31]. Y reconocer a las mujeres, en cualquier caso, sin ningún condicionante y a los hombres que se encuentre en la misma situación unos requisitos, no solamente de acreditar haber sido afectada la carrera profesional, si no –en el caso de que la pensión de viudedad a completar- que los hijos tienen que ser comunes y además beneficiarios de pensión de orfandad, podría considerarse como discriminatorio.

Una quinta consideración esa extraña fijación de dos fechas de referencia en torno a los vacíos de cotización: hijos nacidos o adoptados antes o después de 1 de enero de 2015 y la razón para ser más "duros" para los hijos tenido o adoptados hasta el día 31-12-2014 a los que se exige días sin cotización (por tanto, lagunas) y a los nacidos a partir del día 1-1-2015 en cuyo caso basta con una incidencia en las bases de cotización. A no ser que se nos esté queriendo decir que la TGSS no tiene datos ciertos sobre las bases de cotización anteriores a 2015 y por eso se prefiere, sin más, exigir vacíos totales en la cotización.

Y una sexta consideración, no se explica la razón de que si los progenitores son dos hombres se mantengan esos requisitos para ambos, el de acreditar que la carrera profesional se ha visto afectada en los términos antes indicados y si fueran dos progenitores mujeres no sea preciso.

Cuando se analiza este legítimo, necesario y bien intencionado complemento para la reducción de la brecha de género, se recuerda respecto a su regulación legal específica el fenómeno paradójico de la *heterogonía de los fine*s: la idea de que los resultados finales objetivos de nuestras acciones son con frecuencia, cuando no con regularidad, diametralmente opuestos a las intenciones iniciales[32].

---

[31] Véase «Estudio de impacto del nuevo Complemento de pensiones no contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-ley 3/2021, como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social», elaborado por CC.OO. en fecha 3 de febrero de 2021. Accesible en https://www.ccoo.es/2dcb498db3515a699c57681ec18c2b3c000001.pdf. Consultado en 24 de febrero de 2021.

[32] Heterogonía de los fines es una expresión formulada en 1886 por el psicólogo alemán Wilhelm Wundt, para denotar el fenómeno de cómo la actividad dirigida a un objetivo a menudo causa experiencias que modifican el patrón motivacional original. Cfr. Wundt, Guillermo G. [Wilhelm]: *Ética. Una investigación de los hechos y leyes de la vida moral,* 3 Tomos, trad. de la cuarta edición alemana por Fermín Herrero Bahillo, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1917. Max Weber realzaría el sentido trágico de la "heterogonía de los fines" vinculándola a las disfuncionalidades de la racionalidad con arreglo a fines, incluida la racionalidad jurídica. En ese marco Weber sugiere que la sociedad en un medio en el cual las mejores intenciones se transforman, con elevada frecuencia, en malos resultados. En el fondo, dentro de su visión pesimista, la heterogonía negativa de los fines opera en todas las circunstancias y, más particularmente en el destino universal de todos los esfuerzos colectivos para mejorar el mundo.Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, capítulo I, espec., págs. 110 y sigs.

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El Accidente de Trabajo en el Teletrabajo. La igualdad entre trabajadores a distancia y presenciales como base para resolver los nuevos conflictos[1]

Work Accidents while Working from Home. Equality between remote and face-to-face workers as a basis for resolving new conflicts

Adrián Todolí Signes
Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València
https://orcid.org/0000-0001-7538-4764

Ángela Martín-Pozuelo López
Prof. Ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València
https://orcid.org/0000-0001-5518-5688

Cita Sugerida: TODOLÍ SIGNES, A. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á.: «El Accidente de Trabajo en el Teletrabajo. La igualdad entre trabajadores a distancia y presenciales como base para resolver los nuevos conflictos». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 31-51.

Resumen

El aumento del recurso al teletrabajo en los últimos años ha puesto en evidencia muchas de sus carencias reguladoras. Una de ellas guarda relación con el concepto de accidente de trabajo. La LTD no incorporó ninguna referencia sobre esta cuestión, y tampoco se ha modificado el artículo 156 de la LGSS para adaptar su contenido a las especialidades del teletrabajo. Esta falta de adaptación normativa ha llevado a los tribunales a tener que aplicar la normativa y jurisprudencia clásicas a esta nueva forma de prestación de servicios. Esta tarea, en cambio, no está siendo sencilla y encontramos pronunciamientos divergentes que, en el futuro, podría tener que resolver el Tribunal Supremo. En este trabajo, se analizan estos problemas aplicativos y las soluciones judiciales que se están produciendo en la materia, tratando de aportar soluciones interpretativas que ayuden a proteger, en condiciones de igualdad, a las personas teletrabajadoras.

Palabras clave

teletrabajo; accidente de trabajo; ocasionalidad relevante; accidente *in itinere*; presunción

Abstract

The increase in the use of remote working in recent years has highlighted many of its regulatory shortcomings. One of these relates to the concept of accidents at work. The LTD did not incorporate any reference to this issue, and Article 156 of the LGSS has not been modified to adapt its content to the specifics of remote working. This lack of regulatory adaptation has led the courts to apply the classic regulations and jurisprudence to this new form of service provision. This task, on the other hand, is not proving simple and we find diverging sentences that the Supreme Court may have to resolve in the future. In this exercise, these application problems and the judicial solutions that are being produced on the matter are analysed, while trying to provide interpretative solutions that help to protect remote workers with an equal footing.

Keywords

remote working; work accident; relevant occasionality; accident *in itinere*; presumption

1. INTRODUCCIÓN

El teletrabajo lleva entre nosotros desde la década de los años setenta, cuando apareció por primera vez en Estados Unidos. No obstante, el avance de las Nuevas Tecnologías de la Información

[1] Investigación que forma parte del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado "Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo" ref. PID2022-139967NB-I00

Fecha Recepción: 14/6/2023 - Fecha Revisión: 26/6/2023 - Fecha Aceptación: 27/6/2023
Pags. 31-51

y de la Comunicación (NTIC) ha hecho que la forma inicial de teletrabajo tenga poco que ver con la actual. Pese a estos avances, no fue hasta la necesidad de teletrabajar derivada de la pandemia sanitaria provocada por la COVID-19 cuando el teletrabajo experimentó un gran auge. Los últimos datos disponibles señalan que la media de teletrabajo ocasional/habitual en la UE27 ha ascendido hasta el 24,4 % en 2021, frente al 11 % que representaba en el año 2015[2]. En el caso español, en 2019, el porcentaje de teletrabajadores apenas representaba el 4,25 % del total de ocupados, sin embargo, actualmente, este porcentaje alcanza el 15,5%[3]. No obstante, las previsiones apuntan a que, en el largo plazo, el teletrabajo seguirá incrementando su presencia, a pesar de su estabilización en 2022[4].

La escasa importancia del teletrabajo en términos numéricos antes de la crisis sanitaria explica el escaso interés que despertó su debida regulación. En cambio, una vez se ha generalizado el recurso a esta forma de prestación de servicios, se han puesto rápidamente de manifiesto las múltiples carencias que la rodean. Una de ellas, de enorme importancia práctica para la debida protección de las personas trabajadoras, centra el objeto de nuestro estudio: la Seguridad Social y, concretamente, el accidente de trabajo.

La regulación del accidente de trabajo contemplada en el art. 156 de la LGSS[5] tiene sus orígenes en la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. La normativa actual parte de una responsabilidad casi objetiva del empresario sobre los accidentes de trabajo que ocurran en tiempo y lugar de trabajo. Se entiende que el empresario, dueño del lugar de trabajo y que dicta instrucciones sobre cómo realizar el mismo y de qué forma, debe responder de los daños que se produzcan en sus dominios. En efecto, el empresario es el más preparado para disminuir los accidentes de trabajo, por lo que la responsabilidad y los daños a él deben imputarse con objeto de que tenga incentivos para reducir los mismos y proteger al trabajador. Adicionalmente, esta responsabilidad también se explica porque es el empresario quien se beneficia del trabajo realizado, por ello debe asumir los riesgos y consecuencias negativas en caso de accidentes.

En cualquier caso, se parte de la idea de que la legislación en materia de accidente de trabajo no está pensada específicamente, al menos, para el trabajo a distancia. Es más, la reciente regulación en materia de trabajo a distancia, la *Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia* (LTD)[6], no recoge referencia alguna en materia de Seguridad Social en general, ni particularmente sobre accidentes de trabajo, y tampoco parece probable que así lo haga en el corto plazo (ni que se modifique la LGSS sobre este particular)[7].

De esta manera, solamente queda aplicar la normativa y jurisprudencia existente hasta el momento para el trabajo en las oficinas del empresario en materia de accidente de trabajo para los casos de trabajo a distancia y teletrabajo. Una tarea nada sencilla ya que los principios de actuación del teletrabajo son muy distintos[8]. Así, no solamente el empresario no tendrá control directo sobre las

[2] EUROFOUND, *Digital age. Telework and ICT-based mobile work: flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020, p. 7, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/telework-and-ict-based-mobile-work-flexible-working-in-the-digital-age

[3] EUROSTAT, *Share of employed people working from home sometimes or usually by EU Member States in 2019, 2020 and in 2021*, 2022, datos disponibles en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics#Remote_work:_disparities_by_country_and_level_of_education

[4] EUROFOUND, *The rise in telework: Impact on working conditions and regulations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, p. 1.

[5] *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*.

[6] Sobre esta Ley, ampliamente, *vid*. Todolí Signes, A. y Rodríguez Piñero, M. (dirs.), *Teletrabajo y trabajo a distancia. Análisis del marco jurídico vigente,* Pamplona, Aranzadi, 2022.

[7] Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales", *IUSLabor*, núm. 1, 2023, pp. 145-165 (148), https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2023.i01.05

[8] Moreno Romero, F., "Accidente trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X., *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Derecho-ley 28/2020,*

condiciones materiales del lugar de trabajo, sino que tampoco habrá una supervisión directa de cómo dichas condiciones van modificándose con el tiempo. Adicionalmente, la falta de separación entre lugar de descanso y de trabajo también difuminará la frontera a efectos de la presunción de accidente de trabajo. A su vez, lo mismo ocurrirá en materia de tiempo de trabajo. El teletrabajo, en muchas ocasiones, viene unido –y solamente así tiene sentido– con un incremento de la libertad del trabajador para adecuar los horarios a sus necesidades personales y de conciliación. De esta forma, simplemente el hecho de conocer cuándo se están prestando servicios, algo tan sencillo de hacer en el trabajo presencial, se dificulta enormemente en el teletrabajo. A esto se adicionan supuestos más complejos como accidentes *in itinere*, durante los descansos u otras circunstancias que dificultarán conocer si existe ocasionalidad relevante en el accidente[9].

En este trabajo se analizará la jurisprudencia actual en materia de accidente de trabajo con objeto de saber cuál puede ser trasladada al ámbito del teletrabajo y, en su caso, con qué matizaciones o adaptaciones. El objetivo es, por tanto, dar respuesta a las principales incógnitas que han ido surgiendo alrededor de esta forma de prestación de servicios.

De este modo, se empezará analizando la doctrina de la ocasionalidad "relevante" y su aplicación al teletrabajo (2). La jurisprudencia de los últimos años ha sido generosa a la hora de aplicar esta doctrina, lo que ha incrementado los casos en los que se entiende producido un accidente de trabajo. Analizar esta cuestión se considera esencial puesto que, como se verá, es precisamente esta "generosidad" la que reduce la incertidumbre en la aplicación del concepto de accidente de trabajo en el teletrabajo (los supuestos analizados permiten extrapolar factores como la flexibilidad horaria o de lugar de trabajo que existe en el teletrabajo sin afectar a la calificación del accidente como de trabajo).

Seguidamente, se analizará la aplicación de la regulación de los accidentes de trabajo a las enfermedades como los ictus o los infartos de miocardio (3). En efecto, siendo el teletrabajo una prestación de servicios no industrial ni de construcción, probablemente los mayores riesgos estén relacionados con este tipo de enfermedades. Así, el análisis de los criterios jurisprudenciales aplicados en esta materia hasta el momento nos dará una visión clara de cuál debe ser su aplicación en el teletrabajo.

En el siguiente epígrafe se analizará el accidente *in itinere* en el teletrabajo (4). Si bien la identificación del lugar de trabajo con el domicilio reduce en gran medida la aplicación de este concepto, se analizarán algunos supuestos donde se podrá seguir aplicando en el teletrabajo.

Finalmente, se analizará cómo debería aplicarse la presunción de accidente de trabajo si este se produce en tiempo y lugar de trabajo en las prestaciones de servicios en remoto (5). La flexibilidad de estos dos parámetros (lugar y tiempo de trabajo) en estos casos dificultará la aplicación de la presunción. No obstante, la relevancia que tiene la misma, dada la dificultad de demostrar de otra forma el nexo causal, hace necesario un esfuerzo para mantener su aplicación. Por ello, en este trabajo se distinguirán cuatro supuestos distintos con diferentes consecuencias jurídicas en materia de aplicación de la presunción.

de 22 de septiembre, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 473-502 (487).

[9] Pese a esta particularidad, son escasos los convenios colectivos que recogen alguna precisión a este respecto (si bien es comprensible dado el carácter indisponible de las normas en esta materia). En algunos casos, podemos encontrar referencias genéricas como la incorporada en el Convenio colectivo de bolsas y mercados españoles (BOE de 23 septiembre 2022, núm. 229, p. 130896), con el siguiente tenor literal (apartado tercero del Anexo III): "*7. Accidente de trabajo durante la situación de teletrabajo: Las Partes son conocedoras de que únicamente tendrá la consideración de accidente de trabajo, y, por tanto, tendrá cobertura por parte de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales colaboradora de la Seguridad Social de las Compañías, aquellas situaciones de accidente que se produzcan con ocasión o por consecuencia de la realización del trabajo*".

2. ¿ENCERRADO EN CASA? LA DOCTRINA DE LA OCASIONALIDAD "RELEVANTE" EN CASOS DE TELETRABAJO

El accidente de trabajo se define como "*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*" (art. 156.1 LGSS). Por tanto, es necesaria la concurrencia de tres elementos para estar en presencia de esta tipología de accidentes: 1) una lesión corporal; 2) trabajo por cuenta ajena; y 3) la existencia de un nexo causal entre la primera y el segundo.

El elemento que presenta mayores particulares en el teletrabajo es el tercero. Concretamente, el artículo 156.1 LGSS recoge, con carácter amplio, que la lesión corporal debe sufrirse "con ocasión o por consecuencia" del trabajo. Así, el precepto recoge la existencia de una causalidad directa (por consecuencia); pero también una causalidad indirecta (con ocasión); quedando excluida del carácter laboral, tan solo, la ocasionalidad pura.

Por un lado, la causalidad directa implica la existencia del daño durante la ejecución del trabajo, y, por tanto, obedece a la idea más común de accidente de trabajo. Por otro lado, la causalidad indirecta supone que el trabajo no es la causa de la lesión, sino que proporciona la ocasión de esta, es decir, que la lesión no se hubiese producido de no existir la obligación laboral. Esta ocasionalidad "relevante" se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva: la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla (entre muchas otras, STS de 27 de febrero de 2008, Rec. 2716/2006). La jurisprudencia ha estimado que la relación de causalidad se mantiene salvo que concurran hechos de tal magnitud que sea evidente la absoluta carencia de tal relación (por todas, STS 25 de marzo de 1986).

Partiendo de esta definición, la jurisprudencia ha calificado como accidente de trabajo, entre otros, los siguientes casos. En primer lugar, ha merecido esta consideración el accidente de una trabajadora (esguince torcedura de muñeca a consecuencia de una caída) acontecido cuando salió de la empresa dirigiéndose a tomar un café en una cafetería dentro del tiempo legalmente previsto como de trabajo, de quince minutos, por tratarse de jornada superior a seis horas, habitualmente utilizado como una pausa para "tomar café". En este caso, se ha entendido que tomar café es una actividad habitual, social y normal en el mundo del trabajo (primer elemento), y que el trabajo es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento (segundo elemento). El nexo de causalidad nunca se ha roto porque la pausa era necesaria y la utilización de los quince minutos por la trabajadora se produjeron con criterios de total normalidad (STS de 20 de abril de 2021, Rec. 4466/2018; en sentido similar, STS de 13 de diciembre de 2018, Rec. 398/2017).

En segundo lugar, se ha considerado accidente de trabajo el sufrido por una trabajadora que, con la intención de aparcar su coche más cerca del centro de trabajo, se dirigía a su vehículo cuando fue atropellada por un tercero en las inmediaciones de su centro de trabajo durante su tiempo de descanso de 20 minutos, considerado tiempo de trabajo convencionalmente (STS de 13 de octubre de 2021, Rec. 5042/2018).

En último lugar, también se ha considerado accidente laboral la caída sufrida por un trabajador en el aparcamiento cuando se disponía a utilizar su coche y acudir a comer en sus 40 minutos de descanso (STS de 13 de octubre de 2020, Rec. 2648/2018). El accidente ocurrió cuando el trabajador se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa y se resbaló cayendo al suelo, consecuencia de lo cual sufrió una contusión en su hombro derecho y una pequeña herida en el codo. Tales hechos evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba el trabajador cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo. Además,

no concurre ninguna circunstancia que evidencie de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la caída.

La duda que se plantea ahora es si esta doctrina expuesta podría extrapolarse también a los supuestos de teletrabajo en el domicilio de la persona trabajadora. A nuestro parecer, la respuesta debería ser afirmativa. Como se puede observar, los motivos para calificar tales hechos como accidente de trabajo son, básicamente, tres: 1) existencia de un enlace directo y necesario entre el hecho lesivo y el tiempo y el lugar de trabajo; 2) inexistencia de ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la caída; y 3) la salida del centro de trabajo responde a un actividad habitual, social y normal en el mundo del trabajo (en el caso de las pausas de café). Estos tres elementos pueden concurrir igualmente en el caso de una teleprestación de servicios.

El hecho de que el centro de trabajo coincida con el domicilio de la persona trabajadora no supone, en ningún caso, la obligación de que esta se encuentre encerrada en su domicilio durante la totalidad de la jornada de trabajo. Así, del mismo modo que es admisible una pausa durante el trabajo en el centro de la empresa, saliendo a la calle, debería ser totalmente admisible esta misma situación en el teletrabajo. Ahora bien, siempre sometida a criterios de normalidad y razonabilidad. Efectivamente, una pausa de 15 minutos para tomar un café en un lugar cercano al domicilio sería razonable; no así una pausa de tres horas para tomar café en horario de trabajo al otro lado de la ciudad sin justificación laboral alguna.

3. LA ESPECIAL INCIDENCIA DE LAS ENFERMEDADES CARDÍACAS EN EL TELETRABAJO

Las enfermedades o dolencias cardíacas han sido objeto de un tratamiento especial en el ámbito de los accidentes de trabajo. En casos de teletrabajo, ya pueden encontrarse algunas sentencias que abordan esta problemática, todas ellas referidas a supuestos de infartos e ictus.

Siguiendo un orden de exposición cronológico, es interesante resaltar, en primer lugar, la STSJ de Madrid de 10 de julio de 2006 (Rec. 1965/2006), aunque no esté enmarcada, propiamente, en un supuesto de teletrabajo a domicilio. En esta ocasión, nos encontramos ante el fallecimiento de un trabajador en fecha 28/11/2004, por infarto agudo de miocardio. Este hecho se produjo un domingo a las 00:30 h en el domicilio familiar mientras el trabajador se encontraba trabajando con su ordenador personal con el que consultaba los archivos de la empresa en un asunto que tenía que tratar al día siguiente con un cliente importante de la empresa al que ésta estaba realizando un proyecto, del que el afectado era Jefe, y habían aparecido complicaciones. Además de preparar la visita de un ilustre invitado de su empresa (un premio Nóbel de Física) que iba a venir a España a dar una conferencia sobre temas profesionales que constituyen el objeto social de la empresa, sociedad para la que trabajaba como Jefe de Proyectos.

Sobre la base de lo expuesto, el TSJ señala que, dado que el causante no había tenido con anterioridad a su fallecimiento ningún episodio de dolencia cardíaca y el infarto le sobrevino cuando estaba haciendo los trabajos que, en razón de su puesto de Jefe de Proyectos, debía realizar para la empresa y no podría aplazar su ejecución, en el presente caso no se percibe ningún otro elemento desencadenante de aquel infarto que el trabajo que estaba realizando naturalmente estresante y preocupante. Por ello, puede decirse que el trabajo fue la causa exclusiva porque no se ha probado que concurriera ninguna otra.

En cuanto a considerar que falleció "en sus horas de ocio", el TSJ lo considera materialmente contrario a la realidad. Si formalmente empezaba su jornada laboral el lunes siguiente en los locales de la empresa, materialmente no estaba disfrutando de horas de ocio, sino trabajando en su casa en asuntos de su incumbencia profesional y laboral. Sin olvidar que a un trabajador tan cualificado como un Jefe de Proyectos de una empresa de ingeniería industrial no se le remunera por horas sino por

el conjunto de su trabajo que debe realizar dentro o fuera de la empresa pero que, esencialmente, debe dar resultados positivos. Y para la consecución de este objetivo último, deberá trabajar cuando haga falta, y es este tipo de trabajo el que se remunera por la empresa, no las horas que esté en sus dependencias, principalmente. Esto difumina los estrictos límites de lugar y horario de trabajo que deben ser interpretados en su verdadero significado que no es otro, en el presente caso, que el trabajador falleció cuando estaba trabajando para su empresa en un proyecto de la misma.

En suma, todo ello lleva al TSJ a concluir que el infarto agudo de miocardio que produjo su fallecimiento lo sufrió "con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecutaba por cuenta ajena", esto es, un accidente de trabajo.

En segundo lugar, cabe destacar la STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 (Rec. 809/2020). En esta ocasión, el trabajador afectado era un técnico comercial que se encargaba de contactar, gestionar y realizar visitas programadas a los clientes de su zona, debiendo realizar los reportes y tareas administrativas utilizando material informático (ordenador) teléfono móvil, y vehículo de empresa. Las tareas administrativas vinculadas a su trabajo se realizaban desde el propio domicilio del trabajador (la empresa no disponía de oficina en la zona de trabajo de esta persona). El trabajador gozaba de flexibilidad horaria para el cometido de sus funciones, si bien, el horario general de la empresa era el de 8:00 h a 17:00 h.

El día 4 de enero de 2019, sobre las 8:30 h, el trabajador sufrió en su domicilio un infarto agudo de miocardio a consecuencia del cual falleció. No constaba la existencia de conflictividad laboral o visitas programadas para el día 4 de enero. No obstante, sí constaba la existencia de antecedentes de tabaquismo activo, obesidad y angina estable clase funcional CCs 2b/4 en el trabajador afectado (tenía programado cateterismo para marzo 2019). Ante estos hechos probados, el TSJ del País Vasco concluye que nos encontramos "*ante un hecho súbito que se desencadena en tiempo y lugar de trabajo, por lo que se ve favorecido por la presunción "iuris tantum" de accidente de trabajo que contiene el artículo 156.3 TRLGSS, y que la Mutua demandada no ha logrado destruir*"[10]. Asimismo, el hecho de que el trabajador presentase antecedentes cardíacos "*no es suficiente para destruir la presunción antedicha, ni permite destruir la calificación de "accidente de trabajo", pues la crisis se ha desencadenado en tiempo y lugar de trabajo, sin que se pueda excluir la intervención del trabajo como factor desencadenante de la misma*"; "(n)*i siquiera el hecho de que el trabajador ya padeciese con anterioridad la enfermedad o hubiese presentado síntomas permite destruir la presunción de accidente de trabajo, cuando el óbito se ha producido en tiempo y lugar de trabajo*" (apoyándose, entre otras, en la STS de 27 septiembre de 2007 -Rec. 853/2006-).

En tercer lugar, encontramos la SJS núm. 3 Girona de 12 noviembre 2020 (núm. 524/2020). La actora en este procedimiento se encontraba prestando servicios con categoría de auxiliar administrativa. El día 14/05/2020, mientras se encontraba teletrabajando desde su domicilio, la trabajadora sufrió un ictus isquémico en territorio de ACA izquierda de etiología cardioembólica posible por aneurisma de SIA.

La trabajadora asumió por iniciativa propia, durante el periodo comprendido entre el 27/4/20 y el 13/5/20, la atención telefónica de entrada de la oficina de vivienda, tarea que no realizaba con carácter habitual. Solo en ocasiones el teléfono se desviaba a las auxiliares administrativas, y durante el día 13 de mayo, anterior al ictus, la trabajadora gestionó hasta 45 correos electrónicos y atendió hasta 45 llamadas telefónicas, cifras estas que son de las mayores que se hacen constar en los registros.

[10] «*Pese a que la actividad realizada en el domicilio por el trabajador finado no fuera "preponderante", en los términos que exige el artículo 13 ET para la configuración del "trabajo a distancia", lo cierto es que al menos una parte de sus obligaciones laborales las realizaba habitualmente desde su domicilio, de manera que debe presumirse que las estaba llevando a cabo en lugar de trabajo al producirse el mortal episodio cardíaco también en tiempo de trabajo*».

Nuevamente, sobre la base de la jurisprudencia sentada por el TS, se concluye que el ictus sufrido no es una patología que, por su propia naturaleza, excluya la etiología laboral, y, dado que no se ha practicado prueba para destruir la aludida presunción, no cabe excluir de forma clara y determinante que el desempeño del trabajo fuese un factor desencadenante del proceso lesivo o, cuanto menos, un factor coadyuvante, y, por ende, suficiente para su producción. Por tanto, debe entenderse producido un accidente de trabajo.

Por último, merece especial mención la STSJ de Aragón de 18 de enero de 2022 (Rec. 875/2021). La actora en este litigio fue una Profesora de Educación Primaria en un colegio y Coordinadora de 1º y 2º de Educación Primaria. Como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, la organización del trabajo implantada se basaba en el momento de los hechos en el teletrabajo. Durante esta etapa, no se estableció una jornada de trabajo con horario fijo, sino que se flexibilizó para adaptarlos a las circunstancias personales. El día 4 de junio de 2020, la trabajadora sufrió un infarto de miocardio.

En concreto, la jornada que debía desarrollar la trabajadora el día 4 de junio de 2020, era de mañana, adaptándose las conexiones que la demandante realizaba en horario de tarde a la mañana. Ese día tenía programada una reunión virtual con otros compañeros de trabajo, a la que estaba convocada como Coordinadora. La mañana de los hechos, la trabajadora comentó a otro compañero de trabajo que tenía dolores en el brazo y en la espalda, a las 9:40 horas, antes de conectarse a la reunión a las 12.00 horas. En el curso de la reunión, el compañero de trabajo observó que la actora estaba aturdida, aunque se desarrolló sin ningún tipo de incidente. La reunión terminó a las 14:05 horas y a las 14:43 el hijo de la actora avisó al 061, al encontrarse su madre indispuesta, desencadenándose -entonces- el infarto. Durante las 24 horas previas, la afectada había presentado tres episodios de dolor torácico opresivo no irradiado de menor intensidad, sin cortejo, que cedieron con paracetamol y que la paciente achacó a su artritis reumatoide.

Al igual que en el caso anterior, el TSJ fundamenta su decisión en jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Por una parte, la etiología común de la lesión no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante. En efecto, la falta de relación lesión/trabajo debe acreditarse de manera suficiente, por lo que el demandante únicamente debe probar que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo (STS de 23 de enero de 2020, Rec. 4322/2017). Por otra parte, la presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos es la acción del trabajo como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida (STS de 27 septiembre de 2007 -Rec. 853/2006-).

Por todo lo anterior, el TSJ falla aplicando la presunción de laboralidad establecida en el art. 156 LGSS a este caso y, dada la inexistencia de prueba en contrario, se concluye la existencia de un accidente de trabajo.

En definitiva, en las sentencias expuestas se aplica la doctrina clásica del Tribunal Supremo respecto de las dolencias cardíacas en el trabajo también a los casos de teletrabajo, debiendo cumplirse los tres elementos siguientes:

Debe tratarse de enfermedades que, por su propia naturaleza, puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo[11], sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral. Es decir, debe valorarse si es o no descartable una

[11] Entre ellas, se han incluido eventos cardíacos, como el infarto agudo de miocardio (SSTS de 8 marzo de 2016, Rec. 644/2015 y 18 de diciembre de 2013, Rec. 726/2013); la angina de pecho (STS de 26 de abril de 2016, Rec. 2108/2014); la isquemia miocárdica-arritmia cardíaca-asistólica causada por arterioesclerosis coronaria y cardiopatía dilatada (STS de 22 de julio de 2010, Rec. 4049/2009), o un episodio de taquicardia (STS de 13 de octubre de 2003, Rec. 1819/2002); y también ataques cerebrales, como un ictus (STS de 29 de abril de 2014, Rec. 1521/2013), una hemorragia intraparenquimatosa (STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2698/2009), una hemorragia

influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de la crisis o episodio concreto.

— Deberá correr a cargo de la persona trabajadora la prueba relativa a la concurrencia de las circunstancias que califican el accidente como laboral, salvo que este haya ocurrido en tiempo y lugar de trabajo, pues, en este caso, entraría en juego la presunción del artículo 156.3 LGSS. En este segundo supuesto, la persona trabajadora únicamente deberá acreditar que dicha enfermedad se ha manifestado en el lugar de trabajo y durante el tiempo del mismo. Para desvirtuar esta presunción, la parte contraria deberá aducir hechos que desvirtúen dicho nexo causal de manera suficiente.

— La aplicación de la presunción señalada en el párrafo anterior no puede quedar excluida por el hecho de que la persona trabajadora padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, persistiendo o agudizándose la dolencia durante el período de actividad laboral, pues lo que se valora a estos efectos no es la acción del trabajo como causa de la lesión sino como causa desencadenante de una crisis.

4. 4. EL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE* EN EL TELETRABAJO

Este tipo de accidentes son aquellos que sufre la persona trabajadora al ir o al volver del lugar de trabajo (art. 156.2.a) LGSS). Esta modalidad de accidente de trabajo es un ejemplo de causalidad indirecta que, dada su escasa regulación normativa, ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia, con criterios que se han ido adaptando a los diferentes contextos de la realidad. En la actualidad, los requisitos exigidos son (de manera sucinta): a) la finalidad laboral del desplazamiento realizado; b) el trayecto debe unir el domicilio normal con el lugar de trabajo habitual; c) el recorrido debe ser el habitual, sin desviaciones –geográficas o temporales– ajenas al trabajo que rompan el nexo causal[12]. Estos requisitos deberán ser demostrados por quien alegue el carácter profesional del accidente (por todas, SSTS de 16 de noviembre de 1998, Rec. 502/1998; y de 24 de junio de 2010, Rec. 3542/2009), obteniendo, en ese momento, la calificación de "*in itinere*" de manera automática[13].

Con carácter general, conviene tener presente la amplia flexibilidad con la que los tribunales vienen interpretando los conceptos "lugar de trabajo" y "domicilio".

Por un lado, la referencia a "lugar de trabajo" no significa, necesariamente, centro de trabajo, sino lugar hacia el que se ha de desplazar la persona trabajadora para realizar alguna actividad vinculada son su desempeño laboral (lo que ha dado paso a los "accidentes en misión").

Por otro lado, en cuanto al domicilio, si bien se exige su carácter habitual, no es necesario que la titularidad del mismo sea de la propia persona trabajadora. Así, se ha aceptado la consideración de domicilio a estos efectos el de los suegros donde la persona trabajadora residía durante el periodo

cerebral secundaria a rotura de malformación arterio-venosa (STS de 10 de diciembre de 2014, Rec. 3138/2013) o una hipoxia cerebral (STS de 11 de diciembre de 1997, Rec. 1215/1997).

[12] Recuérdese que se excluyen de este concepto los accidentes producidos durante desplazamientos realizados por la persona trabajadora no vinculados con el trabajo, aunque sean autorizados por la empresa (por ejemplo, ir al médico por motivos personales –SSTS de 10 diciembre 2009, Rec. 3816/2008 y de 15 de abril de 2013, Rec. 1847/2012–; o acudir a una cita con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria –STS de 29 de marzo de 2007, Rec. 210/2006–).

[13] En el concepto de accidente *in itinere* solo se incluyen los accidentes en sentido estricto, es decir, lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo, pero no las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación, como son las enfermedades surgidas o manifestadas durante el trayecto de ida o vuelta del trabajo. No obstante, si se acredita que la enfermedad o dolencia manifestada en ese momento tiene relación causal con el trabajo, puede apreciarse la existencia de un accidente *in itinere* (entre otras, STS de 30 de junio de 2004, Rec. 4211/2003).

estival (STSJ de Extremadura de 31 de diciembre de 1993) o la segunda vivienda de la persona trabajadora (STS de 2 de mayo de 1997).

4.1. El accidente in itinere entre domicilios distintos o entre lugar de residencia y lugar de teletrabajo cuando son distintos

En el caso del teletrabajo, si se desarrolla la prestación laboral totalmente desde el domicilio particular todos los días (teletrabajo puro), aparentemente, el accidente *in itinere* tendría escasas posibilidades de manifestarse al no existir diferencia entre el lugar de inicio del trayecto (domicilio) y el lugar de destino (lugar de trabajo). Ahora bien, este accidente sí podría ocurrir si la persona teletrabajadora ha de acudir al centro de trabajo para asistir a reuniones (con clientes, jefes/as o compañeros/as), cursos de formación, reconocimientos médicos, etc.[14].

Pero, además de estos desplazamientos para acudir a reuniones y demás eventos de trabajo, surge una segunda posibilidad de accidente *in itinere* en el ámbito del teletrabajo, derivada de la STS de 26 de diciembre de 2013 (Rec. 2315/2012)[15]. Recordemos que esta importante sentencia amplió el concepto de accidente *in itinere* también a aquellos casos en los que la persona trabajadora se desplaza desde su domicilio (utilizado los fines de semana y durante las vacaciones) hacia su residencia habitual por razones laborales (utilizada durante los días laborales), el día previo al inicio de la jornada de trabajo. En estos casos, el desplazamiento desde el domicilio a la residencia habitual para comenzar su prestación de servicios se ha considerado como contingencia profesional, a pesar de su finalidad profesional indirecta, lo que sería plenamente aplicable a los casos de teletrabajo[16].

Aunque parte de la doctrina ha llegado a plantearse la posible expansión interpretativa hasta alcanzar a incluir como accidente de trabajo aquel ocurrido durante el trayecto entre el domicilio de un familiar o allegado en el que se ha pernoctado y el del lugar habilitado para teletrabajar[17], no parece probable. En el ámbito del trabajo presencial, ya se ha descartado la aplicación del concepto de accidente *in itinere* a aquellos desplazamientos que no tienen como origen/destino el domicilio principal de la persona trabajadora (pues lo contrario "extremaría o desorbitaría el riesgo profesional concertado y asumido por la entidad gestora respecto de los accidentes sobrevenidos con ocasión o con motivo del trabajo"). A este respecto, pueden citarse los siguientes ejemplos: domicilio de la novia (STS 20 de septiembre de 2005, Rec. 4031/2004), domicilio de los padres cuando la persona trabajadora tiene su propio domicilio en otro lugar (STS 19 de enero de 2005, Rec. 6543/2003);

[14] Thibault Aranda, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Madrid, CES, 2000, p. 256. No obstante lo anterior, si esas reuniones o formaciones no se realizaran en el centro de trabajo, sino que la persona trabajadora tuviera que desplazarse a otro lugar para ello, no estaríamos en presencia de un supuesto de accidente *in itinere*, sino de accidente en misión. Recordemos que esta otra tipología de accidente de trabajo engloba aquellos accidentes que son consecuencia de un desplazamiento realizado en cumplimiento de órdenes o instrucciones empresariales. Por tanto, a diferencia de los accidentes *in itinere*, en los accidentes en misión, el desplazamiento no tiene lugar al ir o al volver del centro de trabajo, sino que son desplazamientos realizados en el desarrollo mismo del trabajo. También podría tener lugar un accidente en misión si la persona trabajadora debe salir del domicilio donde teletrabaja para adquirir o recoger material necesario para su prestación laboral, por ejemplo.

[15] Cambiando el criterio expuesto en la STS de 29 de septiembre de 1997, Rec. 2685/1996. La justificación para este cambio de doctrina se basó, principalmente, en el argumento de que "*la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el art. 3 del Código Civil, y ésta a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de este en el hogar familiar está imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo, ajustes que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal por la propia naturaleza del contrato o del desplazamiento*". Por tanto, continúa el Tribunal, "*si se quiere respetar la voluntad del legislador en los tiempos presentes, habrá que reconocer que en supuestos como el presente a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo*".

[16] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", *Temas laborales*, núm. 134, 2016, pp. 129-166, p. 152.

[17] *Ibíd*.

domicilio de una tercera persona en el que pernoctó (STS de 28 de febrero de 2001, Rec. 3493/1999); domicilio de la abuela (STS 17 de diciembre de 1997, Rec. 923/1997).

Por tanto, a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio de la persona trabajadora en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo. Esta ampliación, según el propio TS, "*opera a partir de criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo"*.

Siguiendo esta doctrina, podría entenderse que, en el caso de elegir varios lugares como centro de trabajo en el acuerdo de trabajo a distancia (tal vez, por existir varios domicilios), el desplazamiento de uno a otro debería considerarse también accidente de trabajo *in itinere*.

En el caso de teletrabajo parcial o alterno, con días de asistencia al centro de trabajo, este tipo de accidentes podrían acontecer con normalidad los días de existencia de desplazamiento físico, además de los casos antes señalados (reuniones, formación, etc.).

4.2. Accidente *in itinere* dentro del propio domicilio donde se teletrabaja

Más dudas plantean los desplazamientos producidos en dos situaciones particulares vinculadas al teletrabajo, siendo uno de estos los desplazamientos producidos dentro del propio domicilio de la persona trabajadora, antes del inicio de la jornada de trabajo o una vez finalizada esta.

Imaginemos a una persona trabajadora que se encuentra en su domicilio y se dirige a la estancia habilitada para teletrabajar cuando, antes de llegar a ella, sufre una caída (ya sea en otra estancia o, incluso, en las escaleras de un piso a otro del domicilio). ¿Podría ser calificado como accidente de trabajo *in itinere*? Las posibles respuestas pueden sintetizarse en tres: a) excluir la consideración de accidente de trabajo *in itinere* en todos los casos[18]; b) entender como tal el que se produce durante las labores preparatorias del trabajo inmediatamente anteriores o posteriores al desarrollo del mismo, lo que plantearía problemas de control de tales actividades; y, c) entender como tal el sufrido en la zona cercana al lugar específico del domicilio en el que se teletrabaja[19].

A nuestro parecer, lo más razonable sería conceptuar esta situación como accidente de trabajo (pero no *in itinere*[20]) en virtud de la doctrina de la ocasionalidad relevante, esto es, cuando se pudiera acreditar la vinculación del accidente acontecido en el domicilio con el trabajo.

En esta línea se pronuncia la reciente sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres, de 26 de octubre de 2022 (autos 273/22). La parte actora es la teleoperadora de una empresa de telecomunicaciones que, desde el 26 de marzo de 2020, viene teletrabajando en su domicilio en horario de 8 a 14 h. Su tarea consiste en trabajar sentada frente a una pantalla de ordenador. El 8 de marzo de 2022, sobre las 13:45 horas, acudió al baño de su domicilio y al salir, para retomar su tarea, tropezó en el pasillo, cayendo al suelo. El resultado de esta caída fue un traumatismo en el codo y en la parrilla costal derecha, lo que tuvo como consecuencia el inicio de una situación de incapacidad temporal calificada como accidente no laboral. La cuestión planteada en este litigio fue, precisamente, si procede o no calificar como accidente de trabajo el sufrido en su domicilio por una teletrabajadora.

Antes de comenzar con la argumentación legal, el Juzgador ya señala que "(c)*on ocasión de la pandemia del coronavirus ha existido un importante desarrollo del teletrabajo, circunstancia que*

[18] Defendiendo esta primera tesis, entre otros, Sellas I Benvingut, R., *El régimen jurídico del Teletrabajo en España*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 220.

[19] Sobre esta clasificación, De Las Heras García, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid, Ediciones CEF, 2016, p. 300.

[20] Especialmente crítico con la posibilidad de que puedan existir accidentes *in itinere* en el teletrabajo en el domicilio encontramos a Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, pp. 139-170 (160).

obliga a reconsiderar o matizar algunos aspectos consolidados legislativa y jurisprudencialmente, máxime en un caso como el de autos".

La defensa de la mutua alegó que, dado que la teleoperadora no se encontraba sentada ante el ordenador en su domicilio cuando aconteció el accidente, no cabe hablar de "lugar de trabajo", de suerte que la protección que brinda la norma no deba extenderse a lo ocurrido en cualquier otra parte de aquel, aún, en tiempo de trabajo. Sin embargo, el juzgador señala que esto sería así solo "*cuando se apreciara una clara interrupción del nexo causal*", poniendo como ejemplo "*la situación de quien, en tiempo de trabajo, estando en la cocina de su domicilio, se cortara accidentalmente con un cuchillo*".

En el caso en cuestión, haciéndose eco de las alegaciones de la parte actora, el Juzgador considera que "(n)*adie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica, oficina o tienda"*, sin que exista "*circunstancia relevante que permita reconsiderar la conclusión del razonamiento*" pues "(l)*a obligada visita al aseo para atender una necesidad fisiológica, constante el desempeño de la jornada laboral, no puede enervar la presunción legal*". Finalmente, se matiza que, con esta interpretación, no se trata "*de hacer de mejor condición a quien teletrabaja, al contrario, se busca evitar su desprotección*". Por todo cuanto antecede, el JS estima la demanda interpuesta por la parte actora, declarando la contingencia producida como accidente de trabajo.

En el mismo sentido se ha pronunciado alguna sentencia en el extranjero[21] al considerar accidente de trabajo la caída por las escaleras en una vivienda de dos plantas cuando la trabajadora se dirigía desde su dormitorio al despacho[22].

4.3. El accidente *in itinere* por motivos de conciliación

Una segunda tipología de accidentes que presenta una problemática particular en el teletrabajo son los desplazamientos realizados con finalidad de conciliación.

Imaginemos, como ocurre en muchas ocasiones, que la persona trabajadora tiene que dejar a sus hijos/as en el colegio antes de trabajar. ¿Se podría calificar un accidente acontecido en estos desplazamientos como *in itinere* pese a existir una parada intermedia entre el domicilio y el lugar de trabajo? Existen varios pronunciamientos judiciales que, aplicando la teoría flexibilizadora acuñada por el TS en la materia (SSTS de 26 de diciembre de 2013 -Rec. 2315/2012- y de 14 de febrero de 2017 -Rec. 838/2015-), han entendido que cabe entender estos accidentes como *in itinere* dado que estas pausas en el trayecto domicilio-centro de trabajo son razonables -en tiempo y finalidad- y habituales (todos los días), siendo que esta "*conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes*"; es decir, "*en tanto que el hecho de dejar a los niños en el colegio ha de ser tomada como una "actuación razonable" que responde a "patrones usuales" de comportamiento y a "criterios de normalidad" de conducta*" (STSJ de Madrid de 13 de junio de 2022 -Rec. 154/2022-; en sentido similar se pronuncia la STSJ de Canarias -Las Palmas- de 24 de julio de 2018 -Rec. 271/2018-)[23].

Se ha alcanzado también esta conclusión cuando el colegio de los hijos/as no se haya en un lugar intermedio entre el domicilio y el centro de trabajo (STSJ de Madrid de 8 de enero de 2015 -Rec. 263/2014-) e, incluso, cuando un día no lectivo se realiza una desviación del trayecto habitual

[21] Tribunal Federal de lo Social alemán, de 8 de diciembre de 2021.

[22] *Vid*., García Torres, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", Revista Justicia & Trabajo, núm. 1, 2022, pp. 95-114.

[23] Sobre la posible existencia de un principio "pro conciliación" en el ámbito de la Seguridad Social en caso de duda interpretativa sobre los elementos jurisprudenciales que configuran el accidente de trabajo i*n itinere, vid*. Areta Martínez, M., "El principio "pro conciliación" en la configuración del accidente de trabajo in itinere", blog Encuentros laborales, de 28 de mayo de 2018, disponible en http://encuentroslaboral.blogspot.com/2018/05/74-el-principio-pro-conciliacion-en-la.html

para dejar a los menores a cargo de un familiar (SSTSJ de Galicia de 26 de marzo de 2012 -Rec. 3883/2008- y de País Vasco de 15 de enero de 2019 -Rec. 2505/2019-).

Conclusión contraria se alcanza cuando en este trayecto domicilio-colegio-trabajo (ida o vuelta) tiene lugar alguna acción que rompa el nexo causal (como, por ejemplo, acudir a una cita médica del menor a cargo: STSJ de las Islas Baleares de 26 de noviembre de 2020 -Rec. 332/2020-).

La cuestión que se suscita ahora es: ¿resulta de aplicación esta doctrina a los casos de teletrabajo? Es decir, si una persona teletrabajadora sale de su domicilio y centro de trabajo con la finalidad de llevar a sus hijos/as al colegio y después regresa para iniciar su actividad laboral, y en este trayecto sufre un accidente, ¿podría ser calificado de *in itinere*?

Alguna sentencia en el extranjero ha señalado respecto a una teletrabajadora que se accidentó al volver a su domicilio tras llevar a su hija a la guardería que este caso no puede calificarse como accidente de trabajo[24]. Sin embargo, esta duda todavía no ha sido resuelta por nuestros tribunales. En nuestra opinión, debido al derecho de las personas teletrabajadoras a un trato igualitario respecto de las trabajadoras presenciales, debería aplicarse idéntica solución.

5. LA PRESUNCIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

5.1. Objeto de la presunción y su aplicación al teletrabajo

La mayor problemática en torno al teletrabajo respecto del accidente de trabajo es la aplicación de la presunción contenida en el artículo 156.3 LGSS. Este precepto señala que "(s)*e presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo*". Esta presunción abarca tanto a accidentes en sentido estricto como a enfermedades que, por su propia naturaleza, puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo (por todas, STS de 26 abril de 2016, Rec. 2108/2014).

Como punto de partida, debe entenderse que esta presunción resulta aplicable al teletrabajo en tanto que este es una forma de prestación de servicios o "trabajo". La redacción de la ley es clara en este aspecto al establecer "*una presunción con vocación de generalidad, sin condicionarla a excepciones o limitaciones de ninguna clase, salvo las expresamente previstas por el legislador*"[25].

Sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, como indica expresamente el artículo 156.3 LGSS, nos encontramos ante una presunción *iurs tantum* que, por tanto, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Ello adquiere especial relevancia si tenemos en cuenta la dificultad de verificar el momento exacto en el que se ha producido la lesión. En los supuestos de teletrabajo, esta dificultad es aún mayor, sobre todo si no se ha requerido asistencia sanitaria. Cuando opere esta presunción del carácter profesional del accidente sufrido por la persona trabajadora (por estar en lugar y tiempo de trabajo), parece que la forma más apropiada de desvirtuarla sería atendiendo a la propia tipología y naturaleza de la lesión sufrida. Dicho de otro modo, el instrumento de prueba más idóneo para tratar de demostrar el carácter no profesional de la contingencia sería acreditar suficientemente que el accidente no guarda relación alguna con el trabajo desarrollado. En este punto, adquiere especial relevancia la delimitación entre accidente de trabajo y accidente doméstico[26].

Siguiendo esta línea, cuando el accidente se deba a actos producidos por familiares de la persona trabajadora (u otras personas que se encuentren en el domicilio), aun cuando ocurran durante

[24] Al respecto *vid*. Arufe Varela, A., "Capítulo II. Un caso de derecho comparado sobre desprotección del teletrabajo frente al accidente de trabajo in itinere, desde la perspectiva de la conciliación de familia y trabajo", en Monereo Pérez, J. L. (pr.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2020, pp. 61-76 (p. 61).

[25] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo…", *op. cit*., p. 142.

[26] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo…", *op. cit*., p. 144.

el tiempo de trabajo, parece razonable excluirlos como causados por causa o consecuencia del propio trabajo[27].

5.2. El concepto de lugar de trabajo en el teletrabajo

En estos casos, el lugar de trabajo presenta especialidades al tratarse del propio domicilio de la persona trabajadora. La cuestión que se suscita en este aspecto es si esta presunción abarcaría la totalidad del domicilio o, por el contrario, únicamente incluiría el espacio delimitado dentro de este para la prestación laboral (probablemente, una habitación o una parte de ella).

Una parte de la doctrina considera que, en la medida en la que las NTIC posibilitan la prestación de trabajo únicamente en el lugar habilitado para ello, los accidentes producidos en otras dependencias de la vivienda de la persona trabajadora deberían calificarse como domésticos por no existir justificación laboral para realizar el cambio de estancia[28].

En nuestra opinión, esta interpretación es demasiado estricta, incluso más que la que opera en el propio centro de trabajo. Piénsese en las breves interrupciones para satisfacer las necesidades básicas (ir al baño[29] o a la cocina a por un café), pausas que ocurren igualmente en el centro de trabajo y que no por ello desvirtúan la aplicación de la presunción de contingencia profesional[30]. Por ello, coincidimos con la posición doctrinal que considera que la movilidad por las distintas habitaciones del domicilio no condiciona la calificación del accidente de trabajo, al igual que tampoco lo hace en el trabajo presencial[31], en la medida en la que suceda en tiempo de trabajo[32]. En esta línea se ha pronunciado la ya citada SJS de Cáceres, de 26 de octubre de 2022 (autos 273/22). También, llega a la misma conclusión la STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2022 (Rec. 526/2022) que entiende como accidente de trabajo el hecho de que un trabajador, durante su tiempo de trabajo, acuda a la cocina de su domicilio para beber agua y se corte al resbalarse y caerse una botella de agua. Esta sentencia aplica al teletrabajo la clásica doctrina del Tribunal Supremo que ha declarado accidente de trabajo en caso de que la persona trabajadora sufra lesiones durante la pausa del descanso diario (STS de 20 de abril de 2021, Rec. 4466/2018 y STS de 13 de diciembre de 2018, Rec. 398/2017). La doctrina de esta sentencia ha sido reiterada en la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2023 (Rec. 812/2022)[33].

---

[27] Cervilla Garzón, M. J., y Jover Ramírez, C., "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 4, octubre-diciembre 2015, versión electrónica, p. 25.

[28] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo…", *op. cit*., p. 158.

[29] A este respecto, nuestro tribunales ya han señalado que "*todo ser humano tiene unas necesidades fisiológicas básicas que elementales razones de salubridad exigen que sean realizadas en el excusado y que en determinadas ocasiones pueden resultar incontrolables y no programables de forma que no se puede posponer su ejecución a un momento determinado posterior a aquel en el que empiezan a manifestarse y que obligan a quien la padece a acudir al aseo, resultando igualmente notorio que su forzosa contención puede causar a quien la ejercita daños en la salud. A ello debemos añadir que también resulta un hecho notorio el que la capacidad de contener tales necesidades a partir de la adolescencia es inversamente proporcional a la edad de las personas*" (SAN de 10 de mayo de 2021, Rec. 105/2021).

[30] Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", *op. cit.* p. 150. En este sentido, recuérdese que la STS de 16 de julio de 2020 (Rec. 1072/2018) indica, sobre la "pausa bocadillo/café", que "*la breve duración y, sobre todo, la necesidad de reanudar inmediatamente la actividad productiva, sugieren que estamos ante un tiempo vinculado al contenido del contrato de trabajo*".

[31] Si bien, en la prestación presencial, el deber de seguridad abarca a estas otras zonas dentro de la empresa. Sánchez-Urán Azaña, M. Y., "Obligación empresarial de protección de la salud en el trabajo a distancia", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 377-418 (398).

[32] Por todos, Moreno Romero, F., "Accidente trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", *op. cit*., p. 495; Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de Trabajo...", *op. cit*., p. 157.

[33] En ella, se rechaza "*una interpretación mecanicista y estricta de lo que haya de entenderse como lugar de trabajo*". Por tanto, niega su reducción "*al puesto concreto que físicamente ocupa*" la persona trabajadora (una mesa, una silla y un ordenador en su domicilio particular).

Parece importante señalar que el hecho de que se pueda calificar como accidente de trabajo el ocurrido en la cocina o baño del domicilio no implica que las medidas preventivas deban estar en todo el domicilio[34]. En efecto, la obligación de la empresa en materia de prevención de riesgos no alcanza al bar de enfrente del lugar físico de trabajo, sin que eso haya impedido al Tribunal Supremo calificar como accidente de trabajo el ocurrido ahí durante la pausa.

Adicionalmente, cabe señalar que el teletrabajo no tiene porqué producirse en el domicilio de la persona, ni siquiera en un centro designado de forma permanente (*co-working* o cafetería). Por el contrario, el acuerdo de teletrabajo podría permitir a la persona teletrabajadora prestar servicios desde cualquier lugar. Los llamados "nómadas digitales" viajan por el mundo trabajando mediante el teletrabajo y, precisamente, su alta cualificación les otorga poder de negociación para exigir a la empresa dicha libertad de movimiento[35]. Por otro lado, también cabe la posibilidad de que la persona trabajadora incumpla el acuerdo de trabajo a distancia prestando realmente servicios desde un lugar distinto al pactado. En fin, sin entrar a analizar aquí el teletrabajo internacional[36], sí cabe plantearse qué se consideraría lugar de trabajo a efectos de accidente de trabajo en estas circunstancias.

Parte de la doctrina, desde un planteamiento formalista, entiende que el trabajador solamente podría prestar servicios en los ámbitos y lugares previamente convenidos con el empresario, por lo que la extralimitación supondría un incumplimiento del contrato y no justificaría que el ordenamiento extendiera el alcance de la presunción a estos "incumplimientos"[37].

Desde una perspectiva material, cabría señalar que, si bien la empresa podría sancionar los incumplimientos contractuales en materia de lugar de trabajo en caso de extralimitación respecto del lugar de trabajo, esto no debería dejar desprotegido al trabajador ni excluir la aplicación de la regulación en materia de accidente de trabajo. Por ello, lo relevante parece que será si el trabajador estaba realmente trabajando. Cuestión distinta es que la empresa pudiera demostrar que el trabajador, a la hora de elegir el lugar de trabajo, hubiera realizado conductas que pudieran ser consideradas "imprudencias temerarias". De esta forma, si el trabajador, por su propia voluntad, eligió como lugar de trabajo una zona señalizada como peligrosa o usada para realizar vertidos tóxicos probablemente no pudiera considerarse accidente de trabajo. Ahora bien, si el trabajador tuviera pactado en el contrato que solamente puede realizar teletrabajo desde su domicilio particular, pero estuviera teletrabajando desde otro domicilio o en una cafetería, esta conducta (sin perjuicio de que pudiera ser objeto de sanción disciplinaria si así se ha contemplado en el convenio), por sí sola, no parece que debiera excluir la regulación en materia de accidente de trabajo, incluida la presunción.

5.3. El concepto de tiempo de trabajo en el teletrabajo

En tercer lugar, el tiempo de trabajo adquiere especial relevancia en el caso del teletrabajo. Al no existir diferencia física entre el lugar de ocio o desarrollo de la vida privada de la persona trabajadora y el de prestación laboral, puede presentar dificultades delimitar si un determinado accidente se ha producido durante el tiempo de trabajo o no.

[34] Moreno Romero, F., "Accidente trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", *op. cit*., pp. 495-496.

[35] Abogando por dotar de carácter determinante al tiempo y no al lugar de trabajo en estos casos, García Torres, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", *op. cit*., pp. 105-106.

[36] Un análisis de esta modalidad particular de teletrabajo puede consultarse en Martín-Pozuelo López, A., *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; y Carrascosa Bermejo, D., "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 4 (1), 2023, 59-92, https://doi.org/10.20318/labos.2023.7639

[37] Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", *op. cit*., p. 148; Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de Trabajo...", *op. cit*., p. 164. No obstante, incluso los defensores de esta posición más formalista admiten que habrá que estar a la realidad de los hechos puesto que si el empresario conocía o debió conocer que el trabajador incumplía y lo toleraba no cabría imputar el incumplimiento y se podría activar la presunción (Rodríguez Cardo, p. 149).

No obstante, deberían distinguirse, al menos, cuatro situaciones, en función de la existencia de horario de trabajo y/o sistema de control del cumplimiento de este.

El primer caso sería el de una empresa que ha delimitado un determinado horario de trabajo (ya sea de manera unilateral, ya sea mediante acuerdo con la persona trabajadora, o por la propia naturaleza de la actividad), existiendo, además, un sistema de control para verificar el correcto cumplimiento por parte de la persona trabajadora. En estos casos, podría entenderse que la presunción operaría sin problemas dentro de las horas establecidas en el horario señalado, verificando que se ha cumplido el horario por la persona trabajadora. Y, al contrario, se negaría tal condición a los accidentes producidos antes o después de esas horas[38].

Este es el caso analizado en la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2023 (Rec. 812/2022). En esta ocasión, el teletrabajador tenía un horario preestablecido de 9 a 18 h, con una hora de flexibilidad en la entrada y salida. Cada vez que se conectaba al ordenador desde el que prestaba sus servicios a distancia, quedaba constancia de su conexión. El día 4/2/2021, a las 9:40 h, el trabajador sufrió un infarto en el baño de su domicilio que le provocó la muerte. En esta sentencia, el TSJ considera que el accidente puede entenderse producido en el lugar de trabajo (domicilio del trabajador, en general), pero no en tiempo de trabajo. Se alcanza esta conclusión porque no consta que el trabajador conectara el ordenador ese día, ni que su horario habitual de inicio de la jornada fuera siempre a las 9:00 h. Por ello, se descarta la aplicación de la presunción del art. 156.3 LGSS y se confirma la existencia de una contingencia común.

Menos clara es la situación en la que la contingencia tenga lugar en el horario de trabajo establecido, pero, en cambio, no conste acreditado el cumplimiento de la prestación por parte de la persona trabajadora en el sistema de control. En estos supuestos, parece razonable entender que la persona en cuestión se encontraba trabajando al estar en horario de trabajo y, por tanto, sería aplicable esta presunción.

La otra cuestión problemática reside en determinar si es "tiempo de trabajo" aquella prestación acreditada por el sistema de control que se realice fuera del horario establecido por la empresa (puede que, incluso, contraviniendo la política de desconexión digital de la empresa). En principio, podría descartarse en estos casos la aplicación de la presunción por no estar propiamente en tiempo de trabajo[39]. Sin embargo, no puede olvidarse que nos encontramos ante un supuesto en el que la persona trabajadora está prestando servicios efectivamente. Por ello, esta exclusión no operaría si estamos ante un supuesto de "urgencia" o surgido de forma imprevista o, incluso, cuando se estén realizando, espontáneamente, "*actividades en interés del buen funcionamiento de la empresa*", como recoge el artículo 156.2.c) LGSS[40]. A este respecto, recuérdese la STSJ de Madrid de 10 de julio de 2006 (Rec. 1965/2006), comentada en el apartado anterior, sobre el infarto sufrido por un Jefe de Proyectos mientras trabajada en su domicilio familiar en la madrugada del domingo previo al inicio de la semana laboral.

En esta misma línea, es interesante lo dispuesto en la citada STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2023 (Rec. 812/2022). Para descartar que el infarto se produjo en tiempo de trabajo, el TSJ no tuvo en cuenta únicamente los registros de conexión y la flexibilidad horaria de la empresa. También valoró que la carga de trabajo del fallecido era estándar y que el registro horario no reflejaba excesos de jornada previos al fallecimiento que pudieran generar situaciones de estrés. Ello supone un elemento

[38] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo…", *op. cit*., p. 1544.

[39] Como así lo manifiesta la Asociación de Mutuas Colaboradoras (AMAT): "*Las medidas adoptadas por la empresa para el cumplimiento del Derecho a la desconexión digital, tal y como indica el artículo 18 del RD-ley 28/2020, y que se encuentra regulado en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. De esta forma, se garantiza que fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido no se podrá considerar ningún incidente como un accidente de trabajo*", disponible en https://revista.ibermutua.es/noticias/accidente-laboral-en-el-trabajo-a-distancia-recomendaciones-a-las-empresas/

[40] Moreno Romero, F., "Accidente trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", *op. cit*., p. 500.

valorativo interesante ya que abre la puerta a tomar en consideración la carga de trabajo como criterio relevante a efectos de determinar "el tiempo de trabajo", y no solo cuestiones formales como el horario pactado o el registro horario acreditado.

Igualmente, cabe la posibilidad de que la persona trabajadora esté realizando horas extraordinarias, en cuyo caso también estarían incluidas dentro de la presunción. Pese a ello, algunos convenios tratan de limitar el exceso de jornada computable como horas extraordinarias[41].

El segundo caso sería el de una empresa que no ha delimitado un determinado horario de trabajo, pero sí existe un sistema de control para verificar el correcto cumplimiento por parte de la persona trabajadora. En estos otros casos, dada la flexibilidad horaria otorgada a la persona trabajadora para organizar su tiempo de trabajo como mejor le convenga, parece que esa presunción abarcaría a las horas de trabajo que puedan verificarse en el programa correspondiente, con independencia de cuándo se hayan realizado –fines de semana, horas del día poco habituales, etc.–[42].

La tercera posibilidad sería que una empresa delimite un horario de trabajo, pero no cuente con un sistema de control para verificar el correcto cumplimiento por parte de la persona trabajadora. De conformidad con lo señalado anteriormente, consideramos que, en la medida en la que estemos dentro de ese horario prefijado, sería de aplicación tal presunción. Fuera de ese horario, consideramos aplicable la presunción del carácter laboral del accidente en la medida en la que la persona trabajadora acredite que la contingencia tuvo lugar durante su tiempo de trabajo por cualquier medio aceptado en Derecho. Y ello porque es jurisprudencia consolidada del TS que, para que juegue la presunción de contingencia profesional, "*al demandante le incumbe la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; mas con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo*" (por todas, SSTS de 26 de abril de 2016, Rec. 2108/2014; y de 16 de julio de 2020, Rec. 1072/2018).

A mayor abundamiento, cabe recordar que el artículo 34.9 ET establece el deber empresarial de garantizar el registro diario de jornada, "*que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria*" (en este mismo sentido, art. 14 LTD).

Por último, un cuarto escenario sería el de una empresa que no haya delimitado un determinado horario de trabajo y tampoco haya establecido un sistema de control para verificar el correcto cumplimiento de la prestación laboral por parte de la persona trabajadora. En estos supuestos, la solución es controvertida en la doctrina. A nuestro parecer, coincidimos con la posición doctrinal que considera aplicable la presunción del carácter laboral del accidente en la medida en la que la persona trabajadora acredite que la contingencia tuvo lugar durante su tiempo de trabajo por cualquier medio aceptado en Derecho[43], en atención a los motivos antes expuestos.

---

[41] Así lo hace, por ejemplo, el VIII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 2 marzo 2021, núm. 52, p. 24833): "[…] *ambas partes entienden que solo deben ser tenidas en cuenta como horas de exceso de jornada aquellas que vienen motivadas por una orden expresa de la jefatura. El exceso de horas que hubiera podido tener este personal con motivo de la orden de la jefatura de ampliar su jornada, lo reflejará como hasta ahora en el e-Go, considerando, por tanto, que las horas no reflejadas y aprobadas mediante la utilización de dicho sistema no se consideran horas de trabajo sino simplemente son tiempos de presencia en las instalaciones que no tienen consideración de trabajo efectivo*".

[42] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo…", *op. cit*., p. 145.

[43] Luque Parra, M. y Ginés I Fabrellas, A. *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, CEOE, 2016, p. 71. En contra, considerando que corresponde a la persona trabajadora "*demostrar la relación de causalidad entre el accidente y su trabajo, teniendo en cuenta que, en caso de duda, se resuelve a favor del trabajador en virtud del «principio pro operario»*", Pérez De Los Cobos, F. y Thibault Aranda, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 82.

En cualquier caso, y como garantía para la parte empresarial ante posibles falsedades en el registro horario en supuestos de teletrabajo, es importante tener en cuenta que la doctrina judicial ya había considerado procedentes los despidos disciplinarios de personas trabajadoras por falsear este registro (SSTSJ del País Vasco de 25 de marzo de 2003, Rec. 269/2003; y de Cataluña de 4 de julio de 2007, Rec. 2561/2007[44]). Recientemente, se ha aplicado esta misma doctrina dentro del ámbito del teletrabajo, en la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2022 (Rec. 360/2022).

Si bien consideramos que esta interpretación de la presunción del artículo 156.3 LGSS es la más adecuada para el teletrabajo, alguna sentencia ha sido más restrictiva en esta labor: STSJ de Galicia, de 25 de febrero de 2022 (Rec. 2399/2021). El origen de este litigio se centra en dilucidar si el accidente sufrido por una ingeniera de montes mientras teletrabaja un día desde su domicilio es o no accidente de trabajo. En particular, el día de los hechos, la actora estaba teletrabajando en su domicilio con un horario de trabajo de 7:30 a 20 h (7 horas diarias). A las 9:15 h remite un correo electrónico y a las 9:41 h acude a la Mutua por dolor en hombro izquierdo donde se aprecia acromion horizontalizado con artropatía AC. En un primer momento, se determinó la existencia de una contingencia común, calificación contra la que accionó la trabajadora.

Llama la atención que el TSJ llegue a la conclusión de que "*no se ha acreditado que las lesiones que dieron lugar a la baja por IT […] tengan relación con el trabajo ni con el accidente de trabajo, pues en modo alguno está acreditado que la lesión ocurriera en tiempo y lugar de trabajo*". Es más, se señala que, aunque la actora estaba teletrabajando, "*no está acreditado que el problema en el hombro ocurriera o se desencadenara en su domicilio, pues como señala la juzgadora de instancia, los correos se pueden mandar desde cualquier lugar, y aunque ocurriera en su domicilio, no se acredita que fuera en el lugar donde desarrolla su trabajo, y además tampoco se ha acreditado que realmente el accidente fuera moviendo una pantalla de ordenador y no haciendo otra cosa ajena a su trabajo, y además la versión que da la demandante ante la mutua y en su demanda difieren*". En consecuencia, no considera aplicable la presunción del artículo 156.3 LGSS y, dado que no se ha acreditado la relación de causalidad entre el accidente y el trabajo, no cabe considerar la contingencia como derivada de accidente de trabajo.

Sin embargo, quizá esta conclusión pueda guardar relación con el hecho de que la versión que da la demandante sobre los hechos ante la mutua y en su demanda difieran, pues el relato fáctico de la sentencia de suplicación es muy escueto al respecto de esta cuestión. Siguiendo esta línea, parte de la doctrina ha señalado que, en el teletrabajo, la palabra de la persona teletrabajadora (y posibles testigos que, normalmente, serán familiares u otras personas convivientes) sobre en qué circunstancias se produjo el daño adquiere mayor relevancia que en el trabajo presencial. Circunstancia que puede

[44] Concretamente, el trabajador despedido prestaba servicios para la empresa desde el año 2000, si bien el 31/7/2021 firmaron acuerdo de trabajo a distancia del 100% de la jornada, con horario de trabajo de 8 a 15 horas, y domicilio establecido en Madrid. No obstante, el trabajador ya venía desempeñando sus funciones en remoto mediante teletrabajo preferente por COVID-19 antes de la firma del Acuerdo. Los días 22, 28 y 29 de julio el actor realizó parte de fichaje de 8 a 15 horas; sin embargo, quedó acreditado que en esos días estuvo, en horario de trabajo, en Zaragoza, en los siguientes lugares: el hospital acompañando a su pareja a una cita médica, en un parque, en la peluquería para cortarse el pelo, en una cafetería y en un lavado automático de vehículos lavando su coche.
En ninguna ocasión el actor había comunicado su estancia en Zaragoza, siendo el único domicilio comunicado el sito en Madrid; y tampoco había solicitado permiso para realizar gestiones personales a su mando, registrando su jornada sin incidencias en los fichajes.
La empresa sancionó al trabajador con el despido disciplinario por la comisión de faltas muy graves, tipificadas en el Convenio colectivo de la empresa, art. 87, apartados 4º (transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del trabajo), 6º (abandono de destino injustificadamente durante un período superior a un día) y 8º (abuso de confianza respecto a la empresa o sus clientes), y en el Estatuto de los trabajadores. La declaración de datos falsos sobre el trabajo es causa de despido -STS de 22-33-90-, con amparo en el art. 54.2.d. ET, y como señalaba la STS de 20-06-88 "es el quebranto de la confianza mutua, que integra la base misma del contrato de trabajo, máxime cuando el empleado ha de desarrollar sus actividades fuera del centro de trabajo, la figura sancionada con el despido en el precepto legal cuya infracción se denuncia".

conllevar a que "*los tribunales tengan que decantarse hacia una presunción* iuris tantum *a favor de lo señalado por la persona teletrabajadora, siempre que su declaración resulte coherente y sea persistente en el tiempo*"[45].

5.4. La presunción de accidente de trabajo durante el tiempo de teledisponibildiad

Finalmente, merece ser destacada una consideración particular respecto del tiempo de *teledisponibilidad*. Recordemos que el tiempo de disponibilidad (en el caso del teletrabajo, "teledisponibilidad") es aquel periodo temporal en el que la persona trabajadora está a disposición del empresario/a, pero no efectúa ninguna actividad profesional si no es requerida para ello. En función de las características de esta disponibilidad, el tiempo dedicado a la misma puede ser considerado tiempo de trabajo o no.

En efecto, la determinación de la naturaleza de este tiempo de disponibilidad o "guardia" ha sido ampliamente debatida en España y en la Unión Europea. Así, encontramos varias sentencias del TJUE que no siempre han seguido el mismo criterio. En la actualidad, la jurisprudencia europea ha declarado que una guardia en régimen de disponibilidad será considerada en su totalidad "tiempo de trabajo" –a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88–, independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por la persona trabajadora, si durante esa guardia "*las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses*" (SSTJUE de 9 de marzo de 2021, C-580/19 y C-344/19, aplicada recientemente por la STS del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2022, Rec. 123/2020 –Pleno–). En caso contrario, solo constituiría "tiempo de trabajo" el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada durante el periodo de disponibilidad.

Sobre la base de lo anterior, la pregunta natural es determinar cuándo una guardia no presencial "*genera, objetivamente, grandes limitaciones que tienen un impacto muy significativo en la administración, por parte del trabajador afectado, del tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales*". Para responder a esta pregunta, el TJUE considera que debe prestarse especial atención a dos cuestiones: 1) el plazo del que dispone la persona trabajadora para reanudar sus actividades profesionales a partir del momento en que es requerida para ello; y 2) la frecuencia media de las intervenciones que dicha persona ha de realizar efectivamente durante ese período[46]. Aplicando esta doctrina, se ha entendido, con carácter general (a salvo de circunstancias particulares), que cuando el plazo de respuesta de la persona trabajadora se limita a algunos minutos durante un período de guardia, dicho período debe considerarse, en principio, en su totalidad, "tiempo de trabajo".

Lo expuesto respecto del tiempo de disponibilidad parece plenamente aplicable al teletrabajo. Así pues, cuando el tiempo de teledisponibilidad se considere tiempo de trabajo, quedaría dentro de la presunción del artículo 156.3 LGSS; en caso contrario, estaría fuera del ámbito de aplicación de tal precepto[47]. Sin embargo, otra parte de la doctrina ha considerado, fundada en algunas antiguas Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 (Rec. 2358/2002) y de 7 de febrero de 2001 (recurso 132/00), que la presunción de accidente de trabajo no alcanza a las guardias localizadas[48].

[45] Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de Trabajo...", *op. cit.*, p. 155.

[46] En cambio, el carácter poco propicio para las actividades de ocio de la zona de la que la persona trabajadora no puede, en la práctica, alejarse durante un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial y el carácter difícilmente accesible de su lugar de trabajo no constituyen circunstancias pertinentes a efectos de calificar dicho período como "tiempo de trabajo" en el sentido de la Directiva 2003/88 (STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19).

[47] Cervilla Garzón, M. J., y Jover Ramírez, C. (2015), "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *op. cit*., p. 24.

[48] Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", *op. cit.*, p. 148.

En nuestra opinión, no creemos que esta doctrina del Supremo sea aplicable actualmente al teletrabajo por dos motivos. En primer lugar, porque son anteriores a la contundencia con la que el TJUE actualmente ha calificado como "tiempo de trabajo" las guardias que cumplen ciertos requisitos que se acaban de ver. Esto es, a efectos de descansos, el TJUE entiende que las guardias que cumplen ciertos requisitos no pueden considerarse tiempo de descanso, ni que el trabajador está descansando, sino, por el contrario, debe entenderse que se encuentra en tiempo de trabajo. En segundo lugar, porque estas sentencias analizan la aplicación de la presunción de accidente de trabajo para profesiones presenciales y, parte de su argumentación para excluir la presunción es que no se encontraban en "lugar" de trabajo al estar en su domicilio y no en la empresa. De esta forma, en el caso de teletrabajo, la guardia localizada sí se realizará en lugar de trabajo en el caso de coincidir el domicilio con el lugar de trabajo. En cualquier caso, más allá de esta cuestión, cabe decir que estos profesionales realizaban la guardia localizada con un "busca", cuestión que, sin duda, es muy distinta a los medios tecnológicos existentes actualmente respecto a la "libertad" del trabajador durante la guardia y a la presión psicológica a la que la persona se encuentra durante la guardia.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han puesto de manifiesto las particularidades que presenta el teletrabajo respecto del trabajo presencial en materia de accidentes de trabajo. Estas especialidades hacen que sea difícil poder cumplir con el art. 4 LTD, que establece un principio de igualdad entre los trabajadores presenciales y los trabajadores a distancia, sin contar con un respaldo normativo específico. No obstante, es evidente que el resultado de una falta de adaptación normativa no puede suponer una pérdida de protección por el hecho de teletrabajar.

Con este fundamento, en este trabajo se descartan tesis doctrinales que sustentan que el concepto de accidente de trabajo debe interpretarse de manera restringida en el teletrabajo dado que el empresario carece de control efectivo sobre el lugar de trabajo –y a veces sobre el tiempo de trabajo–. Pese a ello, se reconoce que la aplicación directa de la normativa requiere matizaciones con el objetivo de que se pueda delimitar correctamente cuándo un accidente es de trabajo y cuándo es doméstico o no profesional. De esta forma, en este estudio se analizan los supuestos más conflictivos, defendiendo una tesis flexibilizadora, a falta de la necesaria modificación normativa en este punto.

Por un lado, consideramos que la doctrina de la ocasionalidad relevante debe ser aplicable también al teletrabajo, sin poder exigir a los teletrabajadores permanecer encerrados en sus domicilios la totalidad del tiempo que dure su jornada.

Vinculado a ello, consideramos que la casa del teletrabajador y sus alrededores deben erigirse como lugar de trabajo a efectos de la presunción de laboralidad en accidentes de trabajo en estos supuestos, y no solo el lugar destinado específicamente a teletrabajar. En relación con los accidentes laborales, la definición del espacio de trabajo cobra especial relevancia por razón de la presunción del art. 156.3 LGSS, que presume cualquier contingencia como laboral siempre que se haya producido en el "lugar" y el "tiempo" de trabajo. En este sentido, se concluye que ir al baño o a la cocina durante el tiempo de trabajo no desvirtúa la aplicación de esta presunción, aunque el espacio de trabajo sea una habitación concreta. Tampoco desvirtúa la presunción el hecho de bajar a una cafetería o ir a comprar el pan durante el tiempo de descanso razonable en el teletrabajo.

Por otro lado, entendemos que el "tiempo" de trabajo a efectos de la presunción de accidente de trabajo debe incluir los tiempos reales de conexión y no lo establecido formalmente. Así, tendrá especial relevancia la existencia o no de sistemas de control del tiempo de trabajo, que podrán determinar si el accidente ocurrió durante el tiempo de la prestación laboral o si no existía tal prestación. También si existen registros electrónicos de trabajo que puedan determinar realmente los tiempos de prestación.

Asimismo, será fuente de información el propio acuerdo firmado entre la empresa y la persona trabajadora donde, como ya se ha mencionado, debe figurar el horario y las reglas de disponibilidad. Ahora bien, este horario plasmado en el acuerdo de teletrabajo no impedirá que se puedan contemplar en la presunción de accidente de trabajo otros momentos en los que la persona teletrabajadora estuviera prestando servicios. Esta "ampliación" horaria podrá probarse bien mediante el registro electrónico en caso de que exista, bien mediante un exceso de carga de trabajo que indique la necesidad de seguir trabajando realmente más allá del horario formal.

Concretamente, se defiende que el hecho de que no exista un registro real de los tiempos de conexión (registro horario), como obliga la normativa, debe poner a la empresa en situación de tener que demostrar que la persona trabajadora no estaba trabajando en el momento del accidente.

Respecto de los accidentes durante las guardias de teletrabajo, consideramos que podrían entrar en la presunción de laboralidad si el tiempo de respuesta concedido durante la guardia es breve. En este sentido, para determinar si un intervalo de guardia puede considerarse o no tiempo de trabajo habrá que seguir los criterios del TJUE. Según doctrina del Tribunal europeo, solo será tiempo de trabajo i) si se requiere que la persona trabajadora esté preparada para trabajar en muy poco tiempo desde la solicitud de incorporación al trabajo durante el tiempo de la guardia, y ii) que se le llame efectivamente para teletrabajar durante la guardia con cierta frecuencia. Si resulta que queda determinado como tiempo de trabajo, entonces estaremos hablando de tiempo de trabajo durante toda la guardia y le será de aplicación la presunción de laboralidad en caso de accidente de trabajo.

Por último, entendemos que el accidente *in itinere* en el teletrabajo contemplaría acudir al domicilio, desde otros domicilios, para teletrabajar y supuestos de desplazamientos por razones de conciliación. Aquellos accidentes ocurridos por quien se desplaza a su residencia habitual donde trabaja desde segundas residencias, incluso el día previo a iniciar la actividad, si el desplazamiento ha tenido como fin acudir al teletrabajo, deberá ser entendido como accidente *in itinere*.

7. BIBLIOGRAFÍA

Areta Martínez, M., "El principio "pro conciliación" en la configuración del accidente de trabajo in itinere", blog Encuentros laborales, de 28 de mayo de 2018, disponible en http://encuentroslaboral.blogspot.com/2018/05/74-el-principio-pro-conciliacion-en-la.html

Arufe Varela, A., "Capítulo II. Un caso de derecho comparado sobre desprotección del teletrabajo frente al accidente de trabajo in itinere, desde la perspectiva de la conciliación de familia y trabajo", en Monereo Pérez, J. L. (pr.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2020, pp. 61-76.

Carrascosa Bermejo, D., "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 4 (1), 2023, 59-92, https://doi.org/10.20318/labos.2023.7639

Cervilla Garzón, M. J., y Jover Ramírez, C., "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 4, octubre-diciembre 2015, versión electrónica.

De Las Heras García, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid, Ediciones CEF, 2016.

EUROFOUND, *Digital age. Telework and ICT-based mobile work: flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2020, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/telework-and-ict-based-mobile-work-flexible-working-in-the-digital-age

EUROFOUND, *The rise in telework: Impact on working conditions and regulations*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2022.

EUROSTAT, *Share of employed people working from home sometimes or usually by EU Member States in 2019, 2020 and in 2021*, 2022, datos disponibles en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics#Remote_work:_disparities_by_country_and_level_of_education

Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales", *IUSLabor*, núm. 1, 2023, pp. 145-165, https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2023.i01.05

García Torres, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022, pp. 95-114.

Luque Parra, M. y Ginés I Fabrellas, A., *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, CEOE, 2016.

Martín-Pozuelo López, A., *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Moreno Romero, F., "Accidente trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X., *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Derecho-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 473-502.

Pérez De Los Cobos, F. y Thibault Aranda, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, pp. 139-170.

Sánchez-Urán Azaña, M. Y., "Obligación empresarial de protección de la salud en el trabajo a distancia", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Derecho-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 377-418.

Sellas I Benvingut, R., *El régimen jurídico del Teletrabajo en España*, Navarra, Aranzadi, 2001.

Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", Temas laborales, núm. 134, 2016, pp. 129-166.

Thibault Aranda, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Madrid, CES, 2000.

Todolí Signes, A. y Rodríguez Piñero, M. (dirs.), *Teletrabajo y trabajo a distancia. Análisis del marco jurídico vigente,* Pamplona, Aranzadi, 2022.

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Consecuencias prácticas de la Prorroga Tácita de la Incapacidad Temporal ¿Modificación indirecta de la extensión de la contingencia?

Practical consequences of the Tacit Extension of Temporary Disability. Indirect modification of the extension of the contingency?

José Luis Lafuente Suárez *Doctor en Derecho. Abogado colegiado 1489 ICA Oviedo*
https://orcid.org/0000-0001-5042-6681

Cita Sugerida: LAFUENTE SUÁREZ, J.L.: «Consecuencias prácticas de la Prorroga Tácita de la Incapacidad Temporal ¿Modificacion indirecta de la extension de la contingencia?». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 53-67.

Resumen

El Real Decreto-ley 2/2023 da una nueva redacción al artículo 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social e introduce una prórroga tácita en la contingencia de incapacidad temporal al cumplirse los primeros 365 días de duración y no extenderse parte médico de alta, bien por curación del trabajador, bien por iniciarse de oficio un expediente de incapacidad permanente.

Esta modificación que, en teoría busca una simplificación de los trámites de la prestación económica de incapacidad temporal, supone una alteración en el procedimiento administrativo y, en su caso, judicial, de la impugnación de las altas médicas que es objeto de estudio en este trabajo.

Abstract

Royal Decree-Law 2/2023 rewords Article 170 of the Consolidated Text of the General Social Security Law and introduces a tacit extension in the contingency of temporary disability upon completion of the first 365 days of duration and not extending the medical part of discharge, either by recovery of the worker, or by initiating a permanent disability file ex officio.

This modification, which, in theory, seeks to simplify the procedures for the temporary disability benefit, involves an alteration in the administrative and, where appropriate, judicial procedure, for contesting medical discharges which is the subject of this study.

Palabras clave

Duración; prórroga tácita; competencia; remedios

Keywords

Duration; tacit extension; jurisdiction; remedies

1. INTRODUCCIÓN

La última (por ahora) de las modificaciones introducidas en la prestación de incapacidad temporal —en adelante I.T— es aprobada a través de Real Decreto-ley, el 2/2023, de 26 de marzo (BOE 17 de marzo), nombrado de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Y ha entrado en vigor con efectos del 17 de mayo de 2023, de acuerdo con la disposición adicional 10.

Verdaderamente la prestación de I.T, y concretamente los criterios relativos a su duración y extensión nada tienen que ver con el enunciado de la norma, pero lo cierto es que el apartado Dieciocho de su artículo único da nueva redacción al artículo 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre —en adelante TRLGSS/2015— concretamente al número 2 y específicamente a sus párrafos segundo,

Fecha Recepción: 21/6/2023 - Fecha Revisión: 6/7/2023 - Fecha Aceptación: 7/7/2023
Pags. 53-67

tercero y cuarto, aunque respecto de estos dos últimos, variando la redacción, mantiene el contenido esencial con respecto a la redacción anterior.

No así, decíamos, con relación al párrafo segundo del número 2 del precitado artículo 170 TRLGSS/2015 que, en su nueva redacción expresa: "La falta de alta médica, una vez agotado dicho plazo, supondrá que el trabajador se encuentra en la situación de prórroga de incapacidad temporal a que se refiere el artículo 169.1.a) por presumirse que, dentro del período subsiguiente de ciento ochenta días, aquel puede ser dado de alta médica por curación o mejoría".

Ello supone, no una modificación en la extensión de la duración de la I.T., pero sí un cambio en la evolución, desarrollo, tramitación de esta prestación así como de su interconexión con la situación y prestaciones derivadas de la incapacidad permanente puesto que conforme la redacción anterior, la prórroga de la I.T. una vez excedido el plazo de 365 días debía ser acordada por resolución expresa de la Dirección Provincial del INSS competente, bajo la presunción de curación o mejoría del trabajador dentro de los 180 días que, como máximo, se establece para tal prórroga.

2. EL AGOTAMIENTO DE LOS PRIMEROS 365 DÍA DE I.T.

De acuerdo con la redacción anterior del mentado artículo 170 TRLGSS/2015, agotada la duración máxima de 365 días, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social competente, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades —EEVVII— debía dictar resolución expresa acordando la emisión de parte de alta por curación o mejoría que permita la reanudación del trabajo, el inicio de un expediente de incapacidad permanente por entender que la situación del trabajador es susceptible de encuadrarse en los supuestos recogidos en el artículo 193.1 del TRLGSS/2015[1] o, en fin, reconocer la situación de prórroga expresa por un máximo de 180 días más, por entender que en el transcurso de ese plazo puede producirse la recuperación del trabajador. Aquí es donde se produce el cambio normativo.

A tenor del nuevo texto del párrafo segundo del número 2 del artículo 170 TRLGSS/2015, ya no habrá una resolución expresa del INSS, o por mejor decir, solamente puede producirse una resolución expresa cuando se acuerde bien el alta por curación, bien el inicio de un expediente de incapacidad permanente, pero NO CUANDO SE PRODUZCA UNA PRORROGA por un máximo de 180 días por presumirse que en este plazo se pueda producir el alta por curación o mejoría que permita al trabajador reincorporarse a su labor.

Según expresa en precitado párrafo, la falta de alta médica, una vez agotados los 365 días iniciales de baja supone que el trabajador se encuentra en la situación de prórroga de I.T contemplada en el artículo 169.1 a) del TRLGSS/2015.

Por lo que se refiere a contingencias profesionales, es decir, cuando la prestación está gestionada por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social, se entiende vigente la redacción contenida en la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 16 de enero de 2006 (BOE 24 de enero),de forma que agotado el plazo de 365 días, formulará una Propuesta a la Dirección Provincial del INSS (o del Instituto Social de la Marina, en su caso) en el sentido de emisión de alta médica, inicio de un expediente de incapacidad permanente o prorrogar por un máximo de 180 días la duración de la I.T. La propuesta, en uno de los sentidos indicados, se entenderá aceptada si la entidad gestora no se manifiesta en contrario dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción de aquélla. Esto es, en el caso de que la propuesta de la Mutua colaboradora sea la prórroga de la I.T., el silencio de la entidad gestora constituye igualmente un supuesto de prórroga tácita.

[1] La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

La presunción de prórroga por "silencio administrativo", que es lo que la falta de alta médica en realidad constituye, es preciso ponerla en relación con la aprobación del R.D.1060/2022, de 27 de diciembre, que modificó a su vez el R.D 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, que viene a eliminar la emisión mediante papel de los partes de baja, confirmación y alta por parte del facultativo del Servicio Público de Salud competente[2], remitiéndose dichos partes por vía telemática por parte de este último (o en su caso la Mutua o empresa colaboradora), de una parte, al INSS los datos contenidos en los partes, dice el párrafo segundo del artículo 7 en la nueva redacción, de manera inmediata o en todo caso en el primer día hábil siguiente a su expedición.[3]

El INSS, de acuerdo con el número 2 del mismo artículo 7, comunicará a la empresa los datos de carácter meramente administrativo de los partes referidos a sus trabajadores, como máximo —dice— en el primer día hábil siguiente al de su recepción por el INSS, para su conocimiento y cumplimiento de la obligación empresarial de transmitir, a su vez, por el sistema de Remisión Electrónica de Datos (Sistema RED) los datos (fundamentalmente económicos y de actividad del trabajador en situación de I.T) de la baja del trabajador[4], que se determinen mediante orden ministerial. Para ello las empresas tienen un plazo máximo de tres días hábiles siguientes a la recepción de la baja remitida por el INSS, para transmitirlos "de regreso" al propio Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Este sistema de transmisión telemática sucesiva de datos que entró en vigor el 1 de abril de 2023, plantea a efectos prácticos, dos problemas: el primero, no se suele cumplir por parte del INSS la transmisión a la empresa dentro del primer día hábil siguiente a la expedición de la baja, con la generación de incertidumbre en ésta sobre la situación real del trabajador.

El segundo, la remisión del INSS se realiza a través de transmisión a la empresa a través del sistema RED como una comunicación de datos, tal como recoge el ejemplo real que en primer lugar, no indica la contingencia y en segundo, no resultan fáciles de interpretar los daos contenidos:

La que sigue es una copia de un mensaje real de comunicación a una empresa o autorizado de una baja de incapacidad temporal a través del sistema RED.

Se han borrado los datos de identificación del trabajador; no se aprecia la contingencia y la expresión de la fecha de baja hay que buscarla en el "segmento" DIT, expresado en cronología anglosajona, es decir, año, mes y día. Así, la fecha de la baja es el 8 de junio de 2023 (2023068)[5]

```
SILTRA 3.3.0: 20-06-23 Mensaje: C:\SILTRA\SVA\Msjrec\1727442292.msj
------------------  --------------------------------------------------
ETIFIE20WS90 000          202306180429        FIE
EMP011133005817691
RZS
TRA33008308796010000000
AYN'       0                                   )
DAF201009010000000
DIT77720230608N00000000000000000000000000000  1S2002000000000  00000000
CIT202306150100000000020230629
ETFFIE10WS90 00047881     202306180429        FIENS0000100000009
```

[2] Que solamente expedirá una copia para el trabajador.

[3] Este Real Decreto es desarrollado, a su vez, por la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero (BOE 13 de enero) que, a su vez modifica la Orden ESS/118/2015, de 18 de julio

[4] Solamente para los partes de baja médica, no para los de confirmación ni alta.

[5] Supongo que se llama "simplificación" al contenido de un programa informático, pero se ignora que el envío ha de ser interpretador el receptor (empresa, asesoría…) lo que no resulta demasiado sencilla, como el ejemplo demuestra.

Ponemos en relación la transmisión de partes de alta, en este caso, con la presunción de prórroga al cumplirse los 365 días de extensión de I.T. y falta de emisión de parte de alta por curación, incomparecencia injustificada o inicio de expediente de incapacidad permanente puesto que el trabajador conocerá la existencia de prórroga táctica cuando, llegada la cita con su médico de cabecera, fijada en el último parte de confirmación, éste no tenga, emitidos por el sistema y para entregárselos, pero realmente el único plazo fijado reglamentariamente es el referido de envío de partes a la empresa del número 2 del artículo 7 en la nueva redacción del R.D 625/2014 por parte del INSS, esto es, el primer día hábil siguiente a la expedición del parte de alta, pero esta situación se contempla para la emisión de parte de alta por el Servicio Público de Salud, no para el alta emitida por la propia inspección médica del INSS, como en este caso se trataría. Lo que, en la práctica llegará a constituir un período temporal de "limbo" para el trabajador (y también para la empresa) hasta constatar la inexistencia de parte de alta. Es decir, las facilidades que conllevan las transmisiones electrónicas de datos han de ir conectadas con el cumplimiento del deber constitucional de coordinación y eficacia en la actuación de la Administración Pública recogido en el artículo 103 de la Constitución.

3. LAS IMPUGNACIONES DE ALTAS MÉDICAS EN VÍA ADMINISTRATIVA

A estos efectos vamos a distinguir las reclamaciones que se producen antes de agotarse el plazo máximo de duración de 365 días, de las que se formulan tras agotarse tal período.

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

Las impugnaciones que se formulen frente a estas altas médicas, emitidas antes de agotamiento del plazo de 365 días no se han visto afectadas por la modificación estudiada llevada a cabo por el Real Decreto-ley, el 2/2023, de 26 de marzo.

En este período temporal, el alta médica puede ser emitida bien 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.

3.1.1. Emitida por el Servicio Público de Salud o el INSS

Tratándose de contingencias comunes, emitida el alta por el Servicio Público de Salud o por el INSS, el procedimiento de impugnación a seguir es el mismo, debiendo distinguirse únicamente el destinatario del mismo, 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 71.2 párrafo segundo de la LRJS, en el plazo de 11 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 6 párrafo segundo del artículo 171 TRLGSS/2015 .

3.1.2. Emitida por Mutua colaboradora

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[6] 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 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 LRJS, de forma que es directamente impugnable ante los Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días hábiles.

3.1.3. Emitida por Mutua sin revisión

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 LRJS, 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.

[6] www.seg-social.es/Inicio/Trabajadores Prestaciones/Pensiones de trabajadores Gestión de la prestación de Incapacidad Temporal Régimen General Gestión y control/Impugnaciones. Entrada 19 de mayo de 2023.

3.2. 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, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por la entidad gestora o el inicio de un expediente de incapacidad permanente.

Es preciso tener en cuenta que, con la modificación estudiada, se elimina la posibilidad de recurrir la decisión del INSS de acordar una prórroga por un máximo de 180 días dado que ésta se produce automáticamente cuando no se haya emitido el alta médica. Por consiguiente, se ha eliminado a partir del 17 de mayo de 2023 la formulación de Reclamación frente a la Resolución del INSS de acordar la referida prórroga dado que ahora se entiende que tal prórroga es automática si no ha existido emisión de alta médica. En este sentido se ha pronunciado la Subdirección General de ordenación y asistencia jurídica del INSS en su criterio de gestión 12/2023, de 17 de mayo

Producida pues el alta médica, su impugnación puede producirse por dos vías, la manifestación de disconformidad o la Reclamación previa.

3.2.1. Manifestación de disconformidad

De acuerdo con el número 3 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[7]. La manifestación *de* disconformidad se formula ante la Inspección Médica del Servicio de Salud autonómico competente, la cual puede discrepar con el alta formulada o confirmarla expresa o tácitamente[8]. Si la Inspección discrepara 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 número 3 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[9].

Es de destacar que el texto expreso del párrafo tercero in fin del número 3 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

[7] 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.

[8] 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.

[9] 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.

anterior proposición, resultado en todo caso de una nueva valoración en virtud de informe aportados de parte pero sin que existan realmente las "pruebas complementarias" practicadas por el INSS que fundamenten la reafirmación en la resolución inicial de extensión de alta médica.

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 T.R.L.G.S.S/2015.

La manifestación de disconformidad en fin, de acuerdo con el desarrollo reglamentario constituido por el R.D. 1430/2009 en su artículo 8.12 y los artículos 71 y 140 de la LRJS constituye realmente el cauce de agotamiento de la vía administrativa[10], 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.

3.2.2. Formulación de Reclamación previa frente al alta

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.

3.2.2.1. 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 cuatro días naturales para formular aquélla, no se hubiera presentado, 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 LRJS. 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 LRJS. 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 LRJS.

3.2.2.2. 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.

[10] 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.

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.

3.3. Un supuesto a diferenciar: la anulación por el I.N.S.S de baja médica expedida por el Servicio Público de Salud

Estamos ante el supuesto de emisión de un nuevo parte médico de baja por el Servicio de Salud tras alta emitida por el INSS al haber transcurrido más de 365 días desde el inicio de una situación de I.T. 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 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 frente a la anulación de la nueva baja médica, se formulará en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. 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.

4. EL PROCESO JUDICIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

4.1. La impugnación judicial de las altas médicas

Agotada la vía administrativa, por desestimación de las formuladas manifestación de disconformidad, 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; de la desestimación expresa de la Reclamación previa, o desde la desestimación tácita de la referida Reclamación previa.

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.

4.2. 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 estos supuestos, de prestaciones económicas de I.T., conlleva a 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

5. EL OBJETO DEL PLEITO DE I.T Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL

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, en primer lugar, 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 el "alta administrativa" con 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, (recidiva) 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 la 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.

Es preciso tener en cuenta, en clarificación de la resolución sobre el objeto del proceso de impugnación de altas médicas, que el hecho de agotarse el plazo de 365 días, aun con la modificación introducida que permite entender tácitamente prorrogada la I.T. por un máximo de 180 días más, no ha de conllevar necesariamente la extinción de la contingencia por su agotamiento temporal, sino que el juzgador, ante la demanda expresa, puede y debe decidir sobre el suplico formulado en la demanda.

Este suplico, en este supuesto de agotamiento del plazo de 365 días con prórroga tácita de la situación de I.T. por un máximo de 180 días más, a su vez, puede consistir en dos peticiones diferentes:

— La anulación del alta médica emitida, con resolución judicial de inicio de expediente de incapacidad permanente por parte del INSS, ante la situación, previsiblemente incapacitante del demandante.

— La anulación del alta médica, sustituyendo ésta por una prórroga extraordinaria de 180 días más, sin que la duración pueda exceder de 730 días naturales, por entender, de acuerdo con lo previsto en el artículo 174.2 párrafo segundo del TRLGSS/2015, que existe una expectativa de recuperación de la capacidad laboral del trabajador en ese nuevo lapso temporal.

En virtud de la petición de la Demanda, la Sentencia deberá contener, de acuerdo con el artículo 97.1 de la LRJS, resumen suficiente de los hechos que hayan sido objeto del debate, declarar los hechos probados en apreciación de los elementos de convicción que ha tenido en cuenta, razonando de estos la resolución adoptada que, deberá fundamentar suficientemente sus pronunciamientos. De este modo, en conexión con la obligación constitucional de fundamentar las sentencias que reconoce el artículo 120.3 de la Constitución, y la calificación de las mismas que recoge el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que éstas han de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente, deberán pronunciarse expresamente en los supuestos estudiados en el siguiente sentido:

— Confirmación del alta médica, por entender completado el proceso de recuperación del trabajador o, en caso contrario, anular el alta médica con condena expresa al INSS de inicio de un expediente de incapacidad permanente ante la previsible situación incapacitante del demandante.

— Confirmación del alta médica o su anulación y reconocimiento de una prórroga expresa de un máximo de 180 días, sin que la duración total exceda de 730 días naturales, por prever la recuperación del demandante dentro de ese lapso temporal

En el caso de petición contenida en el suplico de la demanda limitada a una estas posibilidades, será el juzgador quien resuelva lo procedente sobre la misma. Ahora bien, puede darse un supuesto concreto en el que la situación del trabajador pudiera verse contemplada desde la doble perspectiva que abarcan las dos peticiones, y que haya sido formulada la alternativa en el suplico de la demanda; esto es, que pudieran existir discrepancias en las previsiones médicas sobre una posible recuperación dentro del nuevo período temporal de 180 días o la consideración de agotamiento de atenciones sanitarias recuperatorias, con la probable existencia de una declaración de incapacidad permanente. Entendemos que en este segundo caso, la sentencia del juez ha de venir dada en el sentido de anular el alta médica y encomendar al INSS el dictado de nueva resolución, previo informe del EVI, en la que decidiera entre una y otra opción; es decir, acordando la prórroga extraordinaria del 174.2

párrafo segundo del TRLGSS/2015 o bien resolviendo iniciar de oficio un expediente de incapacidad permanente.

De este modo se evitaría cierta confusión en determinadas sentencias que entienden que la impugnación de un alta médica se basa en la petición de continuación en la situación de I.T., cuando lo que se está pidiendo es la anulación del alta médica con inicio de oficio de expediente de incapacidad permanente[11].

Este criterio se mantenía en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia ante los que cabía recurso de Suplicación con la antigua Ley de Procedimiento Laboral, a diferencia de la actual LRJS que excluye de tal recurso a las sentencias dictadas por los Juzgado de lo social en materia de impugnación de altas médica.[12]

6. LA IRRECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA Y LAS POSIBLES VÍAS DE SUBSANACIÓN DE SU ERROR

Como sabemos, la calificación del proceso de impugnación de altas médicas de urgente y tramitación preferente, tiene la contrapartida de la omisión de recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en el mismo, a tenor de lo regulado en el artículo 140.3 b) y c) de la LRJS. Esto a su vez, provoca en primer lugar, que las demandas de impugnación de altas médicas no se prodiguen, al buscarse otras vías de solución a la reincorporación de los trabajadores al puesto de trabajo. En segundo lugar, la dificultad de la aportación de prueba pericial contradictoria con la resolución impugnada del INSS de emitir el alta médica; y en tercer lugar, dicho sea con el máximo respeto, que las decisiones judiciales en estos procesos no se vean suficientemente razonadas y tengan una tendencia a resolver pro INSS sin demasiadas profundidades en las argumentaciones empleadas para desestimar las demandas. Ya nos hemos referido antes a la existente confusión entre la formulación de la demanda de impugnación de alta por entender que no procede la declaración de curación o recuperación de las facultades laborales de los trabajadores y la desestimación de la demanda razonando exclusivamente la no procedencia de continuación en situación de I.T.

No estaría de más un estudio y análisis estadístico posterior de los casos en lo que, iniciándose un proceso con una impugnación de alta médica desestimada judicialmente, terminase con un reconocimiento administrativo o judicial de incapacidad permanente, pues, insisto en la percepción profesional de quien suscribe, reiterada en actuaciones profesionales y comentarios escritos[13] VER CITAAS, en la actualidad la actuación de los EEVVII no puede considerarse sino de parte y evidentemente, sin carácter objetivo, y de ahí permitirme apuntar, lege ferenda, la conveniencia de reconocer el acceso al Recurso de Suplicación en esta clase de procesos,

---

[11] Sentencia de 4 de julio de 2022, del Juzgado de lo social número 1 de Gijón, autos SSS 301/2022: "Debe ser desestimada la demanda. El informe pericial que la parte actora ha hecho valer en el acto del juicio es significativo del carácter crónico de las dolencias padecidas por el trabajador. Es cierto que existe posibilidad terapéutica, pero la intervención quirúrgica tiene alto riesgo de lesión radicular y, como el perito afirmó, con toda seguridad la lesión se volverá a reproducir. Concluye el Sr. López Fanjul que se trata de lesiones crónicas e irreversibles, circunstancia que es incompatible con la institución de la incapacidad temporal, que protege situaciones de carácter transitorio y en las que la mejora de las condiciones de salud del trabajador se presenta como una expectativa razonable". El suplico de la demanda decía: "y acuerde el dictado de nueva Resolución por parte del INSS bien con inicio de un expediente de incapacidad permanente, bien con prórroga de la situación de I.T hasta que tenga lugar la intervención quirúrgica pendiente, sin exceder de los 730 días como máximo.

[12] Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2010. Recurso 9/2010.

[13] Lafuente Suárez, J.L. *La contingencia de incapacidad temporal:tramitación administrativa y proceso judicial. Básicos de Derecho Social*. Bomarzo. Albacete 2018, páginas 89 y 90.
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.

¿Qué puede hacerse en la práctica, ante una sentencia desestimatoria en estos procesos de impugnación de altas médicas?

Podemos apuntar dos remedios a considerar: el incidente de nulidad y el complemento de sentencia.

Estos remedios estarían dirigidos fundamentalmente a los supuestos comentados en que la sentencia dictada elude alguno de los pronunciamientos que se le piden en el suplico, bien con carácter exclusivo o alternativo, esto es, anulación del alta por no recuperación de la capacidad laboral e inicio de un proceso de incapacidad permanente, o en su caso, prórroga extraordinaria de la I.T sin alcanzar los 730 días naturales, habiéndose pronunciado exclusivamente por la confirmación del alta médica emitida al haberse agotado la duración máxima de la I.T. o no darse los motivos de reconocimiento de prórroga.

6.1. El incidente de nulidad

El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante LOPJ— condiciona la admisión del incidente, en primer lugar a la inexistencia de recurso ordinario o extraordinario frente a la Sentencia dictada, lo que ocurre en el presente proceso de impugnación de altas médicas, de acuerdo con los artículos 140.3 c) y 191.2 g) de la Ley reguladora de la Jurisdicción social. La formulación del incidente debe llevarse a cabo por quien haya sido parte en el proceso judicial, e interponerse en el plazo de veinte días hábiles, contados en este caso desde la notificación de la resolución cuya anulación se pretende. La competencia para decidir sobre el incidente corresponde al órgano judicial que dictó la resolución que haya adquirido firmeza, dado que la resolución no puede ser recurrida, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 191.2 g) de la Ley de la Jurisdicción social.

Finalmente, sólo procede el incidente cuando esté fundado en cualquier vulneración de derechos fundamentales recogidos en el artículo 53.2 de la Constitución y que no se haya podido denunciar antes del dictado de la resolución cuya anulación se solicita.[14] En estos casos, la que se denuncia violación de derechos fundamentales está causada por la propia Sentencia dictada, de acuerdo con los razonamientos que se exponen y el derecho fundamental denunciado es el recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, el derecho de todo ciudadano a obtener la tutela efectiva de los tribunales de justicia, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

El derecho a obtener la tutela efectiva de los órganos judiciales reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española ha de verse complementado con su desarrollo a nivel de legislación ordinaria en cuanto al contenido de las sentencias, concretamente el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil y el artículo 97 de la LRJS. Conforme al artículo 218 de la LEC, las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y pretensiones de las partes. De este modo, la congruencia de la sentencia exige su exhaustividad, esto es, deben resolver todas las cuestiones planteadas por las partes y objeto de controversia, sin que ello comprenda los razonamientos o fundamentos que se esgrimen por aquéllas.

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido en Sentencias, entre otras, 215/1999, de 29 de noviembre; 15/1999, de 22 de febrero; 202/1998, de 14 de octubre; 172/1994, de 7 de junio, para determinar si existe incongruencia en una resolución judicial "se hace preciso contrastar su parte dispositiva con el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (las partes) y objetivos (causa de pedir y petitum) de modo que la adecuación debe extenderse tanto a la petición, como a los hechos que la fundamentan; en el bien entendido que dicha doctrina no impide que los órganos judiciales puedan fundamentar sus decisiones en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, siempre que no suponga una alteración o desviación de sus pretensiones".

[14] Ver Auto del T.S de 20 de febrero de 2019 dictado incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia 873/2018, de 27 de setiembre, dictada en Recurso de Unificación de doctrina 2747/2016.

Por consiguiente, la formulación del incidente de nulidad ha de basarse en la inadecuación de la respuesta judicial (sentencia) a las peticiones realizadas (suplico de la demanda), bien por ausencia de pronunciamiento sobre alguna de aquéllas, bien por incongruencia entre las mismas y el fallo emitido de la resolución dictada.

El problema que encontramos a la eficacia de este incidente es, naturalmente, que la decisión corresponde al mismo órgano judicial que dictó la resolución que se pretende anular, por lo que es necesario, en primer lugar, su articulación exquisita, en segundo lugar, su fundamento en la real existencia de la incongruencia denunciada, y en tercer lugar, la bonhomía y cualificación profesional del juzgador que llegue a estimar la comisión de un error cometido.

6.2. El complemento de Sentencia

Aunque este remedio se aplica principalmente en la jurisdicción contencioso-administrativa, su fundamento es extensible a la jurisdicción social.

En este sentido, el artículo 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente que:

"Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla."

Al igual que estudiábamos en el remedio anterior, la competencia para el dictado de auto resolutorio de la petición de complemento de sentencia corresponde al mismo órgano judicial que dictó esta última, y en este caso el plazo es mucho más breve, cinco días hábiles desde la notificación de la sentencia.

El razonamiento para su formulación es paralelo al esgrimido en el número anterior, es decir, la falta de contestación expresa a una petición concretada en el suplico que no se ha visto, pues, atendida en la decisión de la solución adoptada por el órgano judicial por lo que la sentencia puede no ser exhaustiva al no referirse explícitamente a una cuestión planteada al juzgador.

Es cierto que tanto la jurisprudencia como la doctrina del Tribunal Constitucional han entendido que "no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones formuladas por el demandante en sostenimiento de sus pretensiones"[15], pero no lo es menos que el Tribunal Constitucional ha declarado que "*cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un* alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión*, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia*" [16]

En los casos que analizamos, en los que el juzgado de lo social no resuelve sobre una pretensión concreta, correctamente articulada, con sustantividad propia dentro de la demanda, la presentación de un escrito de complemento de sentencia ha de dar lugar al dictado de un auto que resuelva expresamente sobre la solicitud contenida en aquél. Este auto puede ser desestimatorio al entender que no procede el complemento de la sentencia pero, de admitir la carencia de la resolución cuyo

[15] ATS de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2017/286501)

[16] Por todas, STC 24/2010, de 27 de abril [RTC 2010/24]).

complemento se pide, puede dar lugar, de verse atendidos los razonamientos alegados, a transformar una sentencia desestimatoria en una estimación de la petición autónoma no resuelta en aquélla y que se ha visto reconocida en el auto dictado en respuesta al escrito de complemento de sentencia.

Al igual que en el comentario anterior, la duda de la efectividad del escrito de complemento de sentencia viene dada por la competencia del órgano judicial que ha de resolver, el mismo que dictó la resolución que se denuncia no exhaustiva, por lo que, sin perjuicio de la alegación y prueba de la carencia, es preciso contar con el factor humano, mejor, con la herida de la naturaleza humana resultado del pecado original conteniendo los rasgos de soberbia y vanidad, entre otros.

7. CONCLUSIONES

Podemos señalar, a modo de conclusiones críticas, las que indicamos.

Primera.- La eliminación de trámites burocráticos a través de las transmisiones informáticas de datos ha de entenderse como positiva a efectos de facilitar el control de las situaciones de I.T, pero dado que son las empresas las que han de completar los datos al INSS, es necesario que los plazos prescritos para los envíos de comunicaciones por parte de los Servicios Públicos de Salud como posteriormente del INSS a las empresas y/o asesorías, se cumplan, respetando los principios de eficacia y coordinación en la actuación de la Administración que recoge el artículo 103 de la Constitución, y se mejore la calidad de los contenidos de los envíos para permitir a estas últimas colaborar adecuadamente.

Segunda. - Ciertamente la prórroga tácita de la I.T no supone una modificación de la duración de esta contingencia protegida, pero sí limita el derecho al recurso a la extensión del alta médica, no permitiendo la reclamación frente a la prórroga producida sin extensión de alta formal; recurso que podría darse por entender que lo procedente no es esa extensión por un máximo de 180 días más, sino el inicio de un expediente de incapacidad permanente.

Tercera. - La limitación de actuación referida en la conclusión anterior hay que ponerla en relación con la práctica que el foro nos muestra sobre las interpretaciones que las decisiones judiciales de impugnaciones de altas médicas muestran, al no existir unificación por vía de Recurso de Suplicación, sobre todo al no conectar el agotamiento de la duración de la I.T , con el posible inicio de un expediente de incapacidad permanente, y no necesariamente con una prórroga de aquélla.

Cuarta. -Los remedios frente a las sentencias dictadas en los procesos de impugnación de altas médicas, incidente de nulidad y escrito de complemento de sentencia, resultan insuficientes al corresponder la decisión al mismo órgano judicial sentenciador. De lege ferenda sería conveniente extender el recurso de Suplicación a estos procesos pues la teórica rapidez en su tramitación no compensa la escasa atención prestada a la decisión de los mismos, precisamente derivada de la carencia de recurso ante órgano ad quem.

8. BIBLIOGRAFÍA

Cid Miró, M.: “La relevancia de la solicitud de complemento de sentencia incluso para modificar el fallo de las resoluciones judiciales”. https://www.uria.com/es/publicaciones/8302-la-relevancia-de-la-solicitud-de-complemento-de-sentencia-incluso-para-modificar 23 de febrero de 2023.

Collado García L, Taracón Pérez E., Romero Rodenas M.J.: *Incapacidad Temporal*. Bomarzo. 3ª Edición 2020.

Collado Garcia L, Tarancón Perez E, Romero Rodenas M.J.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2023.

Esteban Legarreta, R.: *Controles y límites de la incapacidad temporal*, Bomarzo, 2019.

IBERMUTUA: https://revista.ibermutua.es/noticias/a-partir-del-1-de-abril-de-2023-los-trabajadores-ya-no-tendran-que-aportar-a-su-empresa-los-partes-de-baja- Entrada 13 de marzo de 2023.

Lafuente Suarez, 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

Lafuente Suarez, J.L.: *La contingencia de incapacidad temporal: tramitación administrativa y proceso judicial*. Básicos de Derecho Social. Bomarzo. Albacete 2018

Lafuente Suarez, J.L.: "La interpretación 'más favorable' a la Administración Pública en los procedimientos administrativos y judiciales de la incapacidad temporal (y de la incapacidad en general)". *Revista de Derecho de la Seguridad social* nº 26. 1 Trimestre 2021. Laborum

Lopez Insúa, B Del Mar: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*. Comares. Granada.2014

Garcia Murcia, J. y Martin Valverde, A.: *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*. Vol.I. Aranzadi.2002.

VV.AA.: *Derecho de la Seguridad Social.* De La Villa Gil, L.E (director); Garcia-Perrot Escartin, I y Mercader Ugina, J.R (Coordinadores). Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Prestación por desempleo y absentismo injustificado: problemas aplicativos y recursos interpretativos

Unemployment and unexcused absenteeism benefit: application problems and interpretative remedies

Guillermo García González *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad Internacional de La Rioja
https://orcid.org/0000-0002-5927-4124

Cita Sugerida: GARCÍA GONZÁLEZ, G.: «Prestación por desempleo y absentismo injustificado: problemas aplicativos y recursos interpretativos». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 69-92.

Resumen

El artículo aborda la problemática jurídica asociada al acceso a las prestaciones de desempleo que deriva de absentismo injustificado. Tras un análisis dogmático, que permite perfilar la naturaleza, lógica interna y dinámica de las dos modalidades extintivas que puede amparar la ausencia injustificada al trabajo, se examinan detalladamente las implicaciones que dichos actos extintivos tienen sobre la situación legal de desempleo y el requisito de involuntariedad en la extinción. La aproximación al problema se realiza no solo desde una perspectiva teórica, sino desde su dimensión práctica. Desde este enfoque más pragmático adquiere un especial protagonismo el fraude de ley en el acceso a las prestaciones mediando faltas de asistencia injustificadas; extremo este que se desarrolla casuísticamente, partiendo de una categorización sistematizadora, y acotando el estudio a aquellos casos más complejos, en los que no concurre prima facie connivencia empresarial.

Palabras clave

prestación por desempleo; absentismo injustificado; despido disciplinario; abandono; fraude de ley

Abstract

The article addresses the legal problems associated with access to unemployment benefits that derive from unjustified absenteeism. After a dogmatic analysis, which outlines the nature, internal logic and dynamics of the two extinction modalities that can protect the unjustified absence from work, the implications that these extinction acts have on the legal situation of unemployment and the requirement of involuntary extinction are examined in detail. The approach to the problem is carried out not only from a theoretical perspective, but also from its practical dimension. From this more pragmatic approach, legal fraud in access to benefits acquires a special prominence, mediating unjustified lack of assistance; this end is developed casually, starting from a systematising categorisation, and limiting the study to those more complex cases, in which there is no prima facie business collusion.

Keywords

unemployment benefit; unexcused absenteeism; disciplinary dismissal; abandonment; fraud of law

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La prestación por desempleo constituye una de las principales manifestaciones de las políticas públicas de empleo, que ha merecido tradicionalmente un extenso e intenso interés doctrinal[1]. Pese

[1] El estudio del problema del paro forzoso comenzó en España bajo la iniciativa y patronato de la sección española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, que se declaró definitivamente constituida bajo la presidencia de Luis de Marichalar y Monreal, Vizconde de Eza, el 30 de marzo de 1910, con la denominación de Sociedad Española para el Estudio contra el Paro. Esta asociación desempeñó una labor muy activa en relación con el desempleo en España, desarrollando numerosos estudios y actividades, pese a reconocer la dificultad que existía para determinar las causas y las medidas preventivas más eficaces en la lucha contra el paro forzoso. Marichalar y Monreal, L. (Vizconde de Eza), *El problema del paro forzoso*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1911.

Fecha Recepción: 28/10/2023 - Fecha Revisión: 10/11/2023 - Fecha Aceptación: 11/11/2023
Pags. 69-92

al progresivo fortalecimiento de las políticas activas de empleo, la protección frente al desempleo continúa teniendo una relevancia esencial en nuestro modelo de relaciones laborales[2].

El alcance de los sujetos protegidos[3] y la propia lógica interna y dinámica prestacional del desempleo conforman un contexto propicio para el surgimiento de numerosos conflictos jurídicos; conflictos que deben ser integrados a través de procesos interpretativos y aplicativos, no siempre sencillos, con el fin de suplir las lagunas regulatorias existentes en la materia[4].

Dentro de las controversias referidas, especial relevancia tienen las que residen en los requisitos de acceso a las prestaciones por desempleo, estando en el núcleo de muchas de ellas el cuestionamiento de la involuntariedad en el acto extintivo originario. Entre todas, destaca por su larga tradición litigiosa el acceso a las prestaciones de desempleo que nace de una extinción contractual motivada en el absentismo injustificado del trabajador; y ello, por cuanto este tipo de conducta puede concurrir en dos modalidades de extinción contractual diametralmente opuestas en cuanto a su esencia y efectos prestacionales: el despido disciplinario y la dimisión por abandono. A analizar la distinta naturaleza jurídica de dichas instituciones extintivas en su proyección al desempleo se dedica el presente artículo.

El examen ha de comenzar necesariamente con un análisis dogmático que permita perfilar la naturaleza, lógica interna y dinámica de las dos modalidades extintivas que puede amparar la ausencia injustificada al trabajo. Realizada esta delimitación, resulta preciso proyectarla sobre la situación legal de desempleo y el requisito de involuntariedad en la extinción que preside nuestro sistema jurídico.

El problema se aborda no solo desde una perspectiva teórica, óptica desde la cual los conflictos jurídicos parecen poco relevantes, sino desde su dimensión práctica. Desde este enfoque más pragmático adquiere un especial protagonismo el fraude de ley en el acceso a las prestaciones mediando faltas de asistencia injustificadas; extremo este que se desarrollará casuísticamente partiendo de una categorización sistematizadora, y acotando el estudio a aquellos casos más complejos en los que no concurre *prima facie* connivencia empresarial. La jurisprudencia se presenta en este punto como un instrumento imprescindible en el análisis propuesto; y ello, sin desconocer que las resoluciones judiciales refieren supuestos concretos y que sus conclusiones no pueden ser extrapolables de forma incondicionada a las múltiples realidades que pueden concurrir en torno a la materia. Con todo, esta última consideración no debe desmerecer la utilidad del análisis, teniendo en cuenta que la jurisprudencia, concebida como permanente discusión de problemas, resulta un instrumento óptimo para comprender de modo más profundo la propia esencia del problema que pretende solucionar[5].

[2] Las políticas de empleo, en cuanto a materialización de los principios constitucionales contenidos en los arts. 35, 40 y 41 CE, constituyen bases fundamentales sobre las que se articula nuestro "Estado social y democrático de derecho" (art. 1 CE). Dentro de este tipo de políticas, cabe distinguir las políticas activas, de las actualmente denominadas "políticas de protección frente al desempleo" (art. 2.1 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo); apreciándose una progresiva reorientación de las tradicionalmente calificadas como políticas pasivas de empleo a la reinserción, auténtica finalidad jurídico-política de la protección por desempleo. *Vid.* Monereo Pérez, J.L., "La protección legal por desempleo y sus niveles de protección", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, nº 6 (2016), p. 46.

[3] Según las estadísticas oficiales del SEPE, en septiembre de 2023, un total de 1.687.270 personas se han beneficiado de la protección por desempleo y 690.563 han sido beneficiarios de subsidio. Datos disponibles en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/estadisticas-prestaciones/informe-prestaciones.html (fecha de consulta: 21 de octubre de 2023).

[4] Se acoge el término laguna en su acepción amplia o débil, concibiéndola como "cualquier ausencia de normas, aun cuando sea susceptible de solución por el intérprete mediante el recurso a la analogía o a los principios generales del derecho". Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 648.

[5] Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986, p. 146.

2. LA COMPLEJA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO EXTINTIVO POR ABSENTISMO INJUSTIFICADO: DESPIDO *VERSUS* ABANDONO

Delimitar la naturaleza jurídica de la extinción del contrato de trabajo como consecuencia del absentismo injustificado resulta una tarea compleja; y ello, por cuanto dicha conducta es de común concurrencia en dos modalidades de extinción contractual diametralmente opuestas en cuanto a su lógica interna y efectos: el despido disciplinario y la dimisión por abandono.

Por una parte, las faltas de asistencia del trabajador pueden amparar una situación de despido disciplinario *ex* art. 54.2 a) TRET. En este sentido, se considera un incumplimiento grave y culpable del trabajador "las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo". Por otra parte, el absentismo injustificado del trabajador puede determinar la finalización del contrato de trabajo por abandono, causa extintiva del contrato de trabajo no contenida expresamente en el TRET, pero de larga tradición en nuestro ordenamiento[6].

Se puede considerar al abandono como una dimisión no preavisada, constituyendo una subespecie de la causa extintiva del art. 49.1 d) TRET, que dispone que el contrato se extinguirá "por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar". El abandono es un acto voluntario y unilateral del trabajador que, sin causa justificada ni comunicación expresa, cesa en la prestación laboral con el ánimo de extinguir la relación laboral. El cese en el trabajo sin causa, la ausencia de comunicación expresa y la voluntad extintiva se presentan como los elementos de necesaria concurrencia en el abandono[7].

La admisión del abandono en nuestro ordenamiento jurídico resulta pacífica, teniendo en cuenta la configuración constitucional del derecho al trabajo como esencialmente voluntario *ex* art. 35 CE, y que "la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral"[8].

Constituye en consecuencia el abandono una dimisión tácita que se colige de actos y omisiones voluntarios del trabajador y que evidencian su deseo de dar por extinguida la relación laboral de forma inmediata. La dimisión exige necesariamente una voluntad del trabajador "clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance"[9]. Además, dicha voluntad debe ser conformada libremente, sin vicios que afecten a su formación[10].

Es evidente que la calificación del absentismo injustificado como abandono o como despido disciplinario tendrá diferentes efectos, entre los que, por lo que se refiere al objeto del presente estudio, destaca singularmente el acceso a las prestaciones por desempleo[11]. La trascendencia en este sentido resulta indudable, pues, dependiendo de la calificación que merezca el acto extintivo, el trabajador tendrá o no derecho a acceder a dicha protección; protección que, como después se examinará, tienen su fundamento en la extinción no voluntaria de la relación laboral.

---

[6] *Vid*. art. 44 del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. Sobre el alcance de dicha regulación, *vid.* Montoya Melgar, A., *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1967.

[7] Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 16ª ed., pp. 699-700.

[8] STS, 1 de octubre de 1990. *Vid.* Toscani Giménez, D., "Extinción por voluntad del trabajador sin causa", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 106 (2010), pp. 152-153.

[9] SSTS, 10 de diciembre de 1990 y 27 de junio de 2001 (nº rec. 2071/2000), STSJ Aragón, 8 de enero de 2008 (nº rec. 1097/2007) y STSJ Castilla-La Mancha, 18 de mayo de 2023 (nº rec. 228/2023).

[10] STS, 20 de enero de 2021 (nº rec. 2093/2018) y SJS nº 3 Ciudad Real, 26 de enero de 2022 (nº sentencia 75/2022).

[11] Sobre la posible responsabilidad indemnizatoria derivada del abandono, *vid.* López Jiménez, J.M., *La extinción voluntaria del contrato de trabajo a instancias del trabajador*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 159 y ss.

En muchas ocasiones, la calificación de la extinción del contrato por absentismo del trabajador no resulta problemática, pues su dinámica evidencia claramente la existencia de un despido o de una dimisión por abandono. Sin embargo, en otros casos, la naturaleza jurídica del acto extintivo resulta confusa, debiendo el aplicador del derecho realizar un ejercicio interpretativo que no siempre resulta fácil[12]; y ello, por cuanto las denominadas conductas de abandono pueden constituir unas veces simple falta de asistencia al trabajo, pudiendo tener otras un significado extintivo, "dependiendo la inclinación por una u otra calificación del contexto, de la continuidad de la ausencia, de las motivaciones e impulsos que le animan y de otras circunstancias", toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral[13]. Esta complejidad adquiere toda su intensidad cuando la discusión jurídica se condensa en dilucidar si el acto extintivo constituye un despido tácito o una dimisión por abandono[14].

Como se ha apuntado, y frente a la completa regulación del despido, el abandono es una institución extintiva que, pese a derivar de nuestro ordenamiento jurídico, carece de una ordenación específica. Con el fin de suplir esta laguna, doctrina y jurisprudencia han contribuido sustancialmente a perfilar la institución del abandono, acentuando sus elementos característicos y favoreciendo la adecuada calificación del acto extintivo basado en el absentismo injustificado del trabajador. De esta labor exegética, esencialmente casuística, cabe extraer algunas notas características del abandono que permiten su distinción con el despido disciplinario por absentismo.

Como punto de partida, debe considerarse al abandono como una institución de aplicación restrictiva[15]. Para que un determinado comportamiento del trabajador pueda ser considerado como abandono del puesto de trabajo, es imprescindible que derive de actos que inequívoca e indiscutiblemente evidencien el ánimo extintivo del trabajador, "debiendo aceptarse muy restrictivamente esta posibilidad cuando no quede claramente evidenciada"[16].

Consecuencia lógica de lo anterior, el abandono del puesto de trabajo es un tipo de dimisión tácita que debe ser acreditada de tal modo que no existan dudas razonables de que fuera voluntad del trabajador dar por concluida la relación laboral[17]. En esta tarea probatoria resultará fundamental examinar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, debiendo el aplicador del derecho evidenciar el ánimo extintivo del trabajador, descartando otras posibles interpretaciones.

De este modo, son el conjunto de circunstancias concurrentes en cada supuesto examinado las que demuestran la existencia del abandono, sin que la "inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo (…) mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión;

[12] Sobre este punto, Eguaras Mendibil, F., "La dimisión y el despido: criterios de carga probatoria", *Jurisdicción social. Revista de la comisión de lo social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 205 (2019), pp. 35-42.

[13] SSTS, 17 de mayo de 2005 (nº rec. 2219/2004), 21 de noviembre de 2000 (nº rec. 3462/1999) y 3 de junio de 1988 y STSJ Navarra, 10 de febrero de 2014 (nº rec. 11/2014).

[14] Se entiende por despido tácito "aquel en el que el empleador omite la comunicación escrita o verbal, pero por vía de hecho realiza un despido que se desprende de sus actos, siempre que sean suficientemente concluyentes. El despido tácito también requiere una voluntad resolutoria consciente del empresario, que si bien cabe entender que existe cuando los actos u omisiones concurrentes permitan presumir una voluntad en tal sentido, excluye tal conclusión en supuestos en que dichos actos denotan de manera inequívoca la ausencia de la mencionada voluntad resolutoria, aunque manifiestan incumplimiento contractual, ante el que el trabajador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable". *Vid.* STSJ Cataluña, 17 de marzo de 2017 (nº rec. 7519/2016).

[15] Goerlich Peset, J.Mª, "La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono", en *Extinción del contrato de trabajo*, Albiol Montesinos, I. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 291-292. Este principio de aplicación restrictiva no siempre ha sido respetado por la jurisprudencia. Cfr. STSJ Aragón, 8 de enero de 2008 (nº rec. 1097/2007).

[16] STSJ Cataluña, 24 de febrero de 2003 (nº rec. 6009/2002).

[17] SSTS, 27 de junio de 2.001 (nº rec. 2071/2000), 29 de marzo de 2.001 (nº rec. 2093/2000), 19 de octubre de 2.006 (nº rec. 3491/2005) y 10 de octubre de 2006 (nº rec. 5065/2005). Sobre el sujeto en el que recae la carga probatoria y los conflictos interpretativos que este hecho genera, *vid*. Eguaras Mendibil, F., "La dimisión y el despido: criterios de carga probatoria", *op. cit.*, pp. 38-39.

sino que (…) se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato"[18].

Las circunstancias para valorar la auténtica intención extintiva del trabajador resultan variadas e innumerables. La realidad de las relaciones laborales es ingente e inabarcable, y cada extinción concreta requerirá de un análisis pormenorizado. El particularismo que rige la materia obviamente dificulta la obtención de premisas de validez general, pero ello no puede constituir un obstáculo absoluto que impida entresacar aquellas circunstancias que gozan de un relativo reconocimiento doctrinal y jurisprudencial. Así, y con ánimo sistematizador, se pueden señalar tres grandes categorías, cada una de las cuales se integra por numerosa casuística:

— Relevancia cuantitativa del absentismo[19]. Es criterio general considerar que el abandono exige una inasistencia con suficiencia cuantitativa, por lo que la inasistencia puntual y de escaso alcance no es bastante para presumir la voluntad de dimitir de una relación laboral[20]. Con todo, ha de tenerse presente que la relevancia de las ausencias no constituye motivo suficiente para deducir la dimisión por abandono, pues las faltas no pueden considerarse objetivamente y al margen de un contexto en el que por su continuidad o por otras circunstancias aparezcan dotadas de un indudable significado extintivo[21].

— Inexistencia de otras causas que puedan justificar el absentismo, ya sean empresariales[22] o personales[23].

— Trascendencia de actos previos, coetáneos y posteriores al abandono, en su análisis conjunto[24]. La variedad de circunstancias a valorar en este punto es múltiple y diversa, debiendo deducirse del conjunto de ellas la auténtica naturaleza del acto extintivo, sin que una de forma aislada acostumbre a ser suficiente para tal fin. De esta necesaria ponderación global se deriva que, en no pocas ocasiones, una misma circunstancia o acto pueda ser entendido como despido o abandono, en función del contexto y de su relación dialéctica con el resto de los elementos fácticos que se presentan en el supuesto a analizar. A modo meramente ejemplificativo, se consideran situaciones que denotan abandono: las discusiones previas al cese en el trabajo en las que el trabajador manifiesta que no volverá a trabajar[25]; las manifestaciones en las que el trabajador constata que no acudirá a trabajar si se le mantiene el mismo puesto de trabajo[26]; las comunicaciones previas a compañeros

[18] STS, 27 de junio de 2001 (nº rec. 2071/2000).

[19] Martínez Girón, J., "Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6 (2002), p. 440.

[20] Así, se ha entendido que ausentarse casi un mes del puesto de trabajo es signo inequívoco de abandono. *Vid*. STSJ Andalucía, Granada, 2 de julio de 2020 (nº rec. 138/2020). Por el contrario, la inasistencia al trabajo durante tres días no es suficiente para deducir la voluntad de dimisión. En este sentido, STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 21 de junio de 2023 (nº rec. 946/2022). Cfr. STSJ Murcia, 20 de marzo de 2000 (nº rec. 196/2000). *Vid.* Goerlich Peset, J.Mª, "La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono", *op. cit.*, p. 294, y Martínez Girón, J., "Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo", *op. cit.*, p. 440.

[21] STSJ Navarra, 10 de febrero de 2014 (nº rec. 11/2014).

[22] STSJ Andalucía, Sevilla, 29 de noviembre de 2018 (nº rec. 3863/2017) y STSJ Galicia, 21 de julio de 2008 (nº rec. 1979/2008). En relación con el teletrabajo, *vid.* STSJ Cataluña, 22 de enero de 2021 (nº rec. 3751/2020).

[23] STSJ Galicia, 21 de noviembre de 2008 (nº rec. 4481/2008).

[24] *Vid*. STSJ Asturias, 12 de junio de 2019 (nº rec. 364/2019).

[25] Se aprecia dimisión por abandono cuando "el trabajador, después de entrar con el gerente en el despacho de este último, salió muy alterado para volver con las llaves del camión y tirarlas en la oficina manifestando que se iba, corroborada tal actitud de marcharse porque desde dicho día no volvió a la empresa a prestar servicios". *Vid.* STSJ Cantabria, 22 de octubre de 2008 (nº rec 875/2008). En análogos términos, SJS n º1 de Avilés, 6 de marzo de 2023 (nº sentencia 30/2023).

[26] STSJ Andalucía, Málaga, 14 de noviembre de 2018 (nº rec. 1418/2018).

o a clientes[27]; la desocupación de la vivienda que le había cedido la empresa, llevándose sus enseres[28]; el abandono de vehículos de empresa[29]; la entrega de las llaves del centro de trabajo[30]; ausentarse del puesto de trabajo e iniciar el trabajo en otra empresa[31]; continuar desempeñando las mismas funciones en la nueva empresa adjudicataria[32]; no responder a los requerimiento de la empresa para justificar sus ausencias[33]; y no reincorporarse tras un periodo de suspensión del contrato[34] o excedencia[35].

El examen del conjunto de estas y otras circunstancias en cada caso concreto será el que permita desentrañar la auténtica voluntad del trabajador, existiendo abandono cuando de las ausencias quepa extraer de manera clara, cierta y terminante que el empleado desea extinguir su relación laboral[36].

Por obvias limitaciones derivadas del objeto y del alcance del estudio, no procede en este momento ahondar más en la multiplicidad de elementos que pueden ser tenidos en cuenta para averiguar la auténtica voluntad extintiva del trabajador mediando absentismo injustificado; elementos que serán tratados detalladamente en otro punto del presente trabajo en su proyección a la obtención de las prestaciones por desempleo[37].

3. LA INVOLUNTARIEDAD DE LA EXTINCIÓN COMO EJE DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO

La involuntariedad se configura como una de las notas básicas sobre las que se asienta la protección del desempleo. Desde sus orígenes y hasta nuestros días, los modelos de protección de desempleo configurados por nuestro ordenamiento jurídico se han fundamentado en la involuntariedad como criterio esencial que debe presidir cualquier tipo de protección[38].

[27] STSJ Andalucía, Sevilla, 21 de septiembre de 2007 (nº rec. 4745/2006) y STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 25 de enero de 2019 (nº rec. 1130/2018).

[28] STSJ Andalucía, Málaga, 10 de febrero de 2005 (nº rec. 2636/2004).

[29] SJS n º1 de Avilés, 6 de marzo de 2023 (nº sentencia 30/2023).

[30] STSJ Castilla y León, Valladolid, 3 de abril de 2000 (nº rec. 538/2000). En sentido contrario, se ha entendido que la entrega de las llaves del vehículo de la empresa, interponiendo una demanda de reclamación por impago de salarios, no constituye abandono sino despido. *Vid.* STSJ Cataluña, 24 de febrero de 2003 (nº rec. 6009/2002).

[31] STS, 5 de abril de 2017 (nº rec. 1823/2015).

[32] STSJ Asturias, 15 de diciembre de 2000 (nº rec. 1892/2000).

[33] STSJ Madrid, 24 de octubre de 2001 (nº rec. 4099/2000).

[34] STSJ Galicia, 17 de enero de 2014 (nº rec. 3469/2013), STSJ Madrid, 8 de mayo de 2020 (nº rec. 1107/2019), STSJ Cataluña, 16 de julio de 2008 (nº 3381/2008), STSJ Murcia, 30 de enero de 2019 (nº rec. 1178/2018), STSJ Aragón, 21 de junio de 2006 (nº rec. 492/2006) y STSJ País Vasco, 16 de mayo de 2023 (nº rec. 650/2023). Por el contrario, se ha considerado que no implica abandono la no incorporación del trabajador tras el alta de incapacidad temporal, constando la impugnación del alta, y pese al requerimiento de reingreso de la empresa. En este sentido, STSJ Aragón, 21 de diciembre de 2021 (nº rec. 830/2021). *Vid.* STSJ, Sevilla, de 20 de diciembre de 2018 (nº rec. 4331/2017), STSJ Cataluña, 17 de marzo de 2017 (nº rec. 7519/2016) y STSJ Comunidad Valenciana, 7 de septiembre de 2010 (nº rec. 1577/2010).

[35] STSJ Aragón, 14 de mayo de 2008 (nº rec. 365/2008).

[36] STSJ Andalucía, Sevilla, 9 de septiembre de 2020 (nº rec. 1067/2019), STSJ País Vasco, 17 de noviembre de 2015 (nº rec. 1933/2015) y STSJ Andalucía, Sevilla, 24 de febrero de 2022 (nº rec. 1780/2020).

[37] *Vid. ut infra* epígrafe 6.

[38] *Vid.* Real Orden de 31 de marzo de 1919, que configura el estatus del parado en términos muy similares a los actuales, entendiendo como tal el que, encontrándose apto para trabajar, ha de permanecer ocioso y sin prestar servicios por causa independiente de su voluntad. En este sentido, Alonso Olea, M., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1983, 9ª ed., p. 143. La exigencia de involuntariedad en la pérdida del empleo es también nota de común concurrencia en el derecho internacional y comparado. *Vid*. Marín Correa, J.M., "Protección del desempleo y derecho comunitario en Europa", *Actualidad Laboral*, nº 2 (1993), pp. 357-366; y Quesada Segura, R., *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Sevilla, Mergablum, 2004, p. 120. Cfr. Convenio nº 44 OIT, sobre desempleo (art. 1.1).

La involuntariedad adquiere en la protección por desempleo una doble dimensión: la involuntariedad en el origen y la involuntariedad en el mantenimiento de la situación jurídica prestacional una vez constituida[39].

Centrando el análisis en la involuntariedad en el origen, el art. 262.1 LGSS determina que el objeto de la protección reside en "quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo", en los términos del art. 267 LGSS. Este último precepto, al referirse a las situaciones legales de desempleo, las asocia a pérdidas involuntarias del empleo, excluyendo a los trabajadores que cesen voluntariamente en el trabajo (art. 267.2.a) LGSS). En último término, la involuntariedad en la pérdida del empleo se impone como un condicionante que configura el supuesto típico legal en lo que atañe a "queriendo trabajar", y que se manifiesta en la voluntad del trabajador de mantener el puesto de trabajo existente; extremo este que puede resultar cuestionable, desde el momento que el objeto de la protección es la situación de necesidad en que se encuentra quien pierde el empleo, no dependiendo esta necesidad de si dicha pérdida ha sido o no involuntaria[40].

La inherente vinculación entre el nacimiento de la prestación y la involuntariedad de la situación originaria de desempleo se ha ido modulando como consecuencia de las sucesivas reformas normativas que han afectado a la regulación del desempleo.

Tradicionalmente, para acceder a la prestación se exigía que el origen de la situación de desempleo fuera involuntario y, además, inimputable a la conducta del trabajador, si bien esta segunda nota tenía un alcance relativo. El requisito de inimputabilidad se difuminó aún más al suprimirse la impugnación del despido como trámite indispensable para acceder a la situación protegida[41], conservando su vigencia el requisito de involuntariedad como criterio principal para controlar el acceso a la prestación[42]. Así, la eliminación de la impugnación del despido no suprimió en ningún momento el requisito de involuntariedad de la pérdida del empleo, identificada con la voluntad de trabajar en el empleo preexistente, limitándose a terminar con el requisito de acreditar la defensa judicial o administrativa del trabajador frente a una extinción injustificada[43].

Sin embargo, la laminación del principio de inimputabilidad en el acceso a las prestaciones hace cuestionar hasta qué punto resulta lógico seguir manteniendo tal y como está configurado

[39] Monereo Pérez, J.L., "Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico", *Lan Harremanak*, nº extra. (2003), p. 124. La involuntariedad en el mantenimiento de la situación de desempleo ha sido una exigencia más formal que real, debido a la ineficacia de nuestra política legislativa en este punto. En este sentido, López Gandia, J., "Las políticas activas de empleo y las prestaciones de desempleo", en *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Roqueta Buj, R. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 630 y ss.

[40] En este sentido, Tortuero Plaza, J.L., "Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2 (1994), pp. 104-108.

[41] RDL 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, norma que fue convalidada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. *Vid*. Gil Plana, J., "Situación legal de desempleo", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 139 (2019), p. 23. Para un sector doctrinal, el requisito de inimputabilidad había desparecido ya hace años con la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, por la que se modifica el título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre. En este sentido, Valdés Alonso, A., "Extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida y situación legal de desempleo", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1 (2001), pp. 1093-1098.

[42] García Ortega, J., "Protección por desempleo: contingencia protegida y requisito de acceso", en *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Roqueta Buj, R. (dir.), *op. cit*., p. 40. En sentido contrario, un sector doctrinal considera que en las situaciones legales de desempleo que configura el art. 267.1 LGSS siguen estando presentes las notas de "involuntariedad e inimputabilidad". Por todos, Suárez Corujo, B., "La protección social del desempleo en España", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14 (2016), p. 254.

[43] *Vid*. Fernández Márquez, O., *La situación legal de desempleo*, Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2005, pp. 13-14. Cfr. Cuenca Alarcón, M., "Prestación por desempleo y situación de excedencia: el control de la involuntariedad", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 20 (2001), pp. 491 y ss.

actualmente el principio de involuntariedad en la pérdida del empleo, al menos en lo que se refiere al despido. Y ello, por cuanto -prescindiendo de debates dogmáticos- desde un punto de vista práctico el concepto de involuntariedad en la pérdida del empleo resulta carente de eficacia, pues "quien quiera dejar voluntariamente su empleo sin quedar excluido de la protección no tiene más que incumplir su contrato y acudir con la carta de despido en la mano a solicitar la prestación"[44].

Estos impedimentos desde el punto de vista práctico no deben llevar a deducir que el criterio de involuntariedad en la pérdida de empleo ha decaído en nuestro sistema de protección por desempleo en lo que atañe al despido disciplinario. Al contrario, la involuntariedad en la extinción sigue presentándose como un requisito esencial para el acceso a la prestación[45]. En este sentido, no debe confundirse a efectos de situación legal de desempleo la involuntariedad de la extinción de la relación laboral, requisito exigido legalmente, con los motivos voluntarios que hayan podido causar dicha extinción. De este modo, el despido disciplinario, en cuanto a que responde exclusivamente a la voluntad del empresario es una situación legal de desempleo; y ello, aunque los motivos que lo hayan generado sean culpables, requisito exigido por el art. 54 TRET, y respondan en este sentido a la libre voluntad del trabajador[46].

Con todo, las dificultades que plantea desde un punto de vista práctico el control y verificación de la involuntariedad en el origen como requisito necesario para el acceso a las prestaciones son numerosas. Estos inconvenientes derivan fundamentalmente de la complejidad de identificar la involuntariedad, elemento que se asocia necesariamente con factores subjetivos e internos[47].

Tratando de otorgar seguridad jurídica en este punto, el art. 267 LGSS regula la situación legal de desempleo, contemplando una serie de supuestos que se articulan sustancialmente en torno a la nota de involuntariedad[48]. El legislador, consciente de que la teórica involuntariedad que se anuda a esos actos puede ser aparente, y rebelando cierta desconfianza respecto a trabajadores y empresarios en este punto, traza en el art. 297 LGSS el marco jurídico de las actuaciones de inspección y control del fraude, dirigidas en buena medida a revisar la auténtica involuntariedad del acto extintivo[49].

Aun en este contexto normativo de aparente seguridad jurídica, la práctica de las relaciones laborales sigue aportando abundantísima casuística controvertida que pivota sobre el acceso prestacional y la involuntariedad de la extinción. Ejemplo paradigmático en este sentido lo constituye el despido por absentismo injustificado del trabajador, en el que el carácter involuntario de la extinción puede ocultar un auténtico abandono del puesto de trabajo, siendo posible apreciar en no pocas ocasiones un ánimo defraudatorio prestacional.

4. DESPIDO POR ABSENTISMO Y SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO

El art. 267.1 a) LGSS recoge un listado de situaciones legales de desempleo. En su apartado 3º, el precepto establece que tendrá tal consideración la extinción de la relación laboral por despido.

[44] Viqueira Pérez, C., "La protección por desempleo derivada de despido", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 44 (2003), p. 99.

[45] González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *Introducción al derecho de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 17ª ed., 2023, p. 331.

[46] STSJ Castilla y León, Valladolid, 29 de junio de 2023 (nº rec. 2192/2022).

[47] Lasaosa Irigoyen, E., "Situación legal de desempleo y derecho de la pandemia", en *Derecho vivo de la seguridad social*, Barrios Baudor, G.L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.), Murcia, Laborum, 2020, p. 131.

[48] Desdentado Bonete, A. y Mercader Uguina, J.R., *El desempleo como situación protegida. Un estudio sobre los problemas de acceso de la protección en el nivel contributivo y en el asistencial*, Madrid, Civitas, 1996, p. 51; y Gil Plana, J., "Situación legal de desempleo", *op. cit.*, p. 20.

[49] López Insua, B.M., "La extinción de la prestación sanción ante el incumplimiento del deber de comunicación del desempeño de una actividad profesional", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 132 (2016), p. 247

Esta referencia al despido ha de entenderse realizada al de tipo disciplinario, pues el resto de las modalidades tienen su acogida en otros apartados del mismo precepto[50].

Tradicionalmente, el acceso a la prestación exigía que el despido fuera declarado improcedente o procedente, lo que determinaba la necesidad de que el trabajador impugnara la extinción para acceder a las prestaciones. Así, la situación legal de desempleo no se producía automáticamente con el despido, sino que el solicitante debía acreditar que el mismo había sido improcedente -bastando a estos efectos el acta de conciliación administrativa previa, en la que el empresario reconocía la improcedencia del despido-, o procedente -siendo necesario en este caso pronunciamiento judicial en tal sentido. La exigencia de impugnación del despido tenía como propósito "añadir al presupuesto de la involuntariedad en la pérdida del puesto de trabajo, implícito en la decisión extintiva empresarial, el que no se pudiera imputar al trabajador la búsqueda deliberada de la causa de despido"[51]. Esta loable intención, sin embargo, no gozaba de la eficacia que el legislador pretendía en la práctica. En este sentido, cabe realizar tres consideraciones.

Desde la perspectiva del solicitante de la prestación, al exigirle la impugnación de la extinción se le imponía una especial desprotección temporal que se extendía desde el mismo momento del despido hasta la resolución administrativa o judicial. El carácter retroactivo del reconocimiento prestacional no impedía que durante el lapso señalado el trabajador despedido se situara en una posición de especial vulnerabilidad, al privársele de cualquier clase de ingresos. En segundo lugar, y desde la perspectiva del propio funcionamiento de la institución, la obligación de impugnación de los despidos disciplinarios conllevaba una judicialización, y consiguiente retraso, en la finalidad protectora prestacional; aspecto este que podía desnaturalizar la auténtica esencia de la protección por desempleo. Por último, y elemento fundamental en lo que atañe al objeto de análisis, si lo que el legislador pretendía con la impugnación era garantizar que la actuación del trabajador no fuera fraudulenta, es decir, que no buscara deliberadamente el despido, la impugnación del despido no constituía un medio idóneo para alcanzar tal finalidad; y ello, por cuanto los órganos jurisdiccionales en la práctica de los procesos de impugnación del despido no entraban a juzgar si en el trabajador concurría o no intención fraudulenta[52].

Estas y otras valoraciones llevaron al legislador a suprimir la exigencia de impugnar el despido disciplinario como requisito de acceso a la prestación por desempleo, a través del RDL 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, norma que fue convalidada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre[53].

Desde el RDL 5/2002 y hasta la actualidad la impugnación de la extinción por despido disciplinario no constituye requisito para el acceso a la prestación por desempleo, como se deriva del art. 267.1 a) 3º LGSS, en relación con el art. 268.4 de la misma norma. Dispone este último precepto

[50] También quedarían incluidos en el concepto despido aquellas conductas empresariales que, aunque no constituyan estrictamente un despido disciplinario, tengan ese mismo efecto extintivo. Así, la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos o el no reconocimiento del derecho al reingreso tras la suspensión contractual o la excedencia. En este sentido, Viqueira Pérez, C., "La protección por desempleo derivada de despido", *op. cit.*, p. 81,

[51] Gil Plana, J., "Situación legal de desempleo", *op. cit.*, p. 22.

[52] *Ibídem*, p. 22.

[53] Esta supresión había sido defendida desde hace años por la doctrina. *Vid.* Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997. Con todo, la forma en la que se articuló la reforma generó no pocas censuras doctrinales, al entender que la protección por desempleo quedaba en manos del empresario, que podía transaccionar despido a cambio de desempleo. *Vid.* Gete Castrillo, P., "El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1 (2003), pp. 311 y ss. También aportando una visión crítica, Sempere Navarro, A., "La reforma del despido y el desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 536 (2002), pp. 1-9; y Molina Navarrete, C., Cuevas Gallegos, J., de la Casa Quesada, S., y Molina Hemosilla, O., "La «contrarreforma» del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 4 (2003), pp. 53-122. En sentido contrario, cfr. Gil Plana, J., "Situación legal de desempleo", *op. cit.*, p. 22.

que "en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación".

Al no exigirse la impugnación del despido disciplinario para acceder a la prestación, la acreditación de la situación legal de desempleo en estos supuestos se realizará mediante la aportación de la carta de despido (art. 55.1 TRET). En defecto de dicha notificación, y por tanto en los despidos verbales, se podrá acreditar "mediante certificado de empresa o informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los que consten el cese involuntario en la prestación de trabajo y su fecha de efectos, o el acta de conciliación administrativa en la que conste que el trabajador impugna el despido y el empresario no comparece" (DT 28.2º LGSS). Análoga eficacia acreditativa otorga este último precepto al acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido. En el supuesto de improcedencia, deberá también acreditarse que el empresario, o el trabajador cuando sea representante legal de los trabajadores, no ha optado por la readmisión[54].

La inexigibilidad de impugnación y la mayor facilidad de acreditación de la situación legal de desempleo en relación con el despido disciplinario fue observada por la doctrina como una vía de fraude prestacional. En este sentido, se advertía que este modelo permitía que trabajadores con auténtica voluntad de dimitir forzaran un despido -a través de faltas disciplinarias- que les proporcionara de forma inmediata y fraudulenta el acceso a las prestaciones[55].

Este recelo doctrinal tiene su reflejo legislativo en el art. 297 LGSS. Así, en clara vinculación con la supresión de la exigencia de impugnación de la extinción, y con el fin de evitar conductas fraudulentas por parte de los trabajadores en el acceso a la prestación, dicho precepto establece una serie de medidas dirigidas a constatar que el despido es totalmente involuntario y que no ha existido un ánimo artificioso del trabajador en forzar una situación legal de desempleo ocultando su auténtica voluntad de dimitir. En este sentido, el art. 297.2 LGSS faculta a la entidad gestora para exigir al solicitante que acredite haber percibido la indemnización que legalmente le corresponda. En el caso de que la indemnización no se hubiera percibido, ni se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva, o cuando la extinción de la relación laboral no lleve aparejada la obligación de abonar una indemnización al trabajador, se reclamará la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral. Si se aprecian indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas, la entidad gestora podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo (art. 297.3 LGSS).

5. EL FRAUDE DE LEY EN LA OBTENCIÓN DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y SU ESPECIAL DIFICULTAD PROBATORIA: PROYECCIÓN A LA INVOLUNTARIEDAD DE LA EXTINCIÓN

5.1. El fraude de ley y su dinámica en las prestaciones de desempleo

El ordenamiento jurídico contiene numerosas referencias al fraude o a conductas fraudulentas, sin que le resulte posible abarcar todas las específicas acciones que se pueden inscribir bajo el lábil y extenso concepto de fraude. Con carácter general, el art. 6.4 CC configura el fraude de ley, al

[54] En general, la negativa a reincorporarse al puesto de trabajo en caso de readmisión no constituye situación legal de desempleo. Suárez Corujo, B., "La protección social del desempleo en España", *op. cit.*, p. 254.

[55] Gómez Abelleira, F.J., "Solicitud, nacimiento y disfrute de prestaciones y subsidios de desempleo", *Actualidad Laboral*, nº 33 (2002), pp. 701 y ss. En análogos términos, Molina Navarrete, C., Cuevas Gallegos, J., de la Casa Quesada, S., y Molina Hemosilla, O., "La «contrarreforma» del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre", *op. cit.*, p. 65.

establecer que los "actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

La escueta regulación que el art. 6.4 CC realiza del fraude de ley, lejos de limitar su aplicación a la esfera del derecho privado, se extiende en su eficacia a todo el ordenamiento jurídico, pudiendo ser considerado como un principio fundamental de nuestro marco jurídico[56]. Así, y en términos del Tribunal Constitucional, "el fraude de Ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el artículo 6.4 del Código Civil, que contempla con carácter general el fraude de Ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo"[57].

Integrando el concepto de fraude de ley, la jurisprudencia lo considera como "daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, e implica, en el fondo, un acto *contra legem*, por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el *fraus alterius* o *fraus homini* implica, con carácter general, un *fraus legis*, que requiere como elemento esencial, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley (…) con lo que se ha de ver si concurre o se halla ausente el presupuesto del denunciado fraude, que no es otro que el logro de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico"[58]. De manera más sintética, cabría definir el fraude de ley como una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico[59]; o como la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían[60].

En el derecho de la seguridad social, principalmente en su vertiente sancionadora, son numerosas las referencias al concepto de fraude como elemento típico de conductas antijurídicas[61]. Junto con lo anterior, el fraude es contemplado también como un criterio que hay que tener en cuenta para graduar las sanciones *ex* art. 39.2 LISOS.

En el ámbito de la prestación por desempleo, son diversas las formas de fraude que se pueden identificar al amparo del art. 26 LISOS, destacando, en lo que atañe al objeto del presente estudio, la obtención fraudulenta e indebida de prestaciones, categoría dentro de la cual se inserta la simulación

[56] STC, 18 de junio de 2020 (nº rec. 4362/2007).

[57] STC, 26 de marzo de 1987 (nº rec. 685/1984). Sobre la diferente dinámica del fraude de ley en el ámbito del derecho privado y del público, *vid*. Salvador Coderch, P., "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos", *Indret*, nº 3 (2004), pp. 3-8. Sobre la eficacia del fraude de ley en el ámbito del derecho del trabajo, *vid.* Herrero Nieto, B., *La simulación y el fraude a la ley en el Derecho del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1958; y Galiana Moreno, J., "El fraude de la ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (coords.), Madrid, MTSS, 1990, pp. 484 y ss.

[58] STS, 21 de diciembre de 2000 (nº rec. 3293/1995).

[59] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020).

[60] STS, 6 de febrero de 2003 (nº rec. 1207/2002).

[61] A modo de ejemplo, arts. 13.14, 23.1, 23.2, 28.8 y 36.5 LISOS.

de la involuntariedad en el cese del trabajo[62]. Es en esta última subcategoría en la que se enmarca necesariamente el conflicto jurídico entre despido disciplinario por ausencias al trabajo y la dimisión por abandono en su proyección prestacional; y ello, porque, como ha sido señalado, no siempre resulta fácil discernir ante una ausencia injustificada del trabajador cuando se está ante auténtico despido por un incumplimiento grave y culpable o, por el contrario, se está frente a un despido formal artificioso y provocado con el fin de situarse el trabajador en una situación legal de desempleo, y que enmascara con ánimo torticero una auténtica dimisión.

El fraude de ley se identifica en este último caso con la búsqueda deliberada del despido con efectos prestacionales, ocultando la voluntad de cesar voluntariamente en la empresa, concurriendo en el infractor una intención de extinción del contrato de trabajo intencional y preordenada que le permita acceder a prestaciones; o, dicho en otros términos, la búsqueda por el perceptor de un despido forzado con ánimo de fraude, que encubre un auténtico deseo de dejar de trabajar[63].

La simulación de la involuntariedad en el cese del trabajo con el fin de obtener prestaciones de forma fraudulenta se presenta como una de las conductas subsumibles dentro del amplio supuesto típico conformado por el art. 26.1 LISOS, que califica como infracción muy grave en materia de seguridad social "actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas". Si en este proceso de simulación existiera connivencia entre el empresario y el trabajador, se estaría ante el supuesto cualificado del art. 26.3 LISOS, en relación con el art. 23.1 c) del mismo cuerpo legal[64], que califica como infracción muy grave "la connivencia con el empresario para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la Seguridad Social".

Este tipo de infracciones, de acuerdo con el art. 47.1 c) LISOS, lleva aparejada en el caso de las prestaciones por desempleo la extinción de estas. Igualmente, a los infractores se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año, así como del derecho a participar durante ese período en formación profesional para el empleo. Todo ello, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (art. 47.3 LISOS). En el supuesto cualificado de connivencia en el fraude con el empleador, y junto con la sanción al trabajador, al primero le resultará de aplicación la sanción prevista por el art. 40.1 c) LISOS, con independencia de la obligación solidaria de reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas[65].

5.2. Probática del fraude de ley en la obtención de prestaciones

La constatación del fraude de ley en el ámbito de las prestaciones por desempleo resulta una tarea compleja y minuciosa, que requiere de una intensa y extensa labor exegética del aplicador del derecho que permita determinar sin ningún género de dudas la concurrencia de fraude en el solicitante

[62] Fernández Orrico, F.J., "Idoneidad de las pruebas acreditativas del fraude en la protección por desempleo", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 139 (2019), p. 133.

[63] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020) y STSJ *Les Illes Balears*, 26 de febrero de 2020 (nº rec. 348/2019).

[64] Califica este precepto como infracción muy grave "efectuar declaraciones, o facilitar, comunicar o consignar datos falsos o inexactos que den lugar a que las personas trabajadoras obtengan o disfruten indebidamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores/as o con las demás personas beneficiarias para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones".

[65] Cfr. SJS nº 4 Toledo, 1 de septiembre de 2022 (nº sentencia 303/2022), STSJ Galicia, 14 de junio de 2018 (nº rec. 1055/2018) y STSJ Castilla-La Mancha, 14 de abril de 2023 (nº rec. 409/2022).

de las prestaciones[66]. Así, no existe un criterio único que permita dilucidar con carácter general cuándo una conducta puede ser considerada como fraudulenta. Es difícil que existan dos fraudes idénticos y, por ello, la concurrencia o no de fraude de ley debe ser examinada *ad casum*.

La mayor dificultad del fraude de ley reside en la prueba de su concurrencia en la conducta del solicitante de la prestación por desempleo. A estos efectos, la jurisprudencia y la doctrina más autorizada han fijado unos criterios básicos que a continuación se exponen[67].

Como punto de partida, ha de recordarse que el fraude de ley no se presume y que debe ser acreditado por quien lo invoca[68]. El hecho de que el fraude no se presuma implica que no se puede partir del fraude de ley como un hecho dado o supuesto, a falta de prueba en contrario, lo que supondría una inversión de la carga probatoria no admitida por nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, que el fraude de ley no se presuma no impide que su existencia pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones, partiendo de indicios[69]. A estos efectos, se podrá determinar el fraude de ley si existen indicios suficientes que deriven de los hechos declarados probados[70]. En consecuencia con lo anterior, la concurrencia de fraude de ley podrá acreditarse por pruebas directas o indirectas, admitiéndose también las presunciones como medio de prueba de este, en los términos contenidos en el art. 386.1 LEC[71]. Dispone este precepto que a partir de "un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"[72].

De este modo, las presunciones suponen llegar a unos hechos consecuencia partiendo de unos hechos base, al existir un enlace directo y preciso entre ambos. Es este último nexo elemento esencial en la dinámica de las presunciones, que necesariamente implican que exista un enlace preciso y directo entre el hecho probado y el inducido, de forma que el resultado a que se llegue ha de obtenerse conforme a las reglas del criterio humano y partiendo siempre de unos hechos demostrados, de los que deben colegirse necesariamente los deducidos[73]. Ello no implica que de esos mismos hechos base no puedan derivarse distintos hechos consecuencia, debiendo ponderar el juzgador los distintos resultados que se pueden deducir de unos mismos hechos. Es decir, en la prueba de presunciones "no se exige que la deducción sea necesaria y unívoca, y en ello se halla la diferencia entre la verdadera presunción y los *facta concludentia* que han de ser concluyentes, esto es inequívocos. Del hecho-base pueden seguirse, pues, diversos hechos-consecuencia"[74]. Será el juzgador el que a través de los hechos

[66] Fernández Orrico, F.J., "Idoneidad de las pruebas acreditativas del fraude en la protección por desempleo", *op. cit.*, p. 131.

[67] Especial mención merece a estos efectos la denominada teoría de los cuatro elementos. *Vid.* Fernández Orrico, F.J., "La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1 (2014), pp. 85-117.

[68] SSTS, 16 de febrero de 1993 (nº rec. 2655/1991), 21 de junio de 2004 (nº rec. 3143/2003) y 23 de noviembre de 2016 (nº rec.94/2016).

[69] STS, 14 de mayo de 2008 (nº rec. 884/2007).

[70] Así, a través de los indicios, hechos que a priori resultan intrascendentes para el derecho adquieren "relevancia jurídica por su relación con hechos que ya la tenían". Rodríguez-Toubes Muñiz, J., "Interpretación y calificación jurídica de hechos", *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, vol. XII (2019), p.19. *Vid.* STS, 25 de mayo de 2000 (nº rec. 2947/1999).

[71] En lo que atañe al fraude de ley, las pruebas directas difícilmente concurrirán en la práctica, pues ello requeriría que el autor de la conducta fraudulenta reconociera expresamente su actuación; extremo este que raramente se presenta en la realidad. *Vid*. López Insua, B.M., "La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la seguridad social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis «económica» y «social»", *Iuslabor*, nº 1 (2016), p. 10.

[72] Este precepto tiene su antecedente próximo en el derogado art. 1253 CC.

[73] STSJ Comunidad Valenciana, 13 de octubre de 2020 (nº rec. 2654/2019).

[74] STS, 23 de febrero de 1987.

probados pondere los posibles hechos-consecuencia, optando por la existencia de fraude cuando esta conclusión resulte sólida y más convincente que la contraria[75].

Respecto al alcance de la labor probatoria, se han generado dudas sobre la necesidad de acreditar en el fraude de ley el *animus fraudandi*. La jurisprudencia no ha sido siempre uniforme en este punto, oscilando entre la tesis objetiva, que se dirige principalmente al resultado, y la subjetiva, que atiende al ánimo del sujeto. Mayoritariamente la jurisprudencia social sostiene que en materia de fraude de ley el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma, intención que debe quedar acreditada[76]. Así, el fraude de ley en nuestro modelo jurídico se integra necesariamente por un elemento subjetivo o de intención; y ello, por cuanto el art. 6.4 CC implica una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma[77]. De este modo, el ánimo defraudatorio podrá ser probado si existen indicios para ello, pruebas indirectas o indiciarias que deben extraerse exclusivamente de los hechos probados[78]. Ello no supone que tenga que justificarse específicamente la intencionalidad fraudulenta, "sino que es suficiente que los datos objetivos revelen el amparo en el texto de una norma y la obtención de un resultado prohibido o contrario a la ley"[79].

La apreciación del fraude es facultad primordial del órgano judicial de instancia, por cuanto que en la materia juegan decisoriamente las normas sobre carga de la prueba (art. 217 LEC) y las reglas sobre presunciones (arts. 385 y 386 LEC), con lo que en este terreno es poco lo que compete al tribunal de casación[80]. Ello resulta lógico si se tiene en cuenta que la formación de la convicción sobre los hechos para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios; función esta que corresponde al juzgado de instancia[81]. Por tanto, la convicción obtenida por el órgano judicial de instancia sólo puede revisarse en un recurso extraordinario cuando la deducción obtenida resulte ilógica o absurda partiendo de los hechos acreditados en el proceso, o bien cuando se sustenta en hechos no demostrados[82].

5.3. El valor de las actas de Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Resulta indudable la trascendencia que las actas de infracción tienen en los supuestos de fraude en la obtención de prestaciones, en cuanto a que constatan unos hechos que se presumen ciertos y de los que se pueden derivar indicios para deducir el ánimo defraudatorio. El propio art. 297 LGSS, que regula el control de las prestaciones, atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social un papel fundamental a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral[83].

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendidas conforme a los requisitos legales gozan de presunción de certeza respecto a los hechos reflejados en las mismas, siempre que estos hayan sido constatados por el inspector actuante,

[75] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020).

[76] SSTS, 11 de octubre de 1991 (nº rec. 195/1991) y 5 de diciembre de 1991 (nº rec. 626/1991) y STSJ Andalucía, Granada, 9 de marzo de 2023 (nº rec. 709/2022).

[77] SSTS, 6 de febrero de 2003 (nº rec. 1207/2002) y 5 de diciembre de 1991 (nº rec. 626/1991).

[78] STS, 25 de mayo de 2000 (nº rec. 2947/1999).

[79] SSTS, 19 de junio de 1995 (nº rec. 2371/1994) y 24 de noviembre de 2015 (nº rec. 1681/2014).

[80] SSTS, 5 de febrero de 2015 (nº rec. 259/13), 6 de febrero de 2003 (nº rec. 1207/2002), 31 de mayo de 2007 (nº rec. 401/2006) y 14 de mayo de 2008 (nº rec. 884/2007).

[81] STS, 4 de abril de 2017 (nº rec. 216/2016).

[82] STSJ Comunidad Valenciana, 13 de octubre de 2020 (nº rec. 3529/2020). *Vid.* Luelmo Millán, M.A., "Prestación de desempleo y fraude de ley", *Actualidad Laboral*, tomo 3, nº 43 (2003), pp. 3757 y ss.

[83] *Vid. ut supra* epígrafe 4.

y salvo prueba en contrario[84]. Este particular valor probatorio se fundamenta en la imparcialidad e independencia del inspector actuante[85].

La presunción de certeza de los hechos que se constatan en las actas resulta perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que nuestro ordenamiento jurídico se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario[86].

Sin embargo, ha de tenerse presente que esta presunción solo se refiere a los hechos objetivos susceptibles de percepción directa por el inspector o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados mediante prueba consignada en la propia acta, como documentos o declaraciones incorporadas a la misma. Por el contrario, la presunción de certeza no se extiende a hechos que no son de apreciación directa por el inspector actuante, ni a aquellos hechos incorporados al acta que, sin ser de apreciación directa, carecen de fuentes de prueba. Tampoco alcanza la presunción a suposiciones, conjeturas o hipótesis del funcionario, ni a conclusiones obtenidas vía deductiva por el mismo[87].

La constatación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del ánimo fraudulento prestacional también requiere para su prueba del mecanismo intelectivo de las presunciones. Así, en las actas de infracción en esta materia, partiendo de hechos incontrovertibles se conforman indicios de los que se derivan una serie de conclusiones lógicas que identifican al fraude como la única causa explicativa de la conducta del presunto sujeto infractor[88].

En los procesos judiciales de fraude prestacional las actas de Inspección son susceptibles de valorarse como prueba por el órgano judicial, pero no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas[89] Por ello, "la actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos"[90].

6. INDICIOS DE FRAUDE DE LEY EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: LA INVOLUNTARIEDAD EN EL CESE DEL TRABAJO MEDIANDO FALTAS DE ASISTENCIA

Tal y como se ha venido exponiendo, la existencia de fraude de ley no puede presumirse, pero sí que cabe determinar su concurrencia a través de la actividad probatoria de presunciones, basadas en indicios suficientes que puedan extraerse de hechos probados. Así, "a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el

[84] Art. 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el art. 53.2 LISOS y el art.15 del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

[85] STS, 13 de mayo de 2021 (nº rec. 4/2019).

[86] STS, 8 de mayo de 2000 (nº rec. 287/1995) y STC, 20 de diciembre de 1990 (nº rec. 654/1988). *Vid.* STSJ Andalucía, Sevilla, 9 de febrero de 2017 (nº rec. 305/2016).

[87] STSJ Castilla-La Mancha, 17 de febrero de 2023 (nº rec. 30/2022).

[88] *Vid.* Fernández Orrico, F.J., "La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social", *op.cit.*, pp. 85-117.

[89] STC, 23 de marzo de 2009 (nº rec. 4574/2007). *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana, 21 de noviembre de 2022 (nº rec. 320/2022) y STSJ Andalucía, Granada, 9 de marzo de 2023 (nº rec. 709/2022).

[90] STS, 18 de marzo de 2013 (nº rec. 114/2013).

admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"[91]. A estos efectos, los indicios deben partir de hechos incontrovertibles y probados, sin que puedan consistir en meras conjeturas, sospechas o suposiciones sin base fáctica suficiente[92]. No basta, por tanto, la posibilidad que el fraude de ley sea mínimamente razonable o plausible, o que el mismo se deduzca de hechos aislados, sino que resulta necesario que la conexión de los hechos probados indiciarios con la conducta fraudulenta lleve a la convicción de que entre los indicios y la consecuencia que se pretende extraer existe una relación directa y precisa.

La práctica imposibilidad de prueba directa del fraude de ley en relación con las prestaciones por desempleo convierte a los indicios en elementos fundamentales para poder demostrar el ánimo defraudatorio. Así, el alcance y contenido de dichos indicios, basados en hechos probados, será determinante para que, a través de la actividad probatoria de presunciones, se pueda concluir el carácter fraudulento de la obtención de la prestación. Sera la valoración conjunta de estos indicios en cada caso concreto la que permita al juzgador conformar su convicción acerca de la existencia de fraude de ley.

Han sido múltiples los indicios que se han empleado para, a través del mecanismo intelectivo de las presunciones, determinar la existencia de fraude de ley en la obtención de prestaciones por desempleo.

Centrando el análisis en lo que se refiere al objeto de estudio, la simulación de la involuntariedad en el cese del trabajo derivada de faltas de asistencia injustificadas del trabajador, concurren en esta situación diferentes indicios que frecuentemente son tenidos en cuenta para apreciar el fraude de ley en el acceso de las prestaciones de desempleo. A continuación se examinan los más relevantes- en cuanto a su habitual empleo por los órganos jurisdiccionales- sin que los mismos agoten los posibles hechos indiciarios de fraude que pueden presentarse en la ingente casuística que la realidad nos muestra. Antes de entrar en cada uno de ellos, debe tenerse presente que es el conjunto de indicios derivados de los hechos probados y su concordancia los que permiten generar una convicción de fraude, sin que la presencia de un único hecho aislado pueda tener peso suficiente para justificar por sí mismo la intención defraudatoria[93].

6.1. Sobre la impugnación y el allanamiento frente al despido

Como se ha señalado con anterioridad, el acceso a la prestación por desempleo derivada del despido del trabajador no exige que este lo impugne. En este sentido, el art. 268.4 LGSS dispone que "en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación".

Pese a la clara dicción legal, los órganos jurisdiccionales han venido utilizando el hecho de que el trabajador se allane frente al despido disciplinario derivado de faltas de asistencia al trabajo sin

[91] STSJ Castilla-La Mancha, 12 de julio de 2018 (nº rec. 977/2017).

[92] STS, 14 de febrero de 2007 (nº rec. 5809/2004). *Vid.* STC, 17 diciembre de 2007 (nº rec. 3328/2005) y STSJ País Vasco, 13 de abril de 2021 (nº rec. 285/2021).

[93] STS, 4 de noviembre de 2019 (nº rec. 10207/2019). El principio de pluralidad de indicios y concordancia ha sido remarcado doctrinalmente en relación con la prueba de presunciones. Se ha justificado su pertinencia con el fin de "evitar el riesgo de que en función de un único dato, que, como ya se ha dicho, es esencialmente equívoco, se establezca una conclusión errónea (…y) porque el procedimiento indiciario o de prueba indirecta es inductivo, por lo que su resultado es de mera probabilidad, de manera que cuantos más indicios apoyen ese resultado más fiable será". Aun así, nada excluye en principio que "un cierto hecho pueda ser probado a partir de un solo indicio si su calidad epistemológica, y por tanto su valor probatorio, es muy elevada". Gascón Abellán, M.F., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 3ª ed., p. 139.

impugnarlo como un indicio más que abona el fraude en la obtención de prestaciones[94]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ausencia de impugnación no es causa que por sí misma determine la naturaleza fraudulenta de la extinción, sino que esta se debe basar en indicios ajenos y externos a la propia carta de despido y al hecho de su no impugnación[95]. Así, "el hecho de que el despido no haya sido impugnado por el trabajador puede responder a múltiples causas, todas ellas ignotas, por lo que no es un dato que permita sustentar la existencia de una conducta fraudulenta por parte del beneficiario del desempleo"[96]

En lógica consecuencia con lo anterior, no se puede deducir que la mera impugnación del despido sea causa que valide la auténtica naturaleza de la extinción, sino que habrá de estarse al conjunto de indicios que en cada caso concreto se presenten para averiguar la verdadera voluntad extintiva. Por ello, nada impide que, mediando reclamación -e incluso reconocimiento de improcedencia y abono de indemnización- la extinción pueda ser considerada realizada en fraude de ley, al ocultar el despido disciplinario por faltas de asistencia una auténtica dimisión del trabajador con el fin de acceder a la prestación por desempleo[97].

Tampoco es un indicio suficiente que fundamente el fraude en la obtención de la prestación por desempleo el hecho de que el trabajador en un primer momento se aquiete al despido y, una vez denegada la prestación, accione contra el mismo[98]; ni el hecho de que el trabajador acuda a la conciliación por el despido asistido por el asesor de la empresa[99].

6.2. Sobre la percepción de indemnización derivada de la extinción

Como cualquier otro despido disciplinario, el que deriva de faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo no conlleva *a priori* ninguna indemnización para el trabajador (arts. 54 y ss. TRET). En el caso de que éste entienda que el despido no es ajustado a derecho, podrá impugnar la decisión extintiva de acuerdo con los arts. 103 a 113 LJS, aplicándose en lo no previsto la normativa del proceso laboral ordinario con carácter supletorio *ex*. art. 102 LJS.

Sin perjuicio de lo anterior, en los supuestos en que el trabajador despedido por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo impugne el despido, el montante y cobro de la indemnización es valorado por los órganos jurisdiccionales como un indicio para tener en cuenta a los efectos de clarificar la verdadera naturaleza del acto extintivo.

En principio, y como más arriba se ha expuesto, el hecho de que el trabajador no cobre ninguna indemnización por el despido disciplinario, al aquietarse al mismo, no es indicio suficiente que pueda amparar el fraude de ley[100]. A pesar de ello, el reconocimiento de la improcedencia de la extinción en conciliación administrativa y el pago de una indemnización al trabajador despedido por absentismo se ha considerado como un elemento que avala la involuntariedad del acto extintivo. Así, algunas resoluciones sostienen que el pago de la indemnización por improcedencia por parte del empresario al trabajador en conciliación administrativa es un indicio de la realidad de la extinción por despido[101].

[94] STSJ Andalucía, Granada, 17 de septiembre de 2020 (nº rec. 157/2020) y SSTSJ Aragón, 20 de noviembre de 2006 (nº rec. 936/2006) y 21 de junio de 2006 (nº rec. 492/2006).

[95] STSJ Aragón, 21 de diciembre de 2021 (nº rec. 830/2021), STSJ Galicia, 17 de abril de 2020 (nº rec. 3481/2019) y SSTSJ País Vasco, 2 de noviembre de 2021 (nº rec. 1311/2021), 13 de abril de 2021 (nº rec. 285/2021) y 14 de junio de 2022 (nº rec. 1100/2022).

[96] STSJ País Vasco, 12 de enero de 2021 (nº rec. 1591/2020). Con todo, nada parece impedir que el allanamiento pueda constituir un indicio más que, en el concreto contexto y unido a otros hechos concurrentes, pueda coadyuvar a considerar que el despido disciplinario por faltas de asistencia encubre un abandono voluntario del trabajo.

[97] STSJ *Les Illes Balears*, 26 de febrero de 2020 (nº rec. 348/2019).

[98] STSJ Aragón, 12 de diciembre de 2022 (nº rec. 827/2022).

[99] SJS nº 3 Talavera de la Reina, 7 de diciembre de 2022 (nº sentencia 324/2022).

[100] STSJ País Vasco, 2 de noviembre de 2021 (nº rec. 1311/2021) y STSJ Galicia, 17 de abril de 2020 (nº rec. 3481/2019).

[101] STSJ Castilla-La Mancha, 29 de junio de 2015 (nº rec. 1505/2014) y SJS nº 3 Talavera de la Reina, 7 de diciembre de 2022 (nº sentencia 324/2022).

Y ello, por cuanto no tiene sentido pagar una indemnización si existe un previo acuerdo extintivo entre el trabajador y la empresa, o cuando la extinción obedece a dimisión por abandono con ánimo fraudulento prestacional[102].

Sin embargo, el pago de la indemnización al trabajador no siempre ha sido valorado como un elemento que apunte a la existencia de un auténtico despido, sino que, en ocasiones, sus efectos probatorios han tenido un sentido opuesto. Así, se ha considerado como indicio de fraude en la extinción el abono al trabajador en conciliación de una indemnización por despido improcedente mucho menor de la que le correspondería legalmente en función de su salario y antigüedad[103]. No resulta esta cuestión pacífica, pues también existen resoluciones que han estimado que cobrar menos indemnización que la que corresponde por despido improcedente no implica que el acto extintivo sea un fraude de ley y oculte una dimisión por abandono, máxime cuando el menor importe de indemnización percibido por el trabajador obedece a motivos de imperiosa necesidad de liquidez[104].

6.3. Otros actos y comportamientos del trabajador adyacentes a la extinción

Otro de los indicios habitualmente empleados para dilucidar si el comportamiento del trabajador obedece a razones fraudulentas reside en el examen de sus actos propios contiguos al momento de la extinción, tanto los inmediatamente anteriores como los posteriores. Además de la impugnación de la extinción, que ha sido examinada más arriba de forma singular por su especial trascendencia, varios son los actos y comportamientos del trabajador que, lindantes temporalmente con el acto extintivo, han sido valorados por los órganos jurisdiccionales como indiciarios de la auténtica naturaleza del acto extintivo.

Así, se ha identificado como indicio del fraude de ley en la obtención de prestaciones el que el trabajador, justo antes del despido por faltas injustificadas al trabajo, alquilara un local para desarrollar una actividad por cuenta propia[105]. En idéntico sentido, se aprecia intención fraudulenta en el trabajador que formaliza un contrato de opción de compra para desarrollar una actividad propia, inmediatamente antes del inicio del expediente disciplinario por ausencias injustificadas que concluiría con un despido[106].

En sentido opuesto, se ha considerado que el hecho de que tras el despido por faltas de asistencia se adquieran bienes para el ejercicio de un trabajo por cuenta propia no puede presumir el fraude en la obtención de prestaciones, ni siquiera cuando estos bienes pertenecieran al anterior empleador, cuando el trabajador pretende dedicarse a la actividad que conoce y domina[107]. Tampoco cabe deducir ánimo defraudatorio del mero hecho que el trabajador, dos días después de despido por ausencias injustificadas, suscribiera un contrato de arrendamiento de local con el fin de ejercer su profesión por cuenta propia[108].

También se ha considerado indicio de fraude el comportamiento del trabajador que, siendo consciente de que su falta al trabajo traería como consecuencia su despido disciplinario, no denota contrariedad por la eventual pérdida del empleo, ni atiende a los requerimientos de la empresa en relación con sus ausencias ni los avisos de sanción disciplinaria[109]. Aun así, no cabe derivar ánimo

[102] STSJ Aragón, 12 de diciembre de 2022 (nº rec. 827/2022).
[103] STSJ *Les Illes Balears*, 26 de febrero de 2020 (nº rec. 348/2019). En sentido contrario, STSJ País Vasco, 12 de enero de 2021 (nº rec. 1591/2020).
[104] STSJ Aragón, 12 de diciembre de 2022 (nº rec. 827/2022).
[105] STSJ Andalucía, Granada, 17 de septiembre de 2020 (nº rec. 157/2020).
[106] STSJ *Les Illes Balears*, 26 de febrero de 2020 (nº rec. 348/2019).
[107] STSJ Castilla-La Mancha, 29 de junio de 2015 (nº rec. 1505/2014) y STS, 5 de abril de 2017 (nº rec. 694/2016).
[108] STSJ País Vasco, 2 de noviembre de 2021 (nº rec. 1311/2021).
[109] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020).

defraudatorio del simple hecho de que el trabajador no reaccione frente a la advertencia empresarial de que será despedido si no acude a su puesto de trabajo[110].

En análoga dirección, la ausencia de argumentos que permitan entender los motivos que llevan al trabajador a no asistir al trabajo se presenta en ocasiones como indicio que avala el fraude de ley; y ello, por cuanto denota la intención del trabajador de faltar al trabajo de forma consciente y voluntaria[111]. No obstante, este razonamiento no parece sostenerse fácilmente desde la dogmática jurídica, teniendo en cuenta que el despido disciplinario por faltas de asistencia exige un incumplimiento voluntario del trabajador. Así, la voluntariedad es nota de esencial concurrencia en este tipo de despidos disciplinarios, sin que ello implique necesariamente un propósito deliberado de perder el empleo. Por ello, la voluntariedad en las ausencias no constituye un argumento que por sí mismo permita probar la existencia de fraude de ley[112].

Como indicio de conducta fraudulenta se ha entendido también la no incorporación efectiva del trabajador a su ocupación tras una suspensión del contrato de trabajo o una excedencia[113]; indicio éste que tiene mayor fuerza cuando el trabajador solicita una excedencia por cuidado de hijos, pidiendo al cabo de escasos días su reincorporación, sin acudir al mismo tras el reingreso[114]. En sentido contrario, no faltan sentencias que entienden que la no incorporación del trabajador tras el periodo suspensivo o de excedencia no constituye indicio suficiente del que pueda inferirse ánimo defraudatorio[115]. Así, constituye un auténtico despido la extinción disciplinaria por no incorporarse el trabajador a su puesto tras un alta de incapacidad temporal, constando la impugnación del alta médica[116].

6.4. Declaraciones del trabajador o de sus compañeros

Las declaraciones del trabajador y de sus compañeros ante las entidades de gestión e inspección, al amparo de lo dispuesto en el art. 297 LGSS, pueden constituir indicios del carácter fraudulento de la extinción, sin que quepa realizar una interpretación extensiva de aquellas[117].

En relación con el trabajador, se ha considerado que evidencian ánimo defraudatorio sus declaraciones manifestando que deseaba que lo despidieran[118]. Sin embargo, este indicio resulta controvertido, puesto que, aunque el trabajador quisiera que lo despidieran, producido el despido disciplinario sin participación del trabajador en el mismo -es decir, sin mediar connivencia- resulta difícil sostener el carácter fraudulento de la extinción por cuanto la misma constituye un verdadero despido disciplinario que se basa en la voluntad libremente conformada por la empresa[119]. En esta misma línea interpretativa menos rígida y más favorable al administrado, se ha entendido que no constituye indicio de fraude suficiente la declaración del trabajador al inspector en la que manifiesta que no existió un despido sino un acuerdo, sin concretar más datos sobre el alcance y contenido de este. El juzgador llega a esta conclusión poniendo en contexto las manifestaciones del trabajador, ya

[110] STSJ Aragón, 21 de diciembre de 2021 (nº rec. 830/2021) y STSJ País Vasco, 12 de enero de 2021 (nº rec. 1591/2020).

[111] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020) y STSJ Andalucía, Granada, 17 de septiembre de 2020 (nº rec. 157/2020).

[112] STSJ País Vasco, 2 de noviembre de 2021 (nº rec. 1311/2021).

[113] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020). Debe tenerse presente que este supuesto se refiere a aquellos casos en los que el trabajador formalmente solicita la incorporación, pero no la hace efectiva al ausentarse de su puesto de trabajo. Si, por el contrario, no existe una solicitud de reanudación en la prestación de servicios, se estaría ante una situación no protegida *ex* art. 267.2.d) LGSS, en virtud del cual no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que se "no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente".

[114] STSJ Andalucía, Granada, 17 de septiembre de 2020 (nº rec. 157/2020).

[115] SJS nº 3 Talavera de la Reina, 7 de diciembre de 2022 (nº sentencia 324/2022).

[116] STSJ Aragón, 21 de diciembre de 2021 (nº rec. 830/2021).

[117] SJS nº 3 Talavera de la Reina, 7 de diciembre de 2022 (nº sentencia 324/2022).

[118] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020).

[119] Voto particular STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020).

que efectivamente el despido había finalizado con un acuerdo indemnizatorio en acto de conciliación. Así, de las declaraciones del trabajador -reducidas a la existencia de un acuerdo- no se puede inferir en este caso que necesariamente existiera un ánimo defraudatorio, pues el inspector actuante podía haber interpretado de forma estricta que el trabajador hacía referencia al acuerdo de conciliación, y no a un presunto pacto fraudulento extintivo[120].

Por otra parte, son indicios que apuntan al carácter fraudulento de la extinción las declaraciones de compañeros del trabajador aparentemente despedido, que refieren haber percibido la voluntad de este de dejar la empresa por su pasividad y su forma de actuar[121]; o aquellos que manifiestan la tranquilidad del trabajador despedido hasta el último día de trabajo -pese a que se había iniciado un expediente de disciplinario por ausencias al trabajo- lo que apunta a la existencia de un pacto de desvinculación[122]

6.5. Otros indicios de conducta fraudulenta

Además de los indicios examinados, resulta oportuno subrayar otros igualmente relevantes para poder probar el carácter fraudulento del acto extintivo con fines prestacionales. Entre ellos, y por su común empleo por los órganos jurisdiccionales en los casos de faltas de asistencia del trabajador, cabe reseñar el enlace prestacional y la falsedad de los hechos imputados.

Respecto al enlace prestacional, resulta un indicio relevante el hecho de que el trabajador aparentemente despedido vaya a enlazar secuencialmente el fin de la prestación por desempleo con el inicio de la prestación por jubilación[123]. En análogo sentido, aunque con distinto alcance, el que el trabajador despedido por ausencias injustificadas solicite la capitalización de la prestación por desempleo ha sido considerado en numerosas ocasiones como un indicio del fraude extintivo[124]. Sin embargo, esta última consideración no resulta pacífica jurisprudencialmente. Así, junto con sentencias que estiman el valor indiciario de la capitalización del desempleo, concurren otras resoluciones que sostienen un posicionamiento contrario. Esta última corriente mantiene que la interpretación de los hechos que concurren para determinar fraude debe realizarse de forma no rígida en aplicación de los criterios del art. 3.1 CC[125]. En consecuencia, y en el supuesto de capitalización del desempleo, el fraude de ley debe analizarse desde la perspectiva de los principios de las políticas públicas de empleo, y en concreto desde el interés del legislador por favorecer el autoempleo y por reducir los perceptores meramente pasivos de prestaciones[126]. Esta interpretación teleológica, se basa en que la capitalización de la prestación por desempleo se conforma como una medida tendente a cumplir dos objetivos constitucionales: el pleno empleo (art. 40.1 CE); y el mantenimiento de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 4l CE). Así, lo que el legislador pretende con la regulación de esta institución es, en definitiva, "ser un estímulo para que los trabajadores desempleados, en lugar de permanecer inactivos, con grave frustración personal, durante el tiempo de consumo de la prestación de desempleo en su modalidad ordinaria, opten por

[120] SJS nº 3 Talavera de la Reina, 7 de diciembre de 2022 (nº sentencia 324/2022).

[121] STSJ Cataluña, 23 de marzo de 2021 (nº rec. 4985/2020).

[122] STSJ *Les Illes Balears*, 26 de febrero de 2020 (nº rec. 348/2019).

[123] STSJ Castilla-La Mancha, 18 de julio de 2019, nº rec. 990/2018). En sentido contrario, STSJ Cantabria, 11 de febrero de 2003 (nº rec. 7/2003) y STSJ País Vasco, 12 de enero de 2021 (nº rec. 1591/2020).

[124] STSJ Andalucía, Granada, 17 de septiembre de 2020 (nº rec. 157/2020) y STSJ *Les Illes Balears*, 26 de febrero de 2020 (nº rec. 348/2019).

[125] Conforme al meritado precepto, las normas "se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

[126] STSJ Castilla-La Mancha, 29 de junio de 2015 (nº rec. 1505/2014). Aplica esta línea jurisprudencial una interpretación teleológica de la norma laboral, partiendo de que "sus fines deben armonizar con los perseguidos por la política social". *Vid.* De la Lama Rivera, L.J., "La interpretación jurídica en el ámbito laboral", *Cuadernos de política social*, nº 23 (1954), p. 24.

crear cooperativas o sociedades laborales o por potenciar las ya existentes", o por otras fórmulas de autoempleo[127].

En lo que atañe a la falsedad de los hechos imputados, y pese a su común empleo a nivel indiciario en sede administrativa, no cabe deducir de ello la existencia de fraude de ley[128]. El que las ausencias que se recogen en la carta de despido no sean reales conlleva que la extinción resulte improcedente, pero no puede conducir a considerar la inexistencia de despido o a estimar la concurrencia de un despido aparente. Así, no constituye indicio defraudatorio suficiente el hecho de que al trabajador no se le descuenten de la nómina los días de absentismo injustificados; extremo este que resulta lógico cuando la empresa utiliza las faltas de asistencia como mero pretexto para articular su intención de despido, sin que de ello se deduzca necesariamente un ánimo defraudatorio por parte del trabajador cuya relación laboral se extingue[129].

Estos y otros indicios extraídos de los hechos declarados probados, examinados en su conjunto, serán los que permitan al órgano jurisdiccional mediante el proceso intelectivo de las presunciones determinar la posible naturaleza fraudulenta de la extinción con fines de lucro prestacional.

7. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La involuntariedad en la extinción ha sido una condición que ha venido acompañando tradicionalmente al acceso a la situación legal de desempleo. Las sucesivas reformas de la prestación por desempleo y su propia dinámica, si bien han atenuado esa nota, no han conseguido que en la práctica disminuya su trascendencia; y ello, por cuanto la involuntariedad en el origen se constituye como un requisito constitutivo del nacimiento de la prestación.

La complejidad que se presenta en algunos casos para determinar la involuntariedad se ha traducido en una abundante litigiosidad, de la que es muestra destacada la que se deriva de la calificación del acto extintivo mediando absentismo injustificado del trabajador. Así, la casuística nos muestra como los órganos de gestión y control siguen denegando prestaciones por una presunta incorrección en la calificación del acto extintivo, o siguen presumiendo la existencia de fraude en la obtención de prestaciones basándose muchas veces en conjeturas o sospechas, carentes de indicios claros.

La difuminada frontera jurídica entre el abandono y el despido disciplinario por absentismo injustificado ha sido fuente de numerosa conflictividad, teniendo una especial proyección práctica en lo que se refiere a la presentación por desempleo. En ocasiones, distinguir ambas figuras resulta una tarea muy compleja, principalmente cuando no concurre connivencia empresarial, por cuanto exige adentrarse en la auténtica voluntad del trabajador, que no siempre resulta clara. En este escenario, la correcta calificación del acto extintivo por la empresa será determinante para que el trabajador acceda a las prestaciones por desempleo. Esta calificación resultará más sencilla cuando el convenio de aplicación concrete el despido por absentismo, teniendo mayor complejidad en ausencia de regulación convencional.

En estas circunstancias, al trabajador se le presenta un doble obstáculo para el acceso a las prestaciones por desempleo. Por una parte, la correcta calificación del acto extintivo por parte empresarial; y, por la otra, y con independencia de la calificación que la empresa haya otorgado, la comprobación y validación de la naturaleza involuntaria de la extinción por los órganos administrativos de gestión y control.

[127] STS, 5 de abril de 2017 (nº rec. 694/2016).

[128] STSJ Galicia, 17 de abril de 2020 (nº rec. 3481/2019).

[129] STSJ Aragón, 12 de diciembre de 2022 (nº rec. 827/2022). En sentido contrario, *vid*. STSJ Aragón, 20 de noviembre de 2006 (nº rec. 936/2006).

La corrección que en vía jurisdiccional se produce sobre la naturaleza jurídica del acto extintivo, enmendando en múltiples ocasiones la calificación otorgada en sede administrativa, no logra remediar las graves consecuencias que la denegación de prestación puede suponer para el trabajador despedido por absentismo. Si resulta complejo distinguir desde un punto de vista práctico el despido disciplinario por faltas de asistencia del abandono, no cabe trasladar las consecuencias de esa dificultad ni a la empresa ni al trabajador, máxime cuando entre ellos no se aprecia ningún tipo de connivencia.

Esta problemática, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, no se ha visto solventada por la concepción más flexibilizadora de la involuntariedad que progresivamente viene acogiendo nuestro modelo prestacional. Así, sigue deslizándose en la práctica de nuestro modelo de relaciones laborales la sospecha de fraude cuando se presenta una extinción por faltas de asistencia.

La solución al asunto apuntado no resulta fácil, pues exige una labor interpretativa de la auténtica voluntad presente en la extinción que cuenta con grandes dosis de subjetividad, y que conduce a soluciones no siempre acertadas basadas en meras conjeturas o sospechas. Es cierto que el trabajo de jueces y tribunales ha ido corrigiendo y acotando este tipo de decisiones, pero ello no impide que las mismas se sigan produciendo en la gestión de las prestaciones. La cuestión no es baladí, teniendo en cuenta que las repercusiones que estas decisiones tienen sobre la vida de los trabajadores pueden resultar nefastas si se atiende a la especial vulnerabilidad ligada a las prestaciones por desempleo.

La solución, lejos de abordarse única y estrictamente desde la técnica jurídica, debe articularse a través de acciones de sensibilización y concienciación. La materia tratada es un claro ejemplo de la distancia que en ocasiones existe entre el derecho vivido y el derecho real. Así, el acceso a la prestación a través del fraude de ley que supone ocultar el carácter voluntario de la extinción constituye una práctica de relativa aceptación social. Carece en este punto la ciudadanía de capital cívico suficiente que le permita reflexionar sobre la trascendencia colectiva de las acciones individuales; carencia que debe ser integrada por auténticas acciones públicas transversales de sensibilización y concienciación que, más allá de orientarse hacia el control del fraude prestacional, incidan sobre la función cohesionadora, redistributiva y de solidaridad intergeneracional del sistema protector de la seguridad social.

8. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1983, 9ª ed.

Cuenca Alarcón, M., "Prestación por desempleo y situación de excedencia: el control de la involuntariedad", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 20 (2001).

De la Lama Rivera, L.J., "La interpretación jurídica en el ámbito laboral", *Cuadernos de política social*, nº 23 (1954).

Desdentado Bonete, A. y Mercader Uguina, J.R., *El desempleo como situación protegida. Un estudio sobre los problemas de acceso de la protección en el nivel contributivo y en el asistencial*, Madrid, Civitas, 1996.

Eguaras Mendibil, F., "La dimisión y el despido: criterios de carga probatoria", *Jurisdicción social. Revista de la comisión de lo social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 205 (2019).

Fernández Márquez, O., *La situación legal de desempleo*, Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., "Idoneidad de las pruebas acreditativas del fraude en la protección por desempleo", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 139 (2019).

Fernández Orrico, F.J., "La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1 (2014).

Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

Galiana Moreno, J., "El fraude de la ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (coords.), Madrid, MTSS, 1990.

García Ortega, J., "Protección por desempleo: contingencia protegida y requisito de acceso", en *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Roqueta Buj, R. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Gascón Abellán, M.F., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 3ª ed.

Gete Castrillo, P., "El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1 (2003).

Gil Plana, J., "Situación legal de desempleo", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 139 (2019).

Goerlich Peset, J.Mª, "La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono", en *Extinción del contrato de trabajo*, Albiol Montesinos, I. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Gómez Abelleira, F.J., "Solicitud, nacimiento y disfrute de prestaciones y subsidios de desempleo", *Actualidad Laboral*, nº 33 (2002).

González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *Introducción al derecho de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 17ª ed., 2023.

Herrero Nieto, B., *La simulación y el fraude a la ley en el Derecho del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1958.

Lasaosa Irigoyen, E., "Situación legal de desempleo y derecho de la pandemia", en *Derecho vivo de la seguridad social*, Barrios Baudor, G.L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.), Murcia, Laborum, 2020.

López Gandia, J., "Las políticas activas de empleo y las prestaciones de desempleo", en *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Roqueta Buj, R. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

López Insua, B.M., "La extinción de la prestación sanción ante el incumplimiento del deber de comunicación del desempeño de una actividad profesional", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 132 (2016).

López Insua, B.M., "La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la seguridad social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis «económica» y «social»", *Iuslabor*, nº 1 (2016).

López Jiménez, J.M., *La extinción voluntaria del contrato de trabajo a instancias del trabajador*, Madrid, Dykinson, 2020.

Luelmo Millán, M.A., "Prestación de desempleo y fraude de ley", *Actualidad Laboral*, tomo 3, nº 43 (2003).

Marichalar y Monreal, L. (Vizconde de Eza), *El problema del paro forzoso*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1911.

Marín Correa, J.M., "Protección del desempleo y derecho comunitario en Europa", *Actualidad Laboral*, nº 2 (1993).

Martínez Girón, J., "Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6 (2002).

Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 16ª ed.

Molina Navarrete, C., Cuevas Gallegos, J., de la Casa Quesada, S., y Molina Hemosilla, O., "La «contrarreforma» del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 4 (2003).

Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Monereo Pérez, J.L., "La protección legal por desempleo y sus niveles de protección", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, nº 6 (2016).

Monereo Pérez, J.L., "Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico", *Lan Harremanak*, nº extra. (2003).

Montoya Melgar, A., *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1967.

Quesada Segura, R., *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Sevilla, Mergablum, 2004.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J., "Interpretación y calificación jurídica de hechos", *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, vol. XII (2019).

Salvador Coderch, P., "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos", *Indret*, nº 3 (2004).

Sempere Navarro, A., "La reforma del despido y el desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 536 (2002).

Suárez Corujo, B., "La protección social del desempleo en España", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14 (2016).

Tortuero Plaza, J.L., "Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2 (1994).

Toscani Giménez, D., "Extinción por voluntad del trabajador sin causa", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 106 (2010).

Valdés Alonso, A., "Extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida y situación legal de desempleo", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1 (2001).

Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986.

Viqueira Pérez, C., "La protección por desempleo derivada de despido", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 44 (2003).

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El nuevo marco sobre la Brecha de Género y la integración de las lagunas de cotización: un lento camino para las trabajadoras por cuenta propia[1]

The new framework on the Gender Gap and the integration of contribution gaps: a slow path for self-employed women

Estefanía González Cobaleda

Profesora Ayudante Doctora (acreditada como Profesora Contratada Doctora)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-5826-4012

Cita Sugerida: GONZÁLEZ COBALEDA, E.: «El nuevo marco sobre la Brecha de Género y la integración de las lagunas de cotización: un lento camino para las trabajadoras por cuenta propia». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 93-108.

Resumen

Se ha evidenciado una vez más a través del RDL 2/2023 la exigencia de una corrección profunda del Derecho de la Seguridad Social en clave de género. En efecto, este cambio de enfoque ha llevado a una lectura correctora, reescribiendo su sentido en aras de la igualdad de resultados entre mujeres y hombres, concretamente, acerca de la reducción de la brecha de género en las pensiones. Precisamente, de especial trascendencia para la contribución de este objetivo ha sido la reforma de la técnica de integración de lagunas de cotización. De manera que el presente estudio no sólo analiza el avance positivo acerca de un concepto de sostenibilidad y en el que se contempla la dimensión social de la integración de las lagunas en caso de brecha de género y en el trabajo a tiempo parcial, sino que va más allá. Se cuestiona el nuevo modelo inacabado y limitado de esta técnica sobre las personas trabajadoras autónomas, más aún sobre las mujeres trabajadoras por cuenta propia, siendo ignoradas por el legislador. Por consiguiente, constatándose la ausencia de una garantía de una protección suficiente, completa y adecuada para todas las mujeres trabajadoras frente a la brecha de género pensional.

Palabras clave

integración de las lagunas de cotización; brecha de género; sostenibilidad; Seguridad Social; mujeres; igualdad

Abstract

The demand for a profound correction of the Social Security Law in terms of gender has once again been evidenced through RDL 2/2023. Indeed, this change of approach has led to a corrective reading, rewriting its meaning in the interest of equal results between women and men, specifically, on the reduction of the gender gap in pensions. Precisely, the reform of the technique for integrating contribution gaps has been of particular importance for the contribution of this objective. So this study not only analyses the positive progress on a concept of sustainability and in which the social dimension of the integration of gaps in the event of a gender gap and in part-time work is contemplated, but goes further. The new unfinished and limited model of this technique on self-employed workers is questioned, even more so on self-employed women, which are being ignored by the legislator. Therefore, there is no guarantee of sufficient, complete and adequate protection for all working women against the pension gender gap.

Keywords

integration of contribution gaps; gender gap; sustainability; Social Security; women; equality

[1] En presente artículo se enmarca en la actividad investigadora desarrollada por la autora dentro de los siguientes proyectos: a) Proyecto de I+D+i "La sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica" (PID2022-140298NB-I00). b) Proyecto de I+D+i "El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar" (B1-2021_11). c) "Red interuniversitaria sobre nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores (UMA con la participación de la UCM, UGR, UNICAN)". Asimismo, se lleva a cabo a raíz de una estancia investigadora postdoctoral en el *Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Universidad de Granada (2023).

Fecha Recepción: 13/11/2023 - Fecha Revisión: 14/11/2023 - Fecha Aceptación: 15/11/2023
Pags. 93-108

1. CUESTIONES PREVIAS: UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL MERCADO DE TRABAJO Y SU EFECTO EN LA BRECHA PENSIONAL

La cuestión social de la brecha de género en la disciplina de la Seguridad Social no es una novedad, sino un hecho consolidado y de larga tradición. En este sentido, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (RDL 2/2023) reconoce explícitamente la brecha de género en las pensiones. Concretamente, en su disposición adicional 37ª la define como "el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres". Por lo tanto, en ella inciden dos elementos: de un lado, factores relacionados con la vida activa de las mujeres desarrollada previamente en el mercado laboral, de otro lado, la propia configuración del sistema público de pensiones[2]. En esencia, por lo que estas desigualdades afectan a todos los ámbitos de la sociedad.

En términos generales, a esta brecha pensional de género se le viene prestando una mayor atención en los últimos tiempos desde instancias tanto internacionales como comunitarias y nacionales. En efecto, desde el 2001 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sido clara sobre esta cuestión. A este respecto, la Resolución y sus conclusiones de la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo fueron contundentes al disponer que no puede haber un sistema justo de Seguridad Social sino se reordena globalmente atendiendo a los imperativos de la igualdad real entre los géneros[3]. Desde la OIT se ha impulsado la promoción de la igualdad de género a través de un conjunto de instrumentos jurídicos y otras actuaciones[4], si bien, continúa subrayando que garantizar la seguridad de los ingresos de las mujeres en la vejez sigue siendo un reto dadas las desigualdades y disparidades sociales más amplias, también, por las persistentes brechas de género en los mercados de trabajo, incluida la división por género de las responsabilidades familiares no remuneradas[5].

En este sentido, la Unión Europea (UE) ha puesto de manifiesto "la necesidad de una Estrategia para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones", como un aspecto fundamental, pero al mismo tiempo complejo, siendo necesario para evitar las situaciones de pobreza y vulnerabilidad que es más probable que afecten a las mujeres con pensiones exiguas[6]. De hecho, la Comisión Europea ha reiterado la necesidad de una mayor conciencia sobre la cuestión aprobando la *Estrategia europea para la igualdad de género* (2020-2025)[7] lo que se vislumbra un mayor interés por la causa[8]. En ella, se pone de relieve que las mujeres de edad avanzada se enfrentan a un mayor riesgo de caer en la pobreza a consecuencia de las desigualdades que se constatan en el mercado de trabajo

[2] Ballester Pastor, I..: "Mujeres y pensiones: La brecha de género de las pensiones contributivas", VV.AA.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Murcia, Laborum, 2022, p. 955

[3] Molina Navarrete, C.: "Brechas de género" y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección", *iQual. Revista de Género e Igualdad,* núm. 3, 2020, p. 2.

[4] Para un estudio en profundidad véase Ruiz Santamaría, J.L. *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación: un estudio desde una perspectiva holística y comparada,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.

[5] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada. En busca de un futuro mejor,* Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra (Suiza), 2022, p. 190.

[6] Resolución, de 14 de junio de 2017, sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones (2016/2061/INI).

[7] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*. Bruselas 5 de marzo de 2020.COM (2020) 152, final.

[8] Grau Pineda, M. C.: "La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* núm. 73, 2021, p. 13.

a través de la brecha de género en materia de empleo y de salarios acumuladas a lo largo de toda la vida y que originan una brecha de pensiones aún mayor[9]. De hecho, en la misma Estrategia se estima que existe un 15,7% de brecha salarial y un 30,1% de brecha pensional en la UE[10]. Lamentablemente, a este ritmo, no se corregirían las brechas de género en el mercado de trabajo en al menos 60 años[11].

Precisamente, en nuestro país, no difiere mucho de esta realidad tan negativa acerca del mercado de trabajo. Aludiendo de manera breve los datos estadísticos acerca del mercado de trabajo en la reciente publicación "*Principales indicadores estadísticos igualdad*" del Ministerio de Igualdad[12] se constata que:

— La tasa de actividad: la tasa de actividad de los hombres (63,53%) supera la tasa de actividad de las mujeres (53,79%), por lo que provoca una brecha de 9,74 puntos manteniéndose prácticamente igual respecto a los datos del año anterior.

— Segregación ocupacional: las mujeres desarrollan su actividad mayoritariamente en el sector servicios, donde trabajan el 88,6% de las mujeres con empleo.

— Tasa de paro: La tasa de paro de las mujeres es del 14,61%, mientras que la tasa de paro de los hombres se sitúa en el 11,32%. Esto implica una brecha de 3,29 puntos entre las tasas de paro de ambos sexos.

— Parcialidad en el empleo: la jornada a tiempo parcial es superior entre las mujeres que respecto a la de los hombres. Precisamente, las casusas que motivan la parcialidad respecto al cuidado de otras personas representan cifras que son abrumadoramente desiguales entre las mujeres (92,9%) a las de los hombres (85,5%).

— Salarios: los últimos datos disponibles muestran que, mientras el salario medio de los hombres se sitúa en 27.643 euros, el de las mujeres se queda en 22.467 euros, es decir, el salario medio de las mujeres representa un 81,3% en relación al de los hombres.

— Cotizaciones: Si nos fijamos en las bases de cotización, según los últimos datos publicado de septiembre de 2022, en el caso de las mujeres alcanzan los 1.827,1 euros de media frente a los 2.134,8 euros de media en el caso de los hombres.

De la misma manera, las mujeres acreditan carreras laborales más cortas y/o interrumpidas por motivos de actividades relacionadas con el cuidado, siendo un aspecto socio-cultural, por estereotipos y ausencia de corresponsabilidad (tabla 1). Todo ello, conlleva una mayor dificultad para acceder a prestaciones contributivas, así como a la jubilación. Profundizando sobre esta cuestión, si analizamos la causa de la inactividad nos muestran que, mientras 64.000 mujeres dejaron su trabajo para cuidar de otras personas, únicamente 5.600 hombres deciden hacerlo.

[9] Villar Cañada, I. M.: "La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 477, 2023.

[10] Ruiz Santamaría, J.L.: "Principales desafíos ante la discriminación por razón de género y su impacto en el sistema de pensiones español", VV.AA.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Murcia, Laborum, 2022, p. 1272.

[11] INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO (EIGE).: *Gender Equality Index 2023. Towards a green transition in transport and energy.* Oficina de la Unión Europea, 2023.

[12] INSTITUTO DE LAS MUJERES: *Principales indicadores estadísticos igualdad,* Madrid, Ministerio de Igualdad, 2023. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Informes.htm

Tabla 1. Interrupciones de la carrera laboral por género

	MUJERES	HOMBRES
Excedencias por cuidados de hijos/as	87,39%	12,61%
Excedencias por cuidado de familiares	79,5%	20,5%
Personas inactivas por motivos de cuidados	92%	8%

Fuente: INSTITUTO DE LAS MUJERES. *Principales indicadores estadísticos igualdad,* Madrid, Ministerio de Igualdad, 2023.

En cualquier caso, pese a las medidas implementadas en los últimos años, la brecha de género en pensiones se mantiene. En efecto, la latente desigualdad en el mercado laboral ocasiona una repercusión directa o indirecta en la percepción económica de las mujeres en el sistema de pensiones. No podemos obviar que nos encontramos con un Sistema de Seguridad Social que continúa primando las carreras de cotización más largas a la hora de reconocer el derecho a las prestaciones y de determinar la cuantía de las mismas[13]. De hecho, las mujeres son las que más interrupciones de su actividad tienen a consecuencia de un aspecto socio-cultural como es el trabajo reproductivo o responsabilidad social por la actividad de cuidar y que deriva en el acortamiento de sus carreras de seguro social y la proliferación de lagunas de cotización. A este respecto, la pensión media total de las mujeres supone tan solo un 67% de la pensión media de los hombres, por lo tanto, la brecha de género en pensiones se sigue situando en torno al 30% (tabla 2).

Tabla 2. Cuantía de las pensiones de jubilación por género

MUJERES	HOMBRES
982,3 euros	1.447,2 euros

Fuente: INSTITUTO DE LAS MUJERES. *Principales indicadores estadísticos igualdad,* Madrid, Ministerio de Igualdad, 2023.

En definitiva, podemos observar la existencia de brecha de género a través de diferentes factores como pueden ser el salarial, la tasa de desempleo, la precariedad laboral -temporalidad y parcialidad-, la segregación del mercado de trabajo, entre otros elementos que identifican y definen, con carácter general, la presencia de las mujeres en el ámbito laboral[14]. Lo que la combinación de todos estos factores crea un "efecto de bola de nieve"[15], de tal forma que, cuando se produce el retiro de la vida laboral activa, estas brechas de género no solo perduran, sino que se intensifican en perjuicio de las mujeres. Por lo tanto, la brecha de género en las pensiones requiere la toma de decisiones institucionales, además de socioeconómicas, también de medidas legislativas. No obstante, consideramos que dichas acciones no pueden recaer únicamente sobre la corrección en el sistema de pensiones, sino que deben de partir la propia configuración desigual del mercado de trabajo, pues llevaría a minorizar la brecha de género en las futuras pensiones[16]. Precisamente, en el presente artículo

[13] Ballester Pastor, I..: "Mujeres y pensiones: La brecha de género de las pensiones contributivas", *óp. cit.,* p. 961

[14] Pérez Del Río, M. T.: "La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la protección de la maternidad: perspectiva de futuro", *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate,* núm. 7, 2006, pp. 223.

[15] Alaminos, E.: "La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española", *Panorama social,* núm. 27, 2018 pp. 133.

[16] Velasco Fernández, D.: "Un análisis sobre la funcionalidad del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 11, núm. 2, 2023, p. 277.

se pretende llamar la atención sobre un ámbito crítico como es el procedimiento de integración de lagunas de cotización para el cálculo de las pensiones de jubilación de las mujeres trabajadoras. Estas medidas tienen como fin impulsar una contribución de reducción de la brecha de género y, por ende, a la garantía de una protección suficiente y adecuada para las mujeres. De manera que se pretende someterlo a una revisión y tratar de evidenciar tanto las nuevas luces como las persistentes sombras que permanecen en este ámbito con el fin de permitir, de este modo, una visión de conjunto y valorativa de los elementos esenciales de la materia.

2. AVANCES SOBRE LA BRECHA DE GÉNERO Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL A PARTIR DEL RDL 2/2023

Como se ha tenido ocasión de adelantarse, recientemente, nuestro Sistema de Seguridad Social ha sufrido un intenso y complejo conjunto de reformas derivadas de las medidas contempladas en la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo de 2020 (Recomendación 17ª) y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en su componente 30, dedicado a la *Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo*. Ahora bien, en este trabajo de investigación nos centraremos en las novedades que afectan a las pensiones y a la brecha de género, en concreto, en las introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (RDL 2/2023).

En este sentido, la Recomendación 17ª reconoce que, efectivamente, las reformas sobre normativas que se han introducido hasta el 2020 con el objeto de reducir la brecha de género en las pensiones habían tenido una naturaleza más reactiva o coyuntural que preventiva o estructural[17]. Por lo tanto, era necesario dos grupos de medidas estructurales garantizando la igualdad efectiva[18]. De un lado, en materia laboral a través de acciones específicas sobre el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo evitando el desequilibrio entre mujeres y hombres respecto a las carreras profesionales inestables, además, por el trabajo precario. De otro lado, en la Seguridad Social en la propia configuración del Sistema y a la forma de acceso a las prestaciones.

Para ello, en los últimos años han sido varias las medidas adoptadas por el legislador con el objetivo de compensar los efectos perjudiciales que han generado la situación desigual que viven las mujeres en nuestro mercado de trabajo, si bien, aunque no son objeto de estudio en el presente artículo, sí es necesario incidir en sus efectos positivos. En cualquier caso, con carácter general, estas medidas las podemos considerar de parciales e insuficientes en relación con el objetivo que se pretendían alcanzar, pues no resuelven todos los problemas[19]. Por lo tanto, resultó necesario seguir avanzando para favorecer la reducción de la brecha de género en el marco del sistema público de pensiones como apunta la Recomendación 17ª.

Cumpliendo esas directrices, a través de la segunda fase de la reforma, concretamente, con el RDL 2/2023 se introduce importantes novedades aportando un cambio de enfoque acerca de un concepto integral de sostenibilidad, en el cual se contempla la dimensión social planteando varias

[17] Ballester Pastor, I..: "Mujeres y pensiones: La brecha de género de las pensiones contributivas", *óp. cit.,* p. 964.

[18] De hecho, ya antes de que se adoptara la Recomendación nº17 del Pacto de Toledo 2020, existían pronunciamiento del TJUE que delimitaban que nuestro Sistema de Seguridad Social, provocaba discriminaciones indirectas en las mujeres, infringiendo así la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Para ello, ha sido claves algunas el TJUE como pueden ser: STJUE, de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11; STJUE, de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13; STJUE, de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15; STJUE, de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18; STJUE, de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19; entre otras. Para un estudio en profundidad véase Ballester Pastor, I..: "Mujeres y pensiones: La brecha de género de las pensiones contributivas", *óp. cit.,* p. 982.

[19] Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinvención sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género,* Albacete, Bomarzo, 2023, p. 30.

medidas con el objetivo de la reducción de esta brecha de género prestacional. En este sentido, en la última reforma de la materia, por ahora, podemos concretar brevemente las medidas orientadas al fortalecimiento de la sostenibilidad social con dimensión de género como son:

— La ampliación de los años reconocidos como cotizados por parte de las personas trabajadoras en caso de excedencia por cuidado de familiares o en caso de reducción de jornada por cuidado de hijos/as u otros familiares.

— La reforma del procedimiento de integración de lagunas de cotización para el cálculo de las pensiones de jubilación de las mujeres trabajadoras.

— La equiparación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los periodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidad del menor.

— Las medidas que inciden en el complemento para la reducción de la brecha de género.

— Otras medidas de acción positivas para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres en el marco del diálogo social, no obstante, deberán ser medidas temporales (en tanto la brecha de género sea igual o superior al 5 %, en coherencia con las demás medidas previstas), además de que incidan en el cálculo de las prestaciones (no necesariamente, por tanto, las pensiones).

Sea como fuere, la reforma acerca de la sostenibilidad de nuestro sistema público de pensiones, sin duda, introduce elementos innovadores desde una perspectiva de brecha de género que merece una valoración positiva en su conjunto. Entendemos vital el enfoque aportando en las reformas ya iniciada en el 2021 y continuada por el RDL 2/2023, desde una dimensión tanto económico-financiera como de dimensión social, por lo tanto, con una perspectiva integral que aportaría la garantía de una protección suficiente y adecuada contemplada ex. Art. 41 de la CE[20]. A este respecto, se contemplan medidas encaminadas directa o indirectamente a contribuir a la reducción de las desigualdades entre mujeres y hombres que aún hoy persisten en el sistema de pensiones, ahora bien, aún es pronto para entrar a valorar cuál es el impacto real de estas medidas. A pesar de ello, aún permanecen dichas desigualdades de género en el Sistema de la Seguridad Social, pudiendo ocasionar discriminaciones como ha sido respecto al procedimiento de integración de lagunas de cotización de las mujeres trabajadoras por cuenta propia, resultando esta reforma del todo insuficiente en esta medida como estudiaremos con posterioridad.

3. LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DE COTIZACIÓN PARA LA CONTRIBUCIÓN A LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

En las actuales condiciones de mercados de trabajo fragmentarios e inestables, cada vez son más frecuente las vidas laborales formadas por diversas actividades profesionales e, igualmente, con varios encuadramientos de Seguridad Social. De hecho, pese a esta acumulación de afiliaciones sucesivas, proliferan carreras con bases reguladoras inferiores a las mínimas de cotización, e incluso periodos sin cotización alguna, lo que tiende a desembocar en pensiones contributivas cercanas a las asistenciales, tal y como hemos determinado, afectando especialmente a las mujeres. Para ello, la integración de lagunas de cotización se dispone como un procedimiento que pretende favorecer a las personas que no han cotizado durante un periodo de tiempo y mitigar así los posibles efectos

[20] Villar Cañada, I. M.: "La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas", *óp. cit.*

negativos de estos periodos sin cotización sobre el cálculo de la pensión, por lo tanto, aplicando para ello unas reglas específicas de integración[21].

A este respecto, tanto el Pacto de Toledo (Recomendación 17ª) como el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia son conscientes de que, a las actuales carreras profesionales cortas e irregulares y con eventuales vacíos de cotización, también se añade el aumento del periodo para el cálculo de la base reguladora que "puede tener efectos negativos, por eso es importante complementarla con medidas que modulan sus efectos como la posibilidad de elección de años o la mejora del sistema de integración de lagunas de cotización".

Precisamente, para intentar garantizar el mantenimiento de un "suficiente" nivel de las bases reguladoras, se estableció la técnica jurídica de la integración de las lagunas de cotización allá por el año 1985 mediante la Ley 26/1985, de 31 de julio[22]. No obstante, ha sido una cuestión que ha ido evolucionando y mutando con el paso de los años, desde un instrumento de garantía de protección para pasar de forma progresiva en una medida de sostenibilidad financiera del sistema[23]. Sin embargo, de nuevo, mediante el RDL 2/2023 introduce importantes novedades con el fin de adquirir una dimensión garantista, de protección, en especial para las mujeres en aras de reducir de forma más significativa la brecha de género en pensiones[24]. Por lo tanto, en dirección de mejora de la sostenibilidad social del sistema público de pensiones.

En cualquier caso, conviene advertir que no conlleva la recuperación plena de todos los derechos perdidos en virtud de la Disposición final vigésima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, a raíz de la cual desde el año 2003 la integración de lagunas dejaría de hacerse por el 100% de las bases mínimas para quedarse en la mitad, es decir, solo del 50% desde la número 49. Podemos entender que hubiera sido un momento idóneo con el RDL 2/2023 para que este importante mecanismo de garantía recuperara su valor originario, no obstante, no ha sido así[25].

En este sentido, la actual reforma se ha centrado principalmente en tres cuestiones:

— de un lado, la integración de lagunas de mujeres en caso de brecha de género, también de los hombres,

— de otro lado, la integración de lagunas en el trabajo a tiempo parcial

— y, finalmente, siendo razón de ser crítico de este artículo, la integración de lagunas de manera limitada para las personas trabajadoras por cuenta propia.

[21] Martínez González, M.ª. D.: "Reforma del Pacto de Toledo 2020. Pensiones e integración de lagunas de cotización. Análisis de la desprotección social del trabajador autónomo", VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales*: *Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 2022, p. 632.

[22] En un primer momento, esta integración de lagunas de cotización solo sería de aplicación para las personas trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón, de Trabajadores Ferroviarios, Agrario y Trabajadores del Mar, quedando el resto de las personas trabajadoras excluidas de este derecho.

[23] Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I. M.: "Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema público de pensiones de la sostenibilidad financiera a la social", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 15, 2023, p. 25.

[24] La técnica de integración de lagunas para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras no debe confundirse con otras técnicas dirigidas a la flexibilización de los requisitos contributivos, como puede ser por ejemplo la técnica del paréntesis, a fin de facilitar la acreditación de los periodos de carencia para acceder a la pensión contributiva.

[25] Maldonado Molina, J. A.: "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 475, 2023, p. 30.

Recordemos que, como regla general de integración de lagunas, se mantiene vigente en el art. 209 del TRLGSS. De hecho, ahora en su apartado 1 aclara que las lagunas se integrarán en los 29 años, es decir, en los 348 meses consecutivos e inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante, dada la existencia ahora de 2 periodos temporales (27 años dentro de los últimos 29). Por lo tanto, se revisa la regla relativa al citado periodo de cómputo para el cálculo de la pensión que queda matizada por tres previsiones[26]:

— la posibilidad de descartar las 24 mensualidades de cotización menos ventajosas.

— la posibilidad, durante las 2 próximas décadas, de seguir aplicando la regla, vigente hasta la aprobación del RDL 2/2023, de los últimos 25 años cuando la base reguladora resultante sea más beneficiosa para la persona que accede a la pensión.

— El desarrollo de la regla de integración de lagunas para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena.

Precisamente, como es sabido, ha sido muy conflictiva la integración de las lagunas en el trabajo a tiempo parcial, pues, hasta ahora, era irracional[27] que la integración a tiempo completo o parcial para la toma en consideración de dicha integración de periodos sin obligación de cotizar, se tuviera presente la base de cotización correspondiente al número de horas contratadas en último término, por lo tanto, que dependiera al mes previo a la laguna, lo que no era un fiel reflejo de la vida laboral de la persona asegurada[28].

En este contexto, el RDL 2/2023 modifica el art. 248.1 del TRLGSS y pasa a remitirse a los artículos 209.1 y 197.4 TRLGSS, es decir, a los mismos términos que rigen para las personas que trabajan a tiempo completo, introduciendo, indudablemente, en una mejora en el importe de la base reguladora. De modo que se prescinde de la regla que el STJUE, de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13, no consideró discriminatoria para las personas que trabajan a tiempo parcial, así como en el mismo sentido por la STC, 110/2015, de 28 de mayo. Además, debemos de recordar que tiene un alto impacto en particular en la dimensión de género y que no puede ser obviada, ya que la jornada a tiempo parcial es superior entre las mujeres (en un alto porcentaje no por opción) que respecto a la de los hombres, como ya se indicó supra.

La última previsión acerca de la integración de lagunas de mujeres en caso de brecha de género, sin duda ha sido la de mayor relieve. La propia Recomendación 17ª recogía que deben de introducirse las correcciones necesarias en el ámbito de la Seguridad Social, por lo que, "se trata de que las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias". Así, con el fin de reducir la brecha de género en pensiones de jubilación se incluye la nueva Disposición Transitoria 41ª del TRLGSS, no obstante, no es de aplicación a la incapacidad permanente, pues aplica lo dispuesto en el art. 197 del TRLGSS.

Justamente, como medida de acción positiva se concreta una mejora más favorable respecto a la regla general de integración de lagunas que para las pensiones de jubilación, pues desde la mensualidad 49 a la 60, se integrará con el 100% de la base mínima de cotización del régimen general que corresponda al mes respectivo. Por lo que desde la mensualidad 61 a la 84, será de aplicación el 80% de la misma base.

[26] Villar Cañada, I. M.: "La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas", *óp. cit.*

[27] Fernández Domínguez, J.J.: "Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC\2014\151)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. 2, 2015, p. 128.

[28] Maldonado Molina, J. A.: "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *óp. cit.*, p. 32.

Si bien es cierto que esta acción positiva a favor de la constatada brecha de género en pensiones queda fijada mientras la misma sea superior al 5% y en beneficio para las mujeres, aplicándose a partir del año 2026, cuestión que entendemos incoherente, entendiendo que debería de haberse aplicado al menos desde el 2024[29]. Al mismo tiempo, esta integración de lagunas se extiende a los hombres, pero siempre que prueben un perjuicio concreto en su carrera profesional por el trabajo de cuidar, en unos términos análogos a los exigidos para beneficiarse del complemento de brecha de género del art. 60 TRLGSS, aunque no se exige que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor ni que deba de tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género (segundo párr. disp. trans. cuadragésima primera TRLGSS).

En términos globales, consideramos que se trata de una medida positiva la novedosa introducción normativa de la integración de lagunas de mujeres en caso de brecha de género, lo que sin duda supone un gran avance en la reducción de brecha en pensiones de jubilación. En cualquier caso, no se comparte la demora en su puesta en práctica, a partir del año 2026, siendo un aspecto que no llega a comprender la finalidad de la misma.

Especial mención y estudio merece la integración de lagunas de manera limitada para las personas trabajadoras por cuenta propia. Esto es, con la reforma RDL 2/2023 se procede al reconocimiento, si bien limitado, al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de un mecanismo de integración de lagunas. Ahora bien, el nuevo art. 322 del TRLGSS, que entrará en vigor el 1 de enero de 2026 condiciona este mecanismo a que el cese de la actividad sea de índole involuntaria a diferencia del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), en el que la causa del periodo no cotizado resulta indiferente. De modo que, se introducen restricciones de un gran calado que hace insuficiente la reforma, incluso se ha procedido al olvido de la perspectiva de género sobre esta materia. De ahí que en este trabajo de investigación se haya considerado necesario su análisis en un apartado concreto, por lo que, pasamos al estudio del carácter no urgente y confuso para integrar las lagunas para las trabajadoras por cuenta propia.

4. EL CARÁCTER INCOHERENTE PARA INTEGRAR LAS LAGUNAS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS POR CUENTA PROPIA: EL GRAN OLVIDO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La evolución de la regulación de la técnica de integración de lagunas de cotización para el colectivo de personas trabajadoras por cuenta propia ha conocido una dirección muy restrictiva desde el 2011, de modo que, se confirmaba una voluntad legislativa restrictivo-excluyente que ha permanecido hasta este momento invariada, pese a que la gran mayoría de los Regímenes de la Seguridad Social han experimentado más de una reforma de "mejora". Si bien, como confirma la jurisprudencia, la integración de lagunas nunca ha sido vista como una norma de sistema, sino que requería de una previsión legal específica para cada caso, acotada hasta ahora al RGSS. En este contexto legislativo deliberadamente excluyente de los regímenes especiales, en ocasiones, la inaplicación de la técnica de la integración de lagunas de cotización procedía de criterios restrictivos de la entidad gestora, esto es, del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS). En estos casos, no es la ley el fundamento de la negativa al beneficio de Seguridad Social, sino un criterio hermenéutico restrictivo que desemboca en prácticas denegatorias, pese a que una interpretación sistemática y teleológica de la ley y el sistema

[29] Esta crítica es compartida por la doctrina científica como puede apreciarse en rigurosos trabajos de investigación. Para ello, véase Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: Una reinvención sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género, *óp. cit.* En el mismo sentido, *vid.* Maldonado Molina, J. A.: "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *óp. cit.*, p. 32. Asimismo, *vid.* Villar Cañada, I. M.: "La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas", *óp. cit.* También, Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I. M.: "Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema público de pensiones de la sostenibilidad financiera a la social", p. 26.

exigiría la inclusión. Justamente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) nos ha advertido en diversas ocasiones de la desprotección que sufren las personas trabajadoras autónomas en España, por lo que la Recomendación 4ª del Pacto de Toledo de 2020 alude expresamente a la necesidad de alcanzar una protección social que sea equiparable entre las personas trabajadoras por cuenta ajena, integradas en el régimen general y las personas trabajadoras por cuenta propia.

Precisamente, en virtud de la nueva reforma del RDL 2/2023, se ha producido una variación de la etapa previa excluyente hacia una más próspera, aunque restrictiva aun respecto a la posibilidad de integrar las lagunas de cotización a las personas trabajadoras autónomas y que entrará en vigor el 1 de enero de 2026 (art. 322 TRLGSS). A saber,

"en los supuestos en que en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran, con posterioridad a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, períodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes seis meses de cada uno de dichos períodos con la base mínima de la tabla general de este régimen especial".

A pesar de tratarse de una medida que era muy esperada, no se da por finalizada la discriminación existente sobre esta materia con el RGSS, dándose una menor intensidad en el RETA, lo que no deja de suscitar problemas. Efectivamente, es evidente la limitación de este sistema de integración de lagunas, así pues, la cobertura de los vacíos de cotización se extiende en este caso:

— solamente a los 6 meses y

— solo tras la extinción de la prestación económica por cese de actividad.

Precisamente, la discriminación entre el RGSS y el RETA permanece, pues al integrar las lagunas de cotización en el RETA se extiende solamente para 6 meses, por el contrario, no se contempla ese límite temporal en el RGSS. En el mismo sentido, con este nuevo precepto se reduce las eventuales lagunas integradas a la mínima expresión y por un tiempo muy reducido si tenemos presente que se vincula con la extinción de la prestación económica por cese de actividad y que se trata de una prestación muy reciente[30]. Esto es, para la misma no empezó a haber personas beneficiarias hasta el 2012 y donde el número ha sido casi simbólico al caracterizarse por ser restrictiva[31]. Asimismo, recordemos que al exigir haber percibido la prestación por cese de actividad genera otra discrepancia más con respecto al RGSS en el que la causa del periodo no cotizado resulta indiferente.

Conviene precisar que una cosa es la integración de lagunas de cotización y otra la doctrina del paréntesis. En esta última, a fin de constatar la existencia del denominado "periodo de carencia específica" para acceder a la pensión de jubilación [art. 205.1 b) TRLGSS] "en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar".

Así, habría que diferenciar la doctrina del paréntesis al ser una regla de flexibilización del requisito de carencia como condición de acceso al derecho a pensión de jubilación, del procedimiento de integración de lagunas, pues se aplica computando cantidades ficticias para calcular la pensión de jubilación cuando hay periodos en los que no ha habido cotización efectiva. Por ello, podemos considerar que la integración de las lagunas son los mecanismos solidarios que dulcifican esa relación

[30] Maldonado Molina, J. A.: "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 475, 2023, p. 53.

[31] Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, que entró en vigor el 6 de noviembre de 2010.

entre cotizaciones y prestaciones los que permiten preservar la esencia del sistema público de Seguridad Social[32].

En definitiva, consideramos que la nueva legislación ha sido incoherente respecto a la integración de las lagunas de las personas trabajadoras por cuenta propia. De tal forma que sigue persistiendo una manifestación más del largo camino que aún queda por recorrer en la tendencia a la unidad del sistema de Seguridad Social y a la homogeneización de los regímenes especiales respecto al régimen general (art. 10.4 y 5 TRLGSS). Indudablemente aún continúa siendo una asignatura pendiente en nuestro Derecho de la Seguridad Social, sin que haya llegado a los términos esperados, siendo necesaria una nueva reforma más protectora y de equidad entre el RGSS y el RETA[33].

4.1. Las trabajadoras autónomas y la integración de lagunas más allá del RETA

Emerge aquí, poderosa, pues, como se ha advertido por la doctrina científica[34], una regla que sí tiene vocación sistémica y que ha sido señalada a lo largo de este trabajo de investigación, como es la perspectiva de género. Sorprende que, pese a lo asumido acerca de la brecha de género pensional en el RDL 2/2023, ha sido "ignorada" por la propia reforma la perspectiva de género de las mujeres trabajadoras por cuenta propia, siendo un colectivo en el que conocemos las palpables dificultades y que hacen cuestionar el principio constitucional de suficiencia protectora (ex art. 41 de la CE). Esto es, con indiferencia del género, el 84% de las personas afiliadas al RETA cotizan por la base mínima, lo que incide negativamente en la pensión que perciben cuando se jubilan[35], siendo diferenciadas las cuantías de pensión media de jubilación del régimen general (1.494 euros al mes) frente a la del régimen autónomos (854 euros al mes). Esta cuestión se torna aún más perjudicial cuando entramos a valorar la pensión media de jubilación en el RETA de las mujeres, pues el 70% de las mujeres autónomas tienen ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional, donde 1 de cada 3 personas autónomas son mujeres. Resulta evidente el carácter discriminatorio por razón de género de la misma cuando el vacío de cotización pueda deberse al ejercicio del derecho para el trabajo de cuidado familiar, siendo predominante en las mujeres.

Esta cuestión ha sido evidenciada por el Juzgado de lo Social número 1 de Granada, 434/2022, de 13 de octubre. En esta sentencia una mujer que trabajó para la empresa Centros Familiares de Enseñanza afiliada al RGSS hasta el 24 de junio de 1988, solicitó la pensión de jubilación. Esta le fue aprobada por resolución del INSS, con una determinada base reguladora y un porcentaje del entorno del 82% por 28 años y 14 días cotizados. La trabajadora estima que, de aplicarse el procedimiento de la integración de lagunas, su base reguladora debería de ser mayor, presentando para su reconocimiento la reclamación previa, no obstante, esta fue desestimada por el INSS. Para la entidad gestora la ley no prevé integrar las lagunas de cotización existentes en un largo periodo durante el que no estuvo inscrita como demandante de empleo, además, se destaca que, con posterioridad, el alta de la trabajadora lo fue en el RETA, concretamente, a 1 de marzo de 2004.

De este modo, la carrera de seguro de la trabajadora se divide en dos periodos. El primero, superior a 10 años, estuvo en alta en el RGSS. Otro, mucho más extenso, 17 años, en el RETA. En medio de ambos periodos se constata una larga interrupción en la que quedó extramuros del mercado de trabajo por su decisión de cuidar de sus tres hijos, en aquella época de corta edad, hasta que fuesen suficientemente mayores (19 años de edad). La entidad gestora hace una aplicación estricta de los

[32] Suárez Corujo, B.: "Integración de lagunas de trabajadora inmigrante. A propósito de la STSJ-Madrid de 3 de febrero de 2014", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, pp. 222.

[33] Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I. M.: "Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema público de pensiones de la sostenibilidad financiera a la social", p. 27.

[34] Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: Una reinvención sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género, *óp. cit.*

[35] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 78.

referidos artículos 209 y 318 TRLGSS, descartando aplicar el régimen de favor de la Circular 4/2003 de 8 de septiembre por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y de prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia (Circular 4/2003), porque no existiría situación de alta o asimilada, ante la ausencia de inscripción como demandante de empleo, evidenciando falta de voluntad laboriosa.

En síntesis, los razonamientos para el sostenimiento del fallo por el Juzgado parte del enjuiciamiento desde una perspectiva de género. A su entender, siempre existió un "*animus laborandi*" por parte de la mujer, quien cuenta con una dilata carrera profesional y que se integró de nuevo a la vida laboral activa en cuanto sus hijos alcanzaron la edad suficiente como para no depender de ella. En consecuencia, debe aplicarse, no como opción hermenéutica para la decisión jurisdiccional, sino como pauta valorativa obligada, el canon de género exigido por los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Dado que, el tiempo en que la demandante se separó del mercado laboral coincidiese con el periodo de minoría de edad de sus hijos guarda relación con su condición de mujer. Por ello, se considera razonable equiparar, en este caso, la situación a la inscripción como demandante de empleo a efectos de poder apreciar el periodo controvertido como situación asimilada al alta. De hecho, en otro caso, se incurriría en una discriminación indirecta por razón de género contra las mujeres trabajadoras autónomas.

En este sentido, un criterio objetivo aparentemente neutro desde el plano del género (la inscripción como demandante de empleo) deviene desproporcionadamente nocivo o perjudicial para un colectivo, las mujeres, si se valora conforme a la situación real del reparto de roles acerca del cuidado de la familia. La prueba estadística usada en la sentencia es contundente[36]: las personas inactivas que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes eran 839.400 en 2006, de las cuales 24.700 eran hombres y 814.700 mujeres. En 2021 el número total era de 592.400, de las cuales 39.700 eran hombres y 552.700 mujeres. De modo que la sentencia constata una tendencia al alza de los hombres que no buscan trabajo por la atención de menores o dependientes, pero la califica -con razón- de pequeña, sin que altere sustancialmente el desequilibrio de género en este reparto -sexista- de los roles o trabajos de cuidar. A este respecto, no se precisa mucha justificación para evidenciar la enorme trascendencia teórica y práctica de esta doctrina judicial.

En efecto, se vio cómo la trabajadora acredita una larga carrera profesional de seguro. De hecho, es una situación a tener muy en cuenta, para diferenciar las soluciones negativas dadas en asuntos análogos, en lo que los periodos de interrupción por el trabajo de cuidar eran muy superiores a los periodos de cotización, lo que aquí no sucede, pese al largo periodo de interrupción del trabajo productivo en favor del reproductivo. En cualquier caso, esa carrera profesional aparece dividida en dos periodos, donde estuvo en encuadramientos diversos, del RGSS uno, del RETA, el otro. Al respecto, como ya se indicó, la doctrina jurisprudencial es muy clara al establecer que el beneficio de la integración de lagunas debe aplicarse según el régimen de Seguridad Social en el que se cause la pensión demandada (jubilación o incapacidad permanente)[37]. Precisamente es esto lo que sucede en el supuesto aquí analizado. En todo caso, como también se advirtió, debe criticarse que, pese a lo consolidado de esta doctrina jurisprudencial, todavía haya criterios interpretativos del INSS que, pese a sus efectos prácticos relativamente limitados, se obstinen en seguir una praxis de signo restrictivo-excluyente. Por fortuna, estos persistentes criterios denegatorios del INSS son, por lo general, corregidos por los tribunales, lo que ha de valorarse positivamente, aunque en más de una ocasión estas situaciones coinciden en personas con bases reguladoras tan reducidas que la integración de lagunas de cotización es neutralizada por la conocida técnica del complemento de mínimos, que absorbe el efecto perjudicial derivado de la inaplicación de la integración de lagunas.

[36] La propia sentencia reseña que la doctrina del TJUE permite el empleo de datos estadísticos para demostrar la existencia de supuestos de discriminación indirecta, no obstante, siempre que no se trate de fenómenos fortuitos o coyunturales.

[37] STS, 444/2022, 17 de mayo.

En este contexto, el órgano judicial social hace una interpretación integradora a fin de incluir en su contenido el beneficio de la integración de lagunas de cotización por imperativo del art. 4 de la LOI, así como del art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)[38]. Esta nueva -pero no disruptiva jurídicamente, sino esperable- manifestación de la perspectiva de género lleva más que a una interpretación flexible, a una lectura correctora, de las normas reguladoras, reescribiendo su sentido en aras de la igualdad de resultados entre mujeres y hombres. De este modo, la doctrina judicial equipara a las situaciones asimiladas al alta por inscripción como demandante de empleo las de ausencia de tal inscripción en periodos dedicados al trabajo de cuidar. En estos casos, el trabajo reproductivo (trabajo de cuidar), que desplaza al trabajo productivo temporalmente, halla el mismo tratamiento normativo, a los efectos de aplicar la integración de lagunas, que el trabajo productivo o asimilado (la búsqueda activa de empleo). Estamos, pues, ante una clara exigencia del denominado principio de diligencia debida en materia de igualdad de género en pensiones, en virtud del cual, la interpretación judicial está obligada a eliminar toda situación normativa que pueda actuar como obstáculo o perjuicio para el colectivo de mujeres, no tanto por su condición biológica de mujer sino por el género, esto es, por la construcción sociocultural sexista creada en torno a aquélla, en especial a la hora del reparto del trabajo de cuidar.

En suma, volviendo a la cuestión nodal en este epígrafe como es la integración de lagunas para el colectivo de personas autónomas, es evidente que el programa de reformas del Sistema de Seguridad Social en clave de género y que auspicia la Recomendaciones 4ª y 17ª del Pacto de Toledo, exige una corrección profunda del estado legislativo actual, más allá incluso de aquellos regímenes en los que la sobrerrepresentación de las mujeres es manifiesta. Precisamente, el asunto jurisdiccional aquí comentado, para el ámbito de la mujer trabajadora autónoma, así lo evidencia, una vez más, a golpe de sentencia, con las deficiencias en términos de inseguridad jurídica y de norma del caso concreto derivadas, cuando es manifiesto que estamos ante cuestiones urgidas de una reforma legal sistémica. Por lo tanto, la reforma operada mediante el RDL 2/2023 sobre un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones ha perdido una gran oportunidad para avanzar sobre la no discriminación sobre el mecanismo de la integración de las lagunas del RETA con el RGSS, así como para introducir la perspectiva de género sobre esta cuestión, obviando una protección suficiente y adecuada para este colectivo.

5. CONCLUSIONES

Como se ha expuesto a lo largo del presente estudio, la brecha pensional de género es un hecho consolidado y de larga tradición, siendo visibles los perjuicios que las mujeres han venido sufriendo presentando desventajas para trabajar, cotizar y generar por ellas mismas pensiones adecuadas y suficientes[39]. En efecto, inciden, por un lado, factores relacionados con la vida activa de las mujeres que se despliegan previamente en el mercado laboral, por otro lado, la propia configuración del sistema público de pensiones que continúa primando las carreras de cotización más largas a la hora de reconocer el derecho a las prestaciones y de determinar la cuantía de las mismas. Consecuentemente, en los últimos años han sido varias las medidas adoptadas por el legislador con el objetivo de compensar los efectos perjudiciales sobre la desigualdad que viven las mujeres en nuestro mercado de trabajo. Si bien es cierto que, para poder avanzar sobre esta cuestión, resultó necesario la reforma acerca de la sostenibilidad de nuestro sistema público de pensiones desde un enfoque integral y de género, tal y como apuntaba la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo.

De manera que, se constatan nuevas luces que ha tenido la transcendental reforma realizada a través del RDL 2/2023, en general y del procedimiento de integración de lagunas de cotización

[38] González Cobaleda, E.: "Integración de lagunas en clave de género: ¿más allá de las pensiones del RETA?: A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 472, 2022, p. 216.

[39] Ballester Pastor, I..: "Mujeres y pensiones: La brecha de género de las pensiones contributivas", *óp. cit.,* p. 956.

para el cálculo de las pensiones de jubilación de las mujeres trabajadoras, en particular. Todo ello, nos ha llevado a valorar que, en su conjunto, dichas medidas han sido positivas para impulsar una contribución de la reducción de la brecha de género de las pensiones y, por ende, a la garantía de una protección suficiente y adecuada para las mujeres. A este respecto, se han provocado un giro estratégico de envergadura para las trabajadoras por cuenta ajena. . En cualquier caso, no se comparte la demora en su puesta en práctica, a partir del año 2026, siendo un aspecto que no llegamos a comprender la finalidad de la misma. Ahora bien, aún persisten sombras en este ámbito, concretamente, sobre las mujeres trabajadoras por cuenta propia y que consideramos que nos acompañarán, sin duda, a perpetuar discriminaciones por razón de género sobre esta cuestión.

Precisamente, sea en el ámbito particular de la integración de lagunas de cotización, más particular, sea en el del sistema de seguridad social, más general o sistémico, parece claro que la perspectiva de género en el sistema de pensiones merece mucho más que esta comprensión "a mayor abundamiento" o de una suerte de "justicia de ocasión". En lo que tiene que ver más directamente con la integración de lagunas, las persistentes limitaciones y restricciones de ciertos colectivos de personas pensionistas del mecanismo de la integración de lagunas de cotización, como es el caso de las personas trabajadoras por cuenta propia, carece de toda justificación, en sí, pero más aún si se tiene en cuenta la debida perspectiva de género. Por lo que debe tenerse como una discriminación, poniéndose en tela de juicio de nuevo la vulneración del art. 14 CE y no ya solo como una laguna jurídica, de manera que es necesaria de reforma urgente. Situaciones que, como se ha visto, inciden de modo prevalente en las mujeres. Por lo tanto, al margen de la introducción de otros factores correctores, aun debemos de esperar a resolver de una forma más adecuada este deficiente y contradictoria regulación de la técnica de integración de lagunas de cotización para las personas trabajadoras por cuenta propia, generando aun situaciones de desprotección social, siendo vital reconocerse ampliamente para todo el sistema, no solo para el RGSS. Al mismo tiempo, es evidente que, a pesar de avance a través del RDL 2/2023, se continua con la necesidad de nuevos requerimientos y una revisión profunda de nuestro Sistema de Seguridad Social en clave de género, con una visión mucho más coherente y sistémica de lo que hasta ahora se ha hecho, pues entendemos que la nueva perspectiva sobre el colectivo de mujeres trabajadoras por cuenta propia, siendo las grandes ausentes, serán más generadores de conflictos, y agravaciones del problema, que eficaces, así como eficientes, para la solución del problema.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alaminos, E.: "La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española", *Panorama social,* núm. 27, 2018 pp. 119-135.

Ballester Pastor, I..: "Mujeres y pensiones: La brecha de género de las pensiones contributivas", VV.AA.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 955-990.

Fernández Domínguez, J.J.: "Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC\2014\151)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, pp. 107-128.

González Cobaleda, E.: "Integración de lagunas en clave de género: ¿más allá de las pensiones del RETA?: A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 472, 2022, pp. 206-216.

Grau Pineda, M. C.: "La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* núm. 73, 2021.

INSTITUTO DE LAS MUJERES: *Principales indicadores estadísticos igualdad,* Madrid, Ministerio de Igualdad, 2023. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Informes.htm

INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO (EIGE).: *Gender Equality Index 2023. Towards a green transition in transport and energy.* Oficina de la Unión Europea, 2023.

Maldonado Molina, J. A.: "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 475, 2023, pp. 9-42.

Maldonado Molina, J. A.: "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 475, 2023, pp. 9-42.

Martínez González, M.ª. D.: "Reforma del Pacto de Toledo 2020. Pensiones e integración de lagunas de cotización. Análisis de la desprotección social del trabajador autónomo", VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales*: *Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 2022, pp. 627-638.

Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinvención sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género,* Albacete, Bomarzo, 2023.

Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I. M.: "Paz social y nuevo paradigma de reformas del sistema público de pensiones de la sostenibilidad financiera a la social", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 15, 2023, pp. 13-30

Molina Navarrete, C.: "Brechas de género y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección", *iQual. Revista de Género e Igualdad,* núm. 3, 2020, pp. 1–26.

Monereo Pérez, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación*, Barcelona, Atelier, 2022.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada. En busca de un futuro mejor*, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra (Suiza), 2022.

Pérez Del Río, M. T.: "La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la protección de la maternidad: perspectiva de futuro", *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, núm. *7*, 2006, pp. 221-240.

Ruiz Santamaría, J.L. *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación: un estudio desde una perspectiva holística y comparada,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.

Ruiz Santamaría, J.L.: "Principales desafíos ante la discriminación por razón de género y su impacto en el sistema de pensiones español"*,* VV.AA.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 1265-1288.

Suárez Corujo, B.: "Integración de lagunas de trabajadora inmigrante. A propósito de la STSJ-Madrid de 3 de febrero de 2014", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, pp. 221-229.

Velasco Fernández, D.: "Un análisis sobre la funcionalidad del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 274-291.

Villar Cañada, I. M.: "La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda –una vez más– la dimensión de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 468, 2022, pp. 97-128.

Villar Cañada, I. M.: "La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 477, 2023.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Ampliación del concepto de Accidente de Trabajo en Clases Pasivas: el accidente *in itinere* como consecuencia del servicio. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2023, rec. 2265/2021

Expansion of the concept of Work Accidents in Passive Classes: the accident *in itinere* as a consequence of the service. Commentary on the Ruling of the National Court of 27 February 2023, rec. 2265/2021

Henar Álvarez Cuesta *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0003-0957-1515

Cita Sugerida: ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Ampliación del concepto de Accidente de Trabajo en Clases Pasivas: el accidente *in itinere* como consecuencia del servicio. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2023, rec. 2265/2021». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 111-118.

Resumen

La sentencia comentada de la Audiencia Nacional, orden contencioso-administrativo, califica el accidente de tráfico sufrido por una persona funcionaria al volver de su trabajo hacia su casa. Tradicionalmente considerado fuera de la acepción de acto de servicio o con secuencia del mismo, el pronunciamiento judicial aplica la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo que comprende como profesional los accidentes *in itinere* para los incluidos dentro de Clases Pasivas.

Palabras clave

contingencia profesional; accidente *in itinere*; acto de servicio; clases pasivas

Abstract

The commented sentence of the National Court, contentious-administrative order, qualifies the traffic accident suffered by a civil servant when returning from work to his home. Traditionally considered outside the meaning of an act of service or with a sequence thereof, the judicial pronouncement applies the new jurisprudence of the Supreme Court that considers as professional the *in itinere* accidents for those included within Passive Classes.

Keywords

professional contingency; accident *in itinere*; act of service; passive classes

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia comentada aborda la calificación de una contingencia de una persona incluida en uno de los Regímenes Especiales aún existentes dentro del Sistema de Seguridad Social español, habida cuenta, "frente al modelo ideal y abstracto de una Seguridad Social para todos, e igual para todos, característico de la concepción ideal del seguro total, la evolución real de nuestro Sistema de protección social ha discurrido por otros caminos más complejos y menos igualitaristas"[1], si bien cabe advertir cómo en las últimas décadas se han dado pasos hacia la simplificación de los Regímenes, ésta sigue siendo una "constante aspiración" y una "permanente demanda" recogida con asiduidad no sólo en todos los análisis, sino también en los programas parlamentarios, sociales o concertados, y

[1] Montoya Melgar, A.: "La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones", *Revista de Política Social*, núm. 98, 1973, p. 23.

Fecha Recepción: 10/7/2023 - Fecha Revisión: 12/7/2023 - Fecha Aceptación: 10/10/2023
Pags. 111-118

legislativos[2], sugiriéndose a medio plazo la implantación de una nueva y distinta arquitectura mediante la reordenación en dos: el General y el de Autónomos, cuyos respectivos ámbitos de cobertura habrían de recoger las oportunas particularidades de los colectivos a ellos incorporados a fin de encontrar acomodo en la realidad social[3].

Precisamente, la sentencia analizada tiene su causa última en una de las instituciones dotada de una ordenación más peculiar en el marco de la protección funcionarial, como son las pensiones extraordinarias. En efecto, cuando el suceso o proceso patológico haya ocurrido en acto de servicio o como consecuencia del mismo recibe un trato privilegiado en comparación con las pensiones ordinarias[4], de conformidad con lo previsto en el art. 19 RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado: "Las pensiones reguladas en este texto serán ordinarias o extraordinarias, según que su hecho causante se produzca en circunstancias ordinarias o por razón de lesión, muerte o desaparición producida en acto de servicio o como consecuencia del mismo y de acuerdo con las disposiciones de este texto". Y el art. 49 eleva por este motivo la cuantía de la pensión extraordinaria: "el haber regulador o los haberes reguladores que correspondan se tomarán al 200 por 100".

La redacción del precepto semeja la configuración de las pensiones extraordinarias con las contingencias profesionales contenida en los arts. 156 y ss. LGSS, sin embargo, los Tribunales contencioso-administrativos no realizaban tal equiparación, en particular por cuanto hace a los eventos asimilados al accidente de trabajo como el accidente *in itinere*.

2. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

La sentencia comentada conoce del recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del TEAC, que a su vez resolvió la reclamación económico-administrativa frente a la Resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, que acordaba denegar el reconocimiento de la pensión extraordinaria de jubilación por incapacidad por considerar que el accidente de tráfico sufrido por la persona funcionaria al volver a casa desde su trabajo "no goza de la consideración de accidente producido en acto de servicio o como consecuencia directa del mismo".

No se discute la valoración de las secuelas de dicho accidente, consistentes en "esguince cervical grado II. Contusión lumbar. Contusión hombro izquierdo", consideradas por el Equipo de Valoraciones de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS de León, en su dictamen de 26 de septiembre de 2014, como tributarias de jubilación por incapacidad psicofísica, habida cuenta la persona solicitante estaba totalmente imposibilitada para desempeñar las funciones propias de su cuerpo (correos y telégrafos). La cuestión a dilucidar, por tanto, no radica en la valoración de las secuelas sino en la calificación de las causas determinantes y circunstancias que concurrieron en su jubilación por incapacidad permanente.

3. NORMATIVA APLICABLE AL SUPUESTO DE HECHO

El art. 47.2 del RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado dispone que "dará origen a pensión extraordinaria de jubilación o retiro la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad…, siempre que la misma se

[2] Rodríguez Escanciano, S.: "Las necesaria reestructuración y simplificación de los regímenes especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del sistema de protección social", *Tribuna Social*, núm. 131, 2001, p. 38.

[3] Valdés Dal-Ré, F.: "Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1995, p. 4.

[4] Fernández Fernández, R.: "Capítulo IV.- Racionalización y simplificación de los regímenes especiales de los funcionarios públicos. Clases Pasivas del Estado. El principio del fin o la crónica de una desaparición anunciada", en AA.VV.: *Regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 279.

produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, esta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado". Cierto es que este apartado fue modificado por la disposición final 1.10 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que más tarde es declarado inconstitucional y nulo dicho cambio por la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2021, de 13 de mayo, si bien el Tribunal salvó transitoriamente los derechos de las personas beneficiarias de Clases Pasivas al diferirla hasta el 1 de enero de 2022, "a fin de que antes de que expire ese plazo se pueda proceder a sustituir la regulación declarada inconstitucional y nula (por incumplimiento del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE) por la regulación legal pertinente"[5].

La actual redacción fue dada por la disposición final 2.10 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, pero, pese a los vaivenes expuestos, y por cuanto aquí importa, no se ha modificado el concepto de contingencia merecedora de pensión extraordinaria[6].

También resulta de interés el art. 59 del RD 375/2003, de 28 de marzo, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, que reitera el concepto de accidente en acto de servicio en el primer apartado, pero remite en el segundo para su determinación "a lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social acerca del concepto de accidente de trabajo, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público".

La Orden APU/3554/2005, de 7 de noviembre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio en el ámbito del mutualismo administrativo gestionado por MUFACE, aplica el mismo concepto en su artículo 1 d) y se remite al Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

Por su parte, la Orden JUS/1052/2022, de 31 de octubre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, en el ámbito del mutualismo administrativo gestionado por la Mutualidad General Judicial, vuelve a considerar accidente en acto de servicio: el que se produzca con ocasión o como consecuencia de él, de acuerdo con lo especificado en el apartado 2 del artículo 57 del Reglamento del Mutualismo Judicial aprobado por RD 1026/2011, el cual, por su parte, reitera lo previsto para el Mutualismo Administrativo[7].

4. DOCTRINA JUDICIAL CONSOLIDADA SOBRE EL ACCIDENTE *IN ITINERE*

A la hora de valorar la normativa anterior para saber si quien sufría un accidente de tráfico tenía derecho a una pensión extraordinaria, las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional venían reiterando que por accidente no había "que entender sólo la acción súbita o violenta de un agente exterior, sino también determinadas enfermedades cuando se dan mediante manifestación ostensible, en cuanto exista en su producción una relación de causalidad". Y que, además de acaecer por accidente o enfermedad, se requiere que éstos se produzcan en "acto de servicio o como consecuencia del mismo, introduciendo de este modo la norma un requisito objetivo y alternativo, cual es que el mismo suceda inopinadamente según el previsible y normal curso de los actos específicos propios de una profesión (accidente); o que el hecho dañoso sea debido a un concreto

[5] STCo 111/2021, de 13 de mayo.

[6] Tal es la consideración realizada también por las SSTS, contencioso-administrativo, de 24 de junio de 2021 (rec. 8335/2019) y de 16 de marzo de 2022 (rec. 3158/2020).

[7] "En todo caso, para la determinación de los supuestos de accidentes en acto de servicio se estará a lo dispuesto en la regulación que, en materia de accidentes de trabajo, contempla el Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público", art. 57.2.

riesgo característico y dominante que por sí y nada más que por ejercer aquella actividad, su práctica está abocada a sufrir el daño (consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado)"[8].

Los Tribunales exigían que la persona "se inutilice en acto de servicio, o con ocasión y consecuencia del mismo, y que el evento determinante del hecho sea accidente o riesgo específico del cargo, no en su entorno o por el mero desempeño"[9]. En ambos supuestos será necesario acreditar una "conexión precisa y directa"[10] entre el resultado negativo para la salud o la vida y el trabajo o servicio prestado por el funcionario, es decir, que "la lesión debe haberse producido con motivo o como consecuencia del mismo, precisándose, por lo demás, que la relación de causalidad entre ambos sea próxima e inmediata"[11].

De conformidad con dicha interpretación, es posible detectar una progresiva aproximación entre los conceptos de "acto de servicio" y accidente de trabajo, primero mediante la vía indirecta de la jurisprudencia, en tanto los Tribunales del orden contencioso-administrativo han hecho suyos buena parte de los conceptos y principios construidos en la jurisdicción laboral[12], y, en segundo lugar, a través de su recepción positiva en la legislación sobre Clases Pasivas.

Sin embargo, hay determinados aspectos en los cuales la "evolución del Régimen de Clases Pasivas no se ha producido, en este punto, con la misma velocidad que la del Régimen General"[13], de forma tal que las resoluciones de los Tribunales contencioso-administrativos constriñen el alcance de determinadas presunciones, si comparada con la interpretación de la jurisdicción social; así sucede con la valoración de los accidentes sufridos al ir o al volver del lugar de trabajo[14].

Los Tribunales han justificado dicha diferencia en la ausencia de una previsión similar en la ordenación de Clases Pasivas a la recogida en el art. 156.2.a) LGSS, de manera que los accidentes acaecidos al ir o volver del lugar de trabajo no pueden dar lugar a una pensión extraordinaria al romperse el nexo causal locativo y temporal directamente ligado al acto de servicio. No consideraban que esta interpretación supusiera la total desprotección del beneficiario, habida cuenta de que se trata de sucesos comunes capaces de lucrar un auxilio de naturaleza ordinaria[15]. En consecuencia, "la doctrina sobre accidentes o enfermedades laborables [propia del Régimen General] incluida la consideración del accidente *in itinere*, es inaplicable en el campo funcionarial"[16]. La hermeneusis descrita ha sido declarada perfectamente constitucional por no causar discriminación alguna, al tratarse de normativas diferentes, resultarle de aplicación legislación diversa y quedar incardinados sus litigios en órdenes jurisdiccionales diferentes[17].

---

[8] SSAN, contencioso-administrativo, de 2 y 30 de noviembre y de 14 de diciembre de 2009 (rec. 333/2008, rec. 41/2008 y rec. 63/2008) o de 8, 15 y 22 de febrero y de 1 de marzo de 2010 (rec. 698/2007, rec. 220/2008, rec. 593/2008 y rec. 478/2008).

[9] SAN, contencioso-administrativo, de 21 de noviembre de 2005 (rec. 712/2003).

[10] SAN, contencioso-administrativo, de 7 mayo 1999 (rec. 1423/1997).

[11] SAN, contencioso-administrativo, de 21 de diciembre de 2009 (rec. 38/2008).

[12] SSAN, contencioso-administrativo, de 18 de septiembre de 2009 (rec. 377/2007) y de 22 de febrero de 2010 (rec. 593/2008).

[13] Rodríguez Cardo, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 210.

[14] Fernández Fernández, R.: "Capítulo IV.- Racionalización y simplificación de los regímenes especiales de los funcionarios públicos. Clases Pasivas del Estado. El principio del fin o la crónica de una desaparición anunciada", en AA.VV.: *Regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 262.

[15] STS, contencioso-administrativo, de 29 de septiembre de 2003 (rec. 597/1998) y SAN, contencioso-administrativo, de 21 de diciembre de 2009 (rec. 38/2008).

[16] SAN, contencioso-administrativo, de 9 de junio de 2004 (rec. 349/2003); en términos similares, SAN, contencioso-administrativo, de 13 de junio de 2005 (rec. 536/2003).

[17] SSAN, contencioso-administrativo, de 11 de noviembre de 2002 (rec. 495/2001) y de 21 de noviembre de 2005 (rec. 712/2003). Entiende el Tribunal que no supone "discriminación o vulneración del principio constitucional de igualdad, pues como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de junio de 1987 existe una

En resumen, dicha argumentación parecía dejar fuera del ámbito protector de las pensiones extraordinarias a aquellas causadas por un accidente *in itinere*, pues el accidente no tuvo lugar con ocasión de la prestación del servicio, sino no habiéndose iniciado o una vez finalizada su jornada laboral y no estaba desempeñando sus funciones, apreciándose la ausencia de una relación directa causa-efecto entre el accidente sufrido y la prestación del servicio.

5. RESOLUCIÓN DEL CASO

La sentencia comentada de la Audiencia Nacional se remite para resolver la cuestión a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo comentada, estima el recurso presentado, anula la resolución impugnada y reconoce el derecho a la pensión extraordinaria de jubilación por incapacidad permanente, aun cuando no impone costas por la reciente variación en la doctrina judicial en torno a esta contingencia.

En efecto, la cuestión de interés casacional que determinó la admisión del recurso analizado ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en sentencias precedentes: STS de 21 de junio de 2021 (recurso de casación n.º 7791/2019) y de 24 de junio de 2021 (recurso de casación nº. 5335/2019) a cuyos fundamentos jurídicos conviene atender.

De conformidad con la reciente jurisprudencia, la remisión que los reglamentos que desarrollan el RD-Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, hacen a la definición de accidente de trabajo contenida en la LGSS que incluye como evento asimilado a dicha contingencia profesional el accidente sufrido al ir o al volver del trabajo, acarrean como consecuencia idéntica consideración al sufrido por las personas incluidas en este Régimen Especial[18].

A la vista del concepto de accidente en acto de servicio que acogen las normas reglamentarias sobre Mutualismo Administrativo se refuerza la conclusión ya expuesta sobre interpretación flexible del concepto de hecho causante de la pensión extraordinaria. Teniendo en cuenta que se trata de desarrollar la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y que la LGSS viene admitiendo como accidente laboral el acaecido al acudir o regresar del lugar de trabajo, es lógico que así suceda en este otro sistema de protección social[19].

En el orden social, la reiterada y constante jurisprudencia exige, para calificar un accidente como *in itinere*, la simultánea concurrencia de las siguientes circunstancias[20]: "a) que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo (elemento teleológico); b) que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico); c) que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico); o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés

diferencia de trato legislativo, no arbitraria, al tratarse de dos regímenes jurídicos distintos, uno estatutario y otro laboral, donde no se dan los mismos derechos y deberes entre uno y otro personal, diferencia reflejada en el propio Texto Constitucional, cuando su art. 35.2 remite a los trabajadores al Estatuto de los Trabajadores y el art. 103.3 remite a los funcionarios al Estatuto de los Funcionarios. En consecuencia, si la distinción entre ambos Regímenes es una opción constitucional lícita del legislador, también lo será la diferencia en los elementos configuradores de los mismos, sin que pueda hablarse de arbitrariedad, por lo que carecen de virtualidad a los efectos pretendidos las alegaciones efectuadas respecto de la LGSS y las decisiones jurisprudenciales que le afectan", SAN, contencioso-administrativo, de 11 de noviembre de 2002 (rec. 360/2001).

[18] SSTS, contencioso-administrativo, de 24 de junio de 2021 (rec. 8335/2019); de 16 de marzo de 2022 (rec. 3158/2020); de 4 de mayo de 2022 (rec. 4831/2020) y de 11 de mayo de 2023 (rec. 627/2021).

[19] Sempere Navarro, A.V..: "El accidente *'in itinere'* como contingencia laboral para Clases Pasivas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021, p. 6.

[20] Por extenso en Martínez Barroso, Mª.R.: "Los accidentes de circulación como riesgo laboral: caracterización jurídica del accidente in itinere", *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, núm. 75, 2010, pp. 22 y ss.

particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; d) que el trayecto se realice con medio normal de transporte (elemento de inidoneidad del medio)"[21]. Y de aplicar las anteriores condiciones al ocurrido en la sentencia analizada, cabe comprobar su cumplimiento.

Como argumento de refuerzo considera el Tribunal Supremo que "no responde a criterios lógicos que, para la Administración, si lo sufre un funcionario público sujeto al Régimen de Clases Pasivas el accidente in itinere no sea como consecuencia del servicio, mientras que, si se trata de un empleado público, vinculado por una relación laboral, sí se entienda que ha sido como consecuencia del mismo. La diferencia en la prestación a percibir en la que se apoya el Abogado del Estado para justificar la distinta calificación o, si se quiere, para establecer si el accidente ha sido o no como consecuencia del servicio no justifica su posición. El extremo relevante no puede ser otro que el de la relación de ese accidente con el servicio y esta existirá o no con independencia de la cuantía de la pensión. En otras palabras, se ha decidir conforme a los términos y a los conceptos de que se sirve el legislador y para ello es útil, sin duda, la referencia ofrecida por la legislación de la Seguridad Social"[22].

"En consecuencia, la respuesta a la cuestión de interés casacional es que la incapacidad permanente para el servicio derivada de accidente de tráfico sufrido por un funcionario público al realizar el desplazamiento para ir o al volver del centro de trabajo puede considerarse como incapacidad producida como consecuencia del servicio a los efectos de la obtención de pensión extraordinaria regulada en el artículo 47.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 780/1987, de 30 de abril, en conjunción con el artículo 59 del RD 375/2003, de 28 de marzo"[23].

Siguen persistiendo, no obstante, las diferencias contenidas en el art. 59 del Reglamento referidas a las peculiaridades que resulten aplicables derivadas de la prestación de servicio público incluyendo entre las mismas las referidas a las funciones representativas que existen en el marco de la función pública y las que surgen del riesgo específico del cargo[24].

6. REFLEXIÓN FINAL

A la luz de la evolución sufrida tanto por la causa habilitante para percibir la pensión extraordinaria como la propia existencia de los Regímenes Especiales, no cabe duda que la expresión normativa debe ser más flexible y cobijar también en esa categoría la otra variante de accidentes surgidos con ocasión del servicio"[25].

Y de seguir el camino iniciado y pese a las diferencias entre normas e interpretaciones de las mismas llevadas a cabo por órdenes jurisdiccionales distintos, parecería razonable que el orden contencioso-administrativo tuviera que ampliar el concepto de accidente in itinere (una de las figuras con contornos más "imprecisos"[26]) de igual modo que el social ha evolucionado su jurisprudencia sobre el mismo.

[21] Por todas, STS 20 septiembre 2005 (rec. 4031/2004).

[22] SSTS, contencioso-administrativo, de 24 de junio de 2021 (rec. 8335/2019); de 16 de marzo de 2022 (rec. 3158/2020); de 4 de mayo de 2022 (rec. 4831/2020) y de 11 de mayo de 2023 (rec. 627/2021).

[23] STS, contencioso-administrativo, de 21 de junio de 2021 (rec. 7791/2019).

[24] Carrillo López, A.: "Accidente *in itinere* y acto de servicio en la ley de clases pasivas comentario a la STS (C-A)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 32, 2022, p. 116.

[25] Sempere Navarro, A.V..: "El accidente *'in itinere'* como contingencia laboral para Clases Pasivas", cit., p. 5.

[26] Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema español de Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 37.

Así, el propio Tribunal Supremo ha manifestado cómo no responde a una teoría rígida e inmutable, sino flexible y evolutiva[27], pues ha de moldearse sobre realidades en constante mutación[28]. Su evolución e igual sucede para las personas comprendidas dentro del Régimen de Clases Pasivas, ha de responder a los cambios en los hábitos y costumbres sociales; así, la enésima revolución tecnológica con aparición de nuevos y más sofisticados medios de locomoción, la aparición de nuevas formas de trabajo en las que la noción de lugar de prestación de servicios como sede física donde se prestan los servicios se relativiza en grado sumo, etc., son factores que obligan a revisar constantemente su concepto[29].

Por ejemplo, en lo que se refiere al concepto de domicilio, el Tribunal Supremo ha afirmado cómo "teniendo en cuenta la evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales, la noción de domicilio se amplía para incluir lugares de residencia o, incluso, de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador, y en este sentido considera como tal el producido en el trayecto hacia el centro de trabajo desde el domicilio de verano, si bien, en todo caso esta ampliación opera a partir de criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo"[30], si bien concluido o no iniciado el recorrido del trayecto se está fuera de la contingencia protegida[31].

Fruto de la adaptación a los cambios sociales, los Tribunales han calificado como accidente *in itinere* el que se produce al regresar el trabajador un domingo desde la residencia familiar en que pasaba el fin de semana al lugar en localidad distinta donde reside entre semana, por razón del trabajo, para incorporarse a la empresa al día siguiente (lunes)[32].

El traslado debe estar motivado única y exclusivamente por el trabajo[33], aun cuando se acepta el acaecido en circunstancias conexas o relacionadas, como ir a una cena de trabajo[34], ir a llevar a un compañero[35]; o realizar una compra en el supermercado[36].

El medio de desplazamiento utilizado debe ser idóneo, sin que suponga un grave e inminente peligro o un aumento innecesario de los riesgos, autorizado tácita o expresamente por la empresa, careciendo de validez las prohibiciones empresariales irrazonables, arbitrarias o injustificadas[37]. Así, se entiende incluido el sufrido en motocicleta[38], en coche[39] o en transporte público[40], como también las bicicletas o más recientemente, los patinetes eléctricos, *segway* o *hoverboard*[41].

Es de subrayar una línea judicial más flexible abandonando las limitaciones a la declaración de accidente de trabajo acaecido en el trayecto analizado cuando se trata de actos dolosos de un tercero extraño: así, por ejemplo, las lesiones causadas por peatones irascibles al trabajador que iba

[27] Por extenso, Monereo Pérez, J.L.: "Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la ocasionalidad relevante", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

[28] SSTS 28 diciembre 1962 y 25 noviembre 1965.

[29] STSJ Andalucía/Granada 12 noviembre 1996 (rec. 1697/1994).

[30] STS 16 octubre 1984.

[31] Si ya había terminado el viaje de regreso y ya en el garaje se lesionó al mirar el motor del coche el hecho no es accidente de trabajo; menos aún si vuelto a casa tras vestirse volvió al garaje (STS 23 marzo 1981).

[32] STS 26 diciembre 2013 (rec. 2315/2012).

[33] STSJ Castilla-La Mancha 15 diciembre 2005 (rec. 1180/2004).

[34] STS 21 mayo 1984.

[35] STS 14 febrero 2017 (rec. 838/2015).

[36] STS 17 abril 2018 (rec. 1777/2016).

[37] STS 22 septiembre 1987.

[38] STS 14 febrero 2011 (rec. 1420/2010).

[39] STS 14 febrero 2017 (rec. 838/2015).

[40] STS 17 abril 2018 (rec. 1777/2016).

[41] Declarando la idoneidad del patinete eléctrico como medio de desplazamiento, STSJ Cataluña 12 junio 2014 (rec. 264/2013). Hierro Hierro, F J.: "Accidente de trabajo "in itinere" y medio de transporte utilizado. STSJ Cataluña 12 de junio de 2014 (AS 2014, 1862)", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, pp. 351 y ss.

en motocicleta a su trabajo, o refriega *in itinere*, muerte causada al trabajador *in itinere* por atentado terrorista[42].

En el futuro no faltarán sentencias del orden contencioso-administrativo que han de valorar estas circunstancias para calificar la contingencia como merecedora de pensión extraordinaria.

7. BIBLIOGRAFÍA

Carrillo López, A.: "Accidente *in itinere* y acto de servicio en la ley de clases pasivas comentario a la STS (C-A)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 32, 2022.

Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F.J.: *La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema español de Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

Fernández Fernández, R.: "Capítulo IV.- Racionalización y simplificación de los regímenes especiales de los funcionarios públicos. Clases Pasivas del Estado. El principio del fin o la crónica de una desaparición anunciada", en AA.VV.: *Regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

Hierro Hierro, F J.: "Accidente de trabajo "in itinere" y medio de transporte utilizado. STSJ Cataluña 12 de junio de 2014 (AS 2014, 1862)", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015.

Martínez Barroso, Mª.R.: "Los accidentes de circulación como riesgo laboral: caracterización jurídica del accidente in itinere", *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, núm. 75, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la ocasionalidad relevante", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

Montoya Melgar, A.: "La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones", *Revista de Política Social*, núm. 98, 1973.

Rodríguez Cardo, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

Rodríguez Escanciano, S.: "Las necesaria reestructuración y simplificación de los regímenes especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del sistema de protección social", *Tribuna Social*, núm. 131, 2001.

Sempere Navarro, A.V..: "El accidente *'in itinere'* como contingencia laboral para Clases Pasivas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021.

Sempere Navarro, A.V..: "Los confines del accidente laboral mediando desplazamiento", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario, 2021.

Valdés Dal-Ré, F.: "Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1995.

[42] STS 3 mayo 1988.

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Al perceptor de pensión de jubilación anticipada no se le puede reconocer una pensión por incapacidad permanente total (Comentario de la STS 158/2023, de 22 de febrero)

An early retirement pension recipient cannot be awarded a pension for total permanent disability (STS Comment 158/2023, of 22 February)

Juan Miguel Díaz Rodríguez *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad La Laguna (Tenerife)*
https://orcid.org/0000-0001-8271-2471

Cita Sugerida: DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: «Al perceptor de pensión de jubilación anticipada no se le puede reconocer una pensión por incapacidad permanente total (Comentario de la STS 158/2023, de 22 de febrero)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 119-134.

Resumen

La ley establece que a la persona que tiene cumplida la edad ordinaria de jubilación y, además, reúne los requisitos para obtener por ello la correspondiente pensión, no se le puede conceder una pensión por incapacidad permanente en el mismo régimen de Seguridad Social. Sin embargo, dado que no existe una regla explícita de incompatibilidad entre ambas pensiones como tal reconocidas y que la ley alude de forma expresa a la edad ordinaria de jubilación, se ha suscitado la posibilidad de que el sujeto que disfruta de una pensión por jubilación anticipada obtenga, también, prestaciones por incapacidad permanente. Esto conecta con el requisito del alta, o situación asimilada, que es premisa mayor de la acción protectora de tipo contributivo, incluidas las pensiones por incapacidad permanente, siendo determinante el grado de incapacidad.

Palabras clave

Pensiones; jubilación anticipada; incapacidad permanente; requisito del alta; incompatibilidad

Abstract

The law establishes that a person who has reached the ordinary retirement age and, in addition, meets the requirements to obtain the corresponding pension, cannot be granted a pension for permanent disability under the same Social Security scheme. However, given that there is no explicit rule of incompatibility between both pensions as such and that the law expressly refers to the ordinary retirement age, the possibility has arisen that the subject who enjoys an early retirement pension may also obtain permanent disability benefits. This connects with the requirement of discharge, or assimilated situation, which is the major premise of the protective action of a contributory type, including pensions for permanent disability, the degree of disability being decisive.

Keywords

Pensions; early retirement; permanent disability; discharge requirement; incompatibility

1. DATOS ESENCIALES (FÁCTICOS Y JURÍDICOS) DEL LITIGIO ENTABLADO

El demandante ha accedido a la jubilación anticipada el 1 de marzo de 2018. Hasta el día antes ha estado cotizando (en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) al menos los treinta y cinco años que debía acreditar para obtener pensión por la mencionada jubilación anticipada. Sin embargo, unos meses más tarde solicita dicha persona el reconocimiento también de una pensión por incapacidad permanente, concretamente formuló la petición el 8 de agosto de 2018, recibiendo respuesta negativa del INSS debido a que la persona solicitante no se encuentra en situación de alta ni asimilada (resolución administrativa dictada el 17 de septiembre del mismo año). Esta es la esencia de una controversia jurídica que así se inició y que terminó llegando al Tribunal Supremo.

Fecha Recepción: 9/7/2023 - Fecha Revisión: 12/7/2023 - Fecha Aceptación: 10/10/2023
Pags. 119-134

El supuesto se enmarca, como acaba de señalarse, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo cual no implica particularidades de ningún tipo en la controversia generada. La acción protectora de la Seguridad Social en dicho régimen es, en materia de incapacidad temporal e incapacidad permanente, esencialmente igual a la dispuesta para los trabajadores asalariados y similares en el régimen general de la Seguridad Social, con algunas particularidades[1], vistos los artículos 305 y ss. de la Ley General de Seguridad Social (texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre[2], en adelante LGSS) y los 36 y ss. del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos[3].

La situación material de incapacidad permanente en que se encuentra el demandante no es discutida. Según se refleja en el informe médico fechado a 11 de septiembre de 2018 (reproducido con una amplitud desmedida en la sentencia que va a ser comentada), el trabajador (que hasta la jubilación anticipada ha sido maquinista minero y ayudante de perforista) está afectado por diversos problemas cardiacos como patología principal, acompañado esto de otras dolencias de tipo traumatológico.

1.1. Esencia del pleito y primer acercamiento al artículo 195 LGSS

Este sorprendente supuesto (persona que ya está jubilada y que desea añadir una pensión por incapacidad permanente) viene propiciado por el artículo 195 LGSS, que conviene ya ir citando sin perjuicio del análisis pormenorizado que del mismo se realizará en el siguiente epígrafe. Efectivamente, la mentada norma contiene una regla general harto conocida en materia de pensiones, regla cuya formulación expresa conduce a un inicial problema interpretativo. El citado artículo (será transcrito luego) no plasma una incompatibilidad entre prestaciones, tal que no se pueda ser sujeto beneficiario de las pensiones de incapacidad permanente (por contingencias comunes) y de jubilación en cualquier modalidad, sino que establece (art. 195.1) que si se tiene cumplida la edad ordinaria de jubilación (la edad prevista en el artículo 205.1.a, se alude expresamente) y se reúnen los requisitos para conseguir dicha pensión, no se reconocerá una pensión por incapacidad permanente (en contingencias comunes). En otras palabras, viene a "sugerirse" que, mediando contingencias comunes, se solicite no la pensión por incapacidad permanente sino la de jubilación (si la edad de la persona así lo permite y si se cumplen los requisitos para ello), es decir, "se encauza al sujeto protegido por el camino de la jubilación si acredita los requisitos, aunque también reuniera los de la incapacidad permanente"[4].

Evidentemente, las prestaciones económicas por incapacidad permanente y por jubilación son bien distintas, porque la situación protegida responde a circunstancias bien diferenciadas, por más que la ciudadanía pueda tener la idea de que en ambos casos existe un "retiro", o expresión similar, utilizándose a veces de forma impropia la expresión "jubilación por incapacidad" para referirse a quien es "retirado del mercado de trabajo" ("jubilado") por razones de incapacidad permanente. Quizás la confusión pueda venir precisamente propiciada por la propia legislación que, en el ámbito de las clases pasivas del Estado, se refiere a la "jubilación por incapacidad"[5]. En todo caso, huelga decir que el hecho causante de la incapacidad permanente es uno y el de la jubilación es otro.

Por otra parte (continuando con lo comentado sobre "sugerencia" de solicitar la pensión de jubilación en lugar de la de incapacidad permanente), la ley sí confirma una suerte de regla general de

[1] Como recuerda Poquet Catalá, R.: *Derecho de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Murcia, Laborum, 2023, pp. 169 y 190.

[2] BOE de 31 de octubre de 2015 (núm. 261).

[3] BOE de 15 de septiembre de 1970 (núm. 221).

[4] Fernández Orrico, F.J.: en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 396.

[5] En efecto, según lo ordenado en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE núm. 126, de 27 de mayo).

incompatibilidad (aunque no refiriéndose a ella como tal) con lo dispuesto en el artículo 200.4 LGSS: la pensión por incapacidad permanente que en un momento dado esté disfrutándose pasa a denominarse pensión de jubilación de forma automática cuando el sujeto beneficiario cumple la edad de 67 años (no puede sumarse la pensión de jubilación a la que ya se venga percibiendo por incapacidad permanente y si solo se tiene derecho a prestación por esta última pasará a denominarse pensión de jubilación), así como, debe sobreentenderse, se produce dicho cambio de nomenclatura cuando una persona mayor de 67 años accede a la pensión por incapacidad permanente[6]. En suma, como ha destacado la mejor doctrina, es indudable que, de una u otra forma, las pensiones de incapacidad permanente y jubilación no pueden superponerse proviniendo del mismo régimen de Seguridad Social[7].

Sin embargo, en la interpretación del citado artículo 195.1 LGSS se plantea la siguiente disyuntiva (atendiendo de entrada a lo pedido por el demandante): la edad que impediría el reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente ¿Es la edad literalmente nombrada en el artículo 195.1 LGSS, o sea, la edad ordinaria de jubilación, o debe entenderse que la regla consiste en que si una persona puede jubilarse o, incluso, ya se ha jubilado, no hay lugar para una pensión por incapacidad permanente (por contingencias comunes)? Desde luego, a favor de lo primero juega la literalidad de los términos legales, mientras que lo segundo contaría con el respaldo de la "lógica" a la que parecen responder en general las normas vigentes y que, como acaba de apuntarse de forma introductoria, consistiría en que las pensiones de incapacidad permanente y jubilación no pueden combinarse (en un mismo régimen, como ocurre en el supuesto de autos).

Pues bien, en cuanto al supuesto presentado al inicio, el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao estimó la demanda, en sentencia dictada el 10 de mayo de 2019 (procedimiento 1004/2018). Se resolvió que la situación de incapacidad permanente total que afectaba al demandante debe desembocar en el reconocimiento de la correspondiente pensión (75% de la base reguladora mensual, que estaba fijada en la cuantía de 2.897,04 euros, lo cual será luego recurrido en suplicación por la parte actora, sin éxito). El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) recurrieron en suplicación (recurso 1608/2019), pero la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, en su sentencia 1766/2019, de 15 de octubre, desestimó ambos recursos, no alterándose por tanto lo que resolvió el Juzgado. Llegados a este punto, solo el INSS y la TGSS interpusieron recurso de casación para la unificación de doctrina (número 4500/2019), que dio lugar a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) dictara la sentencia 158/2023, de 22 febrero, que será objeto de estudio en las páginas siguientes. Todas las resoluciones judiciales en ellas mencionadas pertenecen al orden social de la jurisdicción, lo cual queda ya desde ahora advertido y no se estará reiterando en cada caso.

1.2. Dos problemas jurídicos latentes: compatibilidad entre prestaciones y requisito de alta o situación asimilada

Antes de analizar de forma pormenorizada el artículo 195 LGSS, conviene llamar la atención sobre el problema jurídico dual al que ha sido inevitable hacer ya referencia. Como acaba de observarse, el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao parece centrarse en lo relativo a la edad, entendiendo que la edad que impide obtener una pensión de incapacidad permanente es la del artículo 205.1.a LGSS, aceptando en el supuesto de autos el reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente dado que la jubilación que ya tenía el sujeto era la anticipada. Sin embargo, la Administración (de la Seguridad Social) opone un problema relacionado con el alta, o situación asimilada al alta, que considera un impedimento insalvable para conceder la pensión de incapacidad permanente.

[6] Fernández Orrico, F.J… ob. cit., p. 452.

[7] Blasco Lahoz, J.F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 444, sentando cinco reglas básicas en materia de incompatibilidades de la pensión de incapacidad permanente con "otras pensiones o subsidios", señalan como la tercera de ellas: "La pensión de incapacidad es incompatible con la de jubilación, pudiendo optarse entre una u otra en caso de concurrencia de ambas pensiones".

La dicción literal del citado artículo 195 (que será ahora analizado) es clara y, por tanto, viene a suponer que la persona que tiene la edad de jubilación (la edad ordinaria, ya que la norma se refiere de forma explícita al artículo 205.1.a, o sea, 67 años, que en la actualidad son 66 años y 4 meses por lo dispuesto en la disposición transitoria séptima LGSS) y que, además, cumple los requisitos para que se le reconozca una pensión por dicha jubilación, no puede conseguir también una pensión por incapacidad permanente, con lo que todo lo que no sea eso no es obstáculo; es decir, si el sujeto está jubilado pero de forma anticipada, hay vía libre (por lo que respecta al artículo 195 LGSS) para que, además, perciba una pensión por incapacidad permanente si efectivamente se encuentra en dicha situación y cumple los requisitos legales. Desde luego, que esto pueda ocurrir no parece muy ortodoxo por la ya recordada idea general de imposibilidad de disfrute conjunto de prestaciones por incapacidad permanente y por jubilación en un mismo régimen, pero a ello conduce inicialmente el tenor literal del artículo 195 LGSS.

Sin embargo, dejando a un lado la aceptabilidad o no de la confluencia en una misma persona de la pensión de jubilación y la de incapacidad permanente (en un mismo régimen de la Seguridad Social), que el artículo 195.1 parece permitir si se trata de la jubilación anticipada, se plantea en paralelo una cuestión técnica jurídica como es la de los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de prestaciones contributivas de la Seguridad Social en general y pensiones por incapacidad permanente en particular, dejando ahora totalmente de lado el asunto de la jubilación. Uno de esos requisitos es, como no podía ser de otra manera (en el nivel contributivo), el mencionado en el mismo artículo 195 y que lleva a mirar hacia el artículo 165 LGSS: el sujeto que aspire a convertirse en beneficiario de prestaciones de Seguridad Social, debe estar en situación de alta, o asimilada en los términos legalmente previstos de forma general y, en su caso, para la prestación en concreto de que se trate, en este caso la de incapacidad permanente.

Vista la esencia fáctica del pleito entablado y el dual problema jurídico subyacente, procede adentrarse en el mentado artículo 195 LGSS y demás normativa de referencia.

2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 195 LGSS Y NORMATIVA ADICIONAL

En un supuesto como el que protagoniza estas páginas deben tenerse en cuenta varias normas jurídicas, alguna ya citada en la anterior aproximación, que integran el marco normativo de referencia, aun no caracterizándose este por la mejor sistemática posible y apreciándose que la reforma emprendida por la Ley 24/1997 (luego será citada con detalle) en materia de incapacidad permanente no ha acabado como debía por falta de un adecuado desarrollo reglamentario, lo que genera inseguridad jurídica[8]. En efecto, en el Derecho de la Seguridad Social es habitual que la propia normativa deba contemplar diversas hipótesis en función del tipo de contingencia y de otras situaciones y realidades jurídicas en las que pudiera encontrarse la persona, algunas precisamente relacionadas con la Seguridad Social, lo cual exige un rigor y una coherencia entre normas legales y reglamentarias que a veces no existen. Esto es algo que se aprecia con claridad en el régimen jurídico a continuación analizado y que conducirá a varias propuestas de mejora legislativa en el cierre de este comentario, al hilo de las puntualizaciones que serán hechas enseguida y que no tienen una plasmación explícita idónea en la norma. En particular, como ya ha sido antes apuntado en el primer acercamiento al artículo 195 LGSS, la ausencia de un régimen jurídico claro y detallado sobre compatibilidades e incompatibilidades en general en el Derecho de la Seguridad Social se deja sentir, también, en materia de incapacidad permanente[9].

[8] VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 2022, p. 287, se refieren a la "inseguridad sobre el sentido actual de esta prestación" que deriva, entre otros factores, "del carácter inacabado de la reforma".

[9] Ídem, p. 304: "La inexistencia en nuestro Sistema de Seguridad Social de un régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las pensiones, mínimamente ordenado, completo y coherente, también se deja sentir, como no podía ser de otra manera, en las pensiones derivadas de la declaración de incapacidad permanente".

En el artículo 195 LGSS hay que estar a sus apartados primero y cuarto, que son transcritos a continuación (los apartados segundo y tercero se ocupan del período mínimo de cotización, que no será abordado en estas páginas por ajeno al pleito entablado):

"Artículo 195. Beneficiarios

1. Tendrán derecho a las prestaciones por incapacidad permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en los apartados 2 y 3 de este artículo, salvo que aquella sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización.

No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

4. No obstante lo establecido en el apartado 1, las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta

En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 3.b)".

Centrando la atención, por tanto, en los elementos jurídicos a tener en cuenta por la persona que solicita en un momento dado una pensión por incapacidad permanente (partiendo de que se encuentra en dicha situación desde un punto de vista médico y de que, en consecuencia, ha sido evaluada como tal), los preceptos que acaban de ser literalmente reproducidos exigen varias puntualizaciones, ordenadas a continuación de forma telegráfica y provenientes todas de la literalidad normativa salvo una (subepígrafe 2.1.8):

2.1. Apartados 1 y 4 del artículo 195 LGSS. Diversas hipótesis

2.1.1. Toda pensión por incapacidad permanente exige cumplir el requisito del 165.1

La premisa mayor para percibir una pensión de incapacidad permanente en el nivel contributivo, como no puede ser de otra manera ya que ello es consustancial a dicho nivel, es la de estar dado de alta en el momento del hecho causante, o en situación asimilada al alta. Se trata de un punto de partida que se recuerda en el propio artículo 195.1, remitiéndose al 165.1 donde se fija la señalada premisa mayor. Sin perjuicio de que, en ocasiones esporádicas, sea necesario modular la aplicación de dicho artículo 165.1 y normativa de desarrollo, el requisito del alta, o situación a ella asimilada, no permite muchas flexibilidades y, al contrario, se presta a su comprobación de forma rigurosa (tanto por la propia naturaleza del requisito como por la necesidad de evitar el fraude[10]), dejando al margen supuestos patológicos en los que la falta de alta por ilegalidades empresariales pueda suplirse por otras vías. Las desprotecciones que la exigencia rigurosa de alta o situación asimilada pudiera originar tendrán que ser solucionadas por el legislador, en todo caso, no por la jurisprudencia[11].

[10] VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social... ob. cit.,* p. 288: "Por lo que hace al nivel contributivo, una cuestión especialmente presente en la ordenación de la prestación, se centra en la inquietud por controlar la actividad de la Administraciónde de Seguridad Social a la hora de constatar la existencia de los presupuestos sobre los que se articula la protección. Este aspecto lo comparte con la incapacidad temporal (…) y revela una permanente sospecha sobre el fraude".

[11] Cavas Martínez, F., en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 110: "La exigencia de alta introduce una notable rigidez en el funcionamiento

2.1.2. Solo cuando se trata de enfermedad común se exige cotización previa

Al igual que sucede en el ámbito de la incapacidad temporal, en realidad no se exige cotización previa para ser sujeto beneficiario de pensión por incapacidad permanente, salvo si proviene de una enfermedad común. Eso sí, la hipótesis de que el detonante de la incapacidad sea una enfermedad común no es ni mucho menos minoritaria, ya que los problemas de salud no relacionados con el trabajo (en sentido médico causal, puesto que desde otras perspectivas incluso filosóficas todo está relacionado de una u otra forma) representan un conjunto amplio de patologías que persisten o se reformulan, a pesar de los constantes avances que la investigación en medicina viene permitiendo en las últimas décadas.

2.1.3. Entre incapacidad permanente y jubilación, esta tiene prioridad (en contingencias comunes)

Si quien pretenda obtener una pensión por incapacidad permanente (cumpliendo de entrada el requisito de alta o situación a ella asimilada, subepígrafe 2.1.1), tiene ya cumplida la edad ordinaria de jubilación (la edad ordinaria y no la anticipada, ya que el artículo 195.1 LGSS se refiere expresamente a la edad contemplada en el artículo 205.1.a LGSS y no, por tanto, a la considerada en artículos posteriores de la misma ley que regulan diversas hipótesis de jubilación anticipada[12]) y, además, puede efectivamente obtener una pensión de jubilación (es decir, reúne los requisitos para esta, como establece la ley, aunque no la haya solicitado[13]), no podrá obtener dicha pensión por incapacidad permanente y le será reconocida la pensión de jubilación (si la solicita, es obvio). Esta regla opera cuando la contingencia subyacente sea común (tanto accidente no laboral como enfermedad común). En coherencia con esto, el artículo 10.1, primer párrafo, del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre (de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible[14]), en términos similares pero con otro enfoque, quizás más clarificador, señala: "No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga sesenta y cinco o más años y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, excepto que el origen de la incapacidad permanente se deba a contingencias profesionales".

2.1.4. Elección de pensión por incapacidad permanente, descartando la jubilación (contingencias profesionales)

Lo anterior no ocurre cuando las contingencias son profesionales, como acaba de leerse en el último inciso del primer párrafo del artículo 10.1 RD 1132/2002 (presente de forma tácita en el artículo 195.1 LGSS). La ley quiere salvaguardar la mejor protección posible ante un daño para

de la acción protectora, lo que pueda dar lugar a problemas de desprotección, que el legislador ha tratado de solucionar a través de diversas vías".

[12] Blasco Lahoz, J.F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*… ob. cit., p. 424, así lo entienden, matizando que la edad por tanto de referencia es la de 67 años, o 65 si se tiene la cotización necesaria, no la de jubilación anticipada "no equivalente" [en referencia a la jubilación "anticipada" en caso de discapacidad prevista en el artículo 206.bis LGSS, que los autores consideran mal denominada (p. 425), puesto que el adelanto obedece a razones diferentes a las que están presentes en los artículos 207 y 208 LGSS y, entonces, más bien se trata de una edad de jubilación que, en caso de discapacidad, es equivalente a la edad ordinaria regulada en el art. 205.1.a LGSS]. En el mismo sentido, Roqueta Buj, R.: «Incapacidad permanente» (en VV.AA., Roqueta Buj, R. y García Ortega, J., dirs., *Derecho de la Seguridad Social*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022), p. 409.

[13] Roqueta Buj, R.: «Parte segunda. La incapacidad permanente», en Roqueta Buj, R. y Fernández Prats, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014, p. 492, así lo remarca, haciéndose eco del reparo doctrinal que ha sido opuesto a esta regla, ya que "se propician los tratamientos diferenciados entre los mayores de 67 años, pues, en función de que cumplan o no los requisitos para el acceso a la jubilación, serán protegidos por ésta o, por el contrario, por la prestación de IP" (p. 493).

[14] BOE de 27 de noviembre de 2002 (núm. 284).

la salud derivado del trabajo y, por tanto, le permite al sujeto optar por la pensión de incapacidad permanente y dejar a un lado la jubilación. Es decir, la persona que (recuérdese nuevamente: está dada de alta, o en situación asimilada) tiene la edad de jubilación (la edad ordinaria contemplada en el art. 205.1.a LGSS, no la de referencia para la jubilación anticipada) y, además, puede por ella convertirse en sujeto beneficiario de pensión, tendría la posibilidad de obtener, a pesar de ello, una pensión por incapacidad permanente (solo si las contingencias son profesionales). Se supone que esto le permite a la persona hacer sus cálculos y escoger la pensión cuya cuantía sea más alta[15]. El transcrito (en el subepígrafe anterior) artículo 10.1 RD 1132/2002 ofrece también aquí cobertura normativa reglamentaria, más clara además, si bien no se trata de que "se reconocerá" la pensión sino de que el sujeto potencialmente beneficiario de ambas (incapacidad permanente y jubilación) podrá elegir una u otra, al tratarse de contingencias profesionales. En este mismo sentido debe interpretarse el segundo párrafo del artículo 195.1 LGSS, del que no se desprende, como parece, que por contingencias profesionales sí podrán coexistir ambas prestaciones (incapacidad permanente y jubilación), sino que cuando medien contingencias profesionales es posible el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente aunque el sujeto tenga cumplida la edad ordinaria de jubilación y reúna los requisitos para cobrar pensión por ella (pero no habiéndola solicitado, es obvio).

2.1.5. Derecho a pensión por incapacidad permanente, si se tiene la edad ordinaria de jubilación pero no se cumplen los requisitos (ante todo tipo de contingencia)

Al hilo de las reglas anteriores, toda persona que, aun teniendo cumplida la edad ordinaria de jubilación, no esté en condiciones de que se le reconozca por ella una pensión al no cumplir los requisitos, podrá solicitar y obtener (si está en alta, o situación asimilada al alta, y tiene la cotización mínima previa en caso de tratarse de una enfermedad común) una pensión por incapacidad permanente. Esto es así tanto si las contingencias son profesionales como si son comunes y podría darse en diversos casos (no habituales, pero posibles) de lagunas o intermitencias que, por su entidad, conduzcan a una carrera de seguro insuficiente para la pensión de jubilación (pero válida para la pensión por incapacidad permanente, incluso si media una enfermedad común).

El artículo 10.2 del citado RD 1132/2002 recuerda que esto es así, desarrollando el segundo párrafo del artículo 195.1 LGSS, bien que incurriendo en una inexactitud que, por jerarquía normativa, debe considerarse solventada. Se establece en dicho precepto lo siguiente: "Tendrán derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, por contingencias comunes y en la cuantía prevista en el artículo siguiente, las personas que, reuniendo las condiciones exigidas, sean declaradas en tal situación cuando en la fecha del hecho causante tengan cumplidos sesenta y cinco años y no reúnan todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social". Probablemente el "legislador reglamentario" ha traído del artículo 195.1 LGSS la referencia a las contingencias comunes y la ha integrado en los apartados 1 y 2 del citado artículo 10, lo cual no procede en el caso del apartado 2, ya que (si se lee de forma literal y descontextualizada) se daría el absurdo de que, por contingencias profesionales, sí podría el sujeto elegir entre pensión por incapacidad permanente o por jubilación si tiene la edad para esta y cumple, además, los requisitos, pero si tiene la edad pero no reúne los requisitos para la jubilación se quedaría sin pensión por incapacidad permanente (que sí podría percibir si las contingencias fueran comunes). Recuérdese que el segundo párrafo del reiterado artículo 195 LGSS menciona las contingencias comunes como aquellas que, con

[15] Ballester Laguna, F. y Sirvent Hernández, N.: *Lecciones y Prácticas de Seguridad Social (adaptadas al EEES)*, 10ª ed., Madrid, Ediciones Cinca (Colección Universidad, nº 21), 2022, p. 108: "Por último, no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes cuando en el momento del hecho causante el beneficiario haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y acredite los demás requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Cosa que no ocurre en los supuestos de incapacidad permanente derivados de contingencias profesionales, en los que el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación no es un obstáculo para la declaración de la incapacidad permanente, pudiendo optar el trabajador entre la pensión de jubilación o la de incapacidad permanente".

la edad de jubilación y cumpliéndose los requisitos, no permiten el reconocimiento de prestación por incapacidad permanente (sí sería posible si son profesionales), pero si se tiene la edad de jubilación sin cumplir los requisitos (para la pensión de jubilación) podrá siempre, es evidente, obtenerse una prestación por incapacidad permanente (sea comunes o profesionales las contingencias).

2.1.6. Que se tenga derecho a solicitar pensión de jubilación anticipada, no es obstáculo para percibir una por incapacidad permanente

La edad que impide convertirse en sujeto beneficiario de pensión por incapacidad permanente es la mencionada de forma concisa en el artículo 195.1 LGSS, es decir, la edad ordinaria de jubilación (que es la fijada en el artículo 205.1.a, al que se remite el citado 195.1, como ha entendido la doctrina antes citada). Por tanto, si se cumplen los requisitos (alta o situación asimilada y, en su caso, cotización previa) para una prestación por incapacidad permanente, esta debe reconocerse a quien cumple, también, los requisitos para una pensión de jubilación anticipada (edad y cotización), sin haberla solicitado.

2.1.7. El percibo de pensión por jubilación anticipada imposibilita el reconocimiento de pensión por incapacidad permanente (regla general)

Si no solo ocurre lo comentado en el subepígrafe anterior, sino que la pensión por jubilación anticipada es efectivamente solicitada, es imposible que a esa persona se le reconozca también una pensión de incapacidad permanente, pero no por razones de incompatibilidad (expresas, aunque de forma tácita existe una regla general de no confluencia en una misma persona de pensiones de incapacidad permanente y jubilación, en un mismo régimen, como se expuso al principio), sino porque no se cumple el requisito inicial que, antes se ha dicho, opera como premisa mayor: estar en alta, o en situación asimilada al alta. Esto, que tiene la excepción apuntada a continuación, será luego comentado con mayor precisión normativa (epígrafe 2.2).

2.1.8. Excepción: la pensión por incapacidad permanente absoluta, o por gran invalidez, no exige alta ni situación asimilada al alta

En efecto, lo anterior tiene una excepción importante contemplada en el artículo 195.4 LGSS, antes transcrito, el cual es bastante claro. Para la incapacidad permanente en grado de absoluta o de gran invalidez que derive de contingencias comunes (si son profesionales querrá decir que se estaba trabajando y, entonces, se estaba en alta o situación asimilada) no es necesario cumplir el requisito de estar dado de alta o en situación asimilada. Por tanto, quien, como en la hipótesis planteada en el apartado anterior, sea sujeto beneficiario de pensión por jubilación anticipada puede, además, serlo de pensión por incapacidad permanente (si se trata de una absoluta, o de gran invalidez), siempre que cumpla, eso sí, el requisito de cotización previa que, importante, sería en estos casos de quince años (como "contrapartida"[16]), con arreglo a lo establecido en el segundo párrafo del transcrito artículo 195.4 LGSS. Sea o no ortodoxo y poniendo de manifiesto o no la necesidad de una modificación legislativa, a ello conduce de forma inexorable la literalidad de la normativa vigente; pudiendo oponerse que, como puede de ella inducirse, existe una suerte de norma (tácita) de no coincidencia en una misma persona de pensiones por incapacidad permanente y jubilación (en un mismo régimen), pero los preceptos señalados auspician, también, la idea contraria.

[16] Fernández Orrico, F.J. ob. cit., p. 400, refiriéndose a esta posibilidad de acceder a la pensión por incapacidad permanente en los grados de absoluta y de gran invalidez sin cumplir el requisito del alta o situación asimilada: "Sin embargo, y como contrapartida, ello sólo es posible endureciendo el período de carencia exigido, y así señala la LGSS que en tales supuestos (situaciones de no alta), el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años (carencia genérica), de los cuales tres (1/5 de los 15 años) deben estar comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante (carencia específica)".

2.2. El requisito general del alta previsto en el artículo 165.1 LGSS

Cuando el artículo 195.1 se refiere a la "condición general exigida en el artículo 165.1", está recordando que la LGSS contiene en dicha norma (el 165.1) un requisito harto conocido en los sistemas contributivos de Seguridad Social, no otro que el de que el sujeto causante esté afiliado así como dado de alta, o en situación asimilada, cuando sobreviene la contingencia o situación protegida. En otras palabras: cuando esto ocurre (cuando se produce el hecho desencadenante de la acción protectora), la ley condiciona el despliegue de dicha acción a que el sujeto se encuentre en activo[17], o en una situación que haga las veces de "prolongación" de ello. Como se sabe, el necesario desarrollo reglamentario de esta previsión legal se encuentra en el Real Decreto 84/1996 (de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social[18]), debiendo acudir concretamente a sus artículos 7 y 36. A modo de recordatorio breve: el artículo 7 gira en torno al hecho del inicio de una actividad (o situación conexa a ella)[19], de forma que debe ser dado de alta quien comienza un trabajo, dicho en términos elementales, mientras que el artículo 36 se ocupa de las situaciones asimiladas al alta que pueden darse de una u otra forma, a unos u otros efectos, consistiendo en una "prolongación"[20] del alta, aunque materialmente ha cesado la actividad que llevó al alta respecto de la que opera la asimilación, pero utilizándose la figura de la situación asimilada al alta para que la persona no quede excluida del sistema de Seguridad Social por una ausencia de alta real que no se deba a una inactividad laboral continuada[21]. Se trata, desde luego, de toda una ficción jurídica[22]. En el caso que ahora es objeto de análisis, la jubilación anticipada no aparece mencionada como situación asimilada al alta en ninguno de los apartados del citado artículo 36.

Por tanto, según la normativa vigente, la persona que es beneficiaria de una pensión por jubilación anticipada no cumple "la condición general exigida en el artículo 165.1" y que el artículo 195.1 recuerda que debe concurrir para obtener una pensión por incapacidad permanente, es decir, esa persona ni está dada de alta ni se encuentra en situación asimilada al alta, lo cual podría ser enervado (con el apoyo literal del artículo 195.4 LGSS) si se trata de una incapacidad permanente absoluta o de una gran invalidez, pero no cuando la incapacidad permanente es total. En suma, al margen de que sea ortodoxo o no combinar una pensión por jubilación (anticipada) con una pensión por incapacidad permanente, cuando esta es total es imposible.

---

[17] González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 22ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 134, subrayando la "centralidad" del cumplimiento del requisito del alta, recuerdan que "el alta pone de manifiesto que el sujeto protegido, en el momento de sobrevenir la contingencia, se encontraba en activo".

[18] BOE de 27 de febrero de 1996 (núm. 50).

[19] Los actos de encuadramiento, entre ellos el alta, permiten que la Administración tenga constancia del inicio de una actividad. Como señalan, González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción… ob. cit.*, p. 131, "la esencia e incluso la particularidad de los actos de encuadramiento es la misma: manifestar ante la Seguridad Social que alguien (el trabajador asalariado, el funcionario público, el autónomo) ha comenzado a desarrollar una de las actividades profesionales que obligan a contribuir económicamente al Sistema de Seguridad Social como anticipo de la respuesta protectora del Sistema cuando las contingencias se actualicen".

[20] Ídem, p. 135, refiriéndose a todos los supuestos recogidos en dicho artículo 36, señalan que "se trata de personas que estaban en alta y que, a efectos del sistema de la Seguridad Social, al encontrarse en alguna de las situaciones descritas, van a ser tratadas como si todavía estuvieran en alta, considerándolas en una especie de prolongación de ésta".

[21] Tarancón Pérez, E. y Romero Ródenas, Mª.J.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo (Manuales Prácticos), 2021, p. 45: "El alta asimilada es una situación creada por el legislador que permite mantener al trabajador dentro del Sistema de la Seguridad Social en supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo, en los que, lógicamente, no puede existir un alta real".

[22] Cavas Martínez, F… ob. cit., p. 110: "Estamos, por tanto, ante una ficción jurídica en la que el legislador proyecta hacia el futuro el efecto protector de un alta previa".

2.3. Pensión de jubilación anticipada y pensión por incapacidad permanente. Historia normativa y jurisprudencia anterior

Según se relata en la misma sentencia aquí comentada, aunque con la falta de claridad y/o desorden que habitualmente se aprecia en estas resoluciones, en el Derecho de la Seguridad Social tiene ya cierta antigüedad la norma prohibitiva del reconocimiento de pensión por incapacidad permanente cuando el sujeto tiene cumplida la edad de jubilación y, además, reúne los requisitos para percibir pensión por dicha jubilación. Efectivamente, el artículo 138 de la anterior Ley General de Seguridad Social de 1994 (texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio[23], en adelante LGSS-1994), del que es equivalente el actual 195 (que coincide literalmente con la versión última de dicho artículo 138), solo tenía inicialmente un párrafo y que era el actual primer párrafo del artículo 195, hasta que la Ley 24/1997 (de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social[24]) insertó un segundo párrafo cuyos términos eran los siguientes: "No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1 a) del artículo 161 de esta Ley y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social". El objetivo perseguido con este cambio era el de asegurar la "centralidad de la protección de la vejez"[25] y, como puede observarse, se trataba de una regla aplicable inicialmente para todas las prestaciones de incapacidad permanente, es decir, "cualquiera que sea la contingencia que las origine", lo cual fue modificado poco tiempo después porque la picaresca que se pretendía evitar no había sido erradicada, sino reorientada[26]. El Real Decreto-Ley 16/2001 (de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible[27], a la postre Ley 35/2002, de 12 de julio[28]) introdujo un cambio consistente en restringir el radio de acción de la norma a las contingencias comunes, habiendo perdurado hasta hoy (en la actual LGSS) el precepto en esos términos, con algún insignificante retoque gramatical[29].

A partir de estos cambios normativos, el Tribunal Supremo (entiéndase siempre que su Sala de lo Social) concedió la pensión por incapacidad permanente a quien tenía la reconocida una pensión de jubilación pero anticipada, al no tener la edad ordinaria de jubilación que era la mencionada en la ley como impedimento (en el antiguo artículo 161.1.a LGSS-1994, actualmente artículo 205.1.a LGSS), dejando de lado la norma general tácita citada al inicio de estas páginas y consistente en que el legislador quiere evitar que, en un mismo régimen de Seguridad Social, se perciban simultáneamente pensiones de incapacidad permanente y jubilación. Se dictaron entonces sentencias como la de 22 de marzo de 2006 (recurso 5069/2004), o la de 13 de junio de 2007 (recurso 2282/2006) y, años más tarde, la de 21 de enero de 2015 (recurso 491/2014). Más reciente, apareció la STS 145/2022, de 12 julio 2022, (recurso de casación para la unificación de doctrina 1301/2019), en la que el Alto Tribunal mantenía el mencionado criterio, revocando (conviene destacar esto) la sentencia recurrida y que, revocando a su vez la del Juzgado, denegaba la pensión por incapacidad permanente al demandante, que ya venía percibiendo una pensión por jubilación anticipada (se trataba de la STSJ País Vasco 231/2019, de 29 enero, recurso de suplicación 56/2019). No deja de sorprender que en estas sentencias (las del TS) todo se centrara en el problema jurídico relativo a si la edad que es obstáculo para una pensión por

[23] BOE de 29 de junio de 1994 (núm. 154).

[24] BOE de 16 de julio de 1997 (núm. 169).

[25] Roqueta Buj, R.: «*Parte segunda. La incapacidad permanente… ob. cit.*, p. 486, refiriéndose al nuevo segundo párrafo que la Ley 24/1997 añadía al antiguo artículo 138.1 LGSS-1994, valoraba que "con esta regla se pretendía garantizar la centralidad de la protección de la vejez en el sistema de la Seguridad Social y evitar así la picaresca anterior".

[26] Ídem, p. 487.

[27] BOE de 31 de diciembre de 2001 (núm. 313).

[28] BOE de 13 de julio de 2002 (núm. 167).

[29] Roqueta Buj, R.: «*Parte segunda. La incapacidad permanente… ob. cit.*, p. 486 a 489, explica los pormenores de esta evolución normativa (Ley 24/1997 y RD-L 16/2001) y las vicisitudes fácticas que iban impulsado uno u otro cambio.

incapacidad permanente es la de jubilación ordinaria o cualquier edad de jubilación, dejando de lado otras consideraciones que no eran pueriles. Una pregunta que surge es la siguiente: ¿Quizás entendía el Tribunal que el único supuesto de denegación de pensión por incapacidad permanente relacionado con la jubilación era el de (en contingencias comunes) tener la edad (ordinaria) de jubilación y los requisitos cumplidos para pensión por ella, tal que en cualquier otro supuesto debía concederse la pensión por incapacidad permanente? Podría ser una explicación, pero el actual artículo 195 LGSS (el anterior 138 LGSS-1994) contiene varias reglas, no solo esa, algunas con valor constitutivo, como ha sido antes comentado. Otro enfoque posible puede que haya sido el de que la ley no está atendiendo a que se tenga efectivamente reconocida una pensión de jubilación (ordinaria o anticipada), sino a la circunstancia de tener una edad que es específicamente la de la jubilación ordinaria, pero esto se toparía con lo que acaba de comentarse: esa misma ley fija unos requisitos que inicialmente deberán concurrir para tomar en consideración una posible pensión por incapacidad permanente, tanto si entra en relación con la jubilación del sujeto como si no.

Como asunto tangencial, recuérdese que la jubilación anticipada por discapacidad había dado lugar a un criterio jurisprudencial que el Tribunal Supremo tuvo que modificar al hilo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional al respecto. Se venía considerando que las personas jubiladas con anticipación pero por razones de discapacidad (art. 206.bis LGSS) se encontraban en la misma situación de quien se jubila de forma ordinaria o, dicho de otra manera, que la jubilación ordinaria para esas personas vendría a darse desde la edad a la que la ley permite adelantarla por razones de discapacidad, con lo que no podían acceder a prestaciones por incapacidad permanente en ningún caso al haber cumplido la edad que, en caso de discapacidad, es equivalente a la del artículo 205.1.a LGSS (entre otras, STS de 24 de junio de 2020, recurso de casación para la unificación de doctrina 1411/2018). Sin embargo, tras sentencias del Tribunal Constitucional como la 172/2021, de 7 de octubre (recurso de amparo 4119/2020), que consideraron esto discriminatorio, el Tribunal Supremo ha rectificado su doctrina y ha aceptado el reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente a personas con discapacidad que ya perciben pensiones de jubilación anticipada por la específica vía legal dispuesta para ello, entendiendo que no tienen cumplida la edad señalada en el artículo 205.1.a LGSS tal cual es este citado en el artículo 195.1 LGSS, segundo párrafo (entre otras, STS de 27 de abril de 2022, recurso de casación para la unificación de doctrina 184/2019).

3. EL TRIBUNAL SUPREMO MATIZA SU DOCTRINA (STS 158/2023)

Así las cosas, consolidado el criterio jurisprudencial que acaba de ser expuesto, ocurrió lo ya descrito en el epígrafe primero de este comentario. Un supuesto idéntico fue dirimido por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, que concedió la pensión de incapacidad permanente total al demandante (que ya estaba percibiendo pensión por jubilación anticipada), siendo recurrida la sentencia al TSJ País Vasco que, en esta ocasión, se plegó al criterio del Tribunal Supremo pronunciando la sentencia 1776/2019 (al contrario de lo que había hecho cuando dictó la sentencia 231/2019, que dio lugar a la STS 145/2022 antes comentada). Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, pronunció el Tribunal Supremo la sentencia 158/2023, de 22 de febrero y, curiosamente, esta vez se iba a dar la situación inversa tanto en el TSJ País Vasco (que en esta ocasión se había acomodado al criterio del TS) como en el Tribunal Supremo.

3.1. La sentencia recurrida

El TSJ País Vasco, que desestimó el recurso de suplicación planteado por la parte demandante (cuestionaba la base reguladora de la pensión), desestimó también el recurso interpuesto por la entidad gestora y, en suma, mantuvo lo resuelto por el Juzgado. Unos meses antes había hecho lo contrario (STSJ País Vasco 231/2019) y el Tribunal Supremo había corregido dicho pronunciamiento (STS 145/2022). El Tribunal vasco, en el fundamento jurídico tercero (segundo párrafo), no ofrece sino una escueta referencia a la (en estas páginas antes citada) STS de 21 de enero de 2015 y desatiende

cualquier motivación sobre el fallo adoptado. Concretamente afirma lo siguiente (con manifiesta incorrección gramatical), ante el argumento de que el sujeto jubilado de forma anticipada no está en alta ni en situación asimilada al alta: "solamente podemos indicar que el alto Tribunal no se cuestiona que en estos supuestos de jubilación anticipada que se produzca una situación de no alta o falta de asimilada al alta, otorgando el derecho a los pensionistas de estas prestaciones de vejez a acceder a la situación de Incapacidad Permanente; al ser esto así, difícilmente en tal situación y respecto a casos como el presente, podemos señalar algo nuevo".

Acudiendo a dicha STS 21 enero 2015 (ya que en ella se apoya el Tribunal vasco), se observa que en ella el debate se reduce a si quien está jubilado puede acceder a una pensión de incapacidad permanente. Así, en el Juzgado y en el TSJ País Vasco (lo resume así el TS, F.J.1º.1, segundo párrafo, al final) se había considerado que "la desestimación de la pretensión del actor se fundamenta en su situación de jubilado, considerando que no procedía valorar la posible incapacidad permanente". Sin embargo, el TS recuerda jurisprudencia anterior y, revocando ambas sentencias, señala (con suma brevedad): "Dicho cambio normativo" (se refiere al antes comentado sobre el segundo párrafo añadido al artículo 195.1 LGSS por la Ley 24/1997 y modificado por el RD-L 16/2001) "motivó en su día que se adoptara la doctrina que luce en la mencionada sentencia" (se refiere a la antes también mencionada de 22 de marzo de 2006) "dictada por el Pleno de esta Sala, concluyendo, en esencia, con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiaros de prestaciones de incapacidad permanente". Es decir, el Tribunal Supremo se limitaba (en la citada sentencia de 2015) a apoyarse en ese nuevo párrafo que implica que lo que es óbice para acceder a la pensión por incapacidad permanente no es haberse jubilado (por cualquiera de las vías legales disponibles), sino tener la edad mencionada en la ley y que es la del art. 205.1.a LGSS y no otra porque así expresamente lo señala la ley, de forma que (cabe entrever que sea esa la argumentación del Tribunal) ese y sólo ese sería el obstáculo para conceder la pensión por incapacidad permanente.

En fin, se entiende entonces que el TSJ País Vasco, en la sentencia recurrida que dio lugar a la STS ahora comentada, se limitara a seguir ese criterio, ya que cuando no lo siguió en años anteriores la sentencia fue revocada (un caso más fue el antes comentado que desembocó en la STS 145/2022). Otra cosa es que no sean ortodoxas expresiones como que "difícilmente podemos señalar algo nuevo", si el TSJ País Vasco seguía convencido de que el criterio del TS no era correcto (como tampoco lo es el comentario vertido en la STS de 21 de enero de 2015 en aparente tono de reprimenda, al señalarse que el TSJ País Vasco "obvió la aplicación de nuestra doctrina y no hizo hincapié en el dato de que el actor no había alcanzado la edad ordinaria de jubilación" (cierto es que el TSJ, en esa sentencia que fue revocada por la STS de 2015, se limitó a señalar, en un escueto fundamento jurídico único, que no cabía pensión de incapacidad permanente para quien estaba ya jubilado, pudiendo haber ocurrido que la controversia haya llegado al TS, tanto en 2015 como ahora en la sentencia aquí comentada, en esos simples términos sin atender a otros aspectos técnicos jurídicos de la acción protectora de la Seguridad Social).

3.2. La sentencia de contraste

Acudiendo ahora a la sentencia de contraste (STSJ Cataluña 53/2007, de 8 de enero, recurso de suplicación 187/2006), se observa que sí aparece en ella una explicación mínimamente coherente con la normativa vigente, aun dentro de la brevedad, pero justificada en este caso ya que no es necesario profundizar más. Señala el TSJ Cataluña (F.J. 2º, segundo párrafo): "el recurrente no pide ser declarado afecto de una gran invalidez o de una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, únicos grados de incapacidad permanentes a los que se puede acceder desde una situación de no alta en la Seguridad Social, que es en la que está el recurrente desde el día 24 de marzo de 2.003, en que se jubiló anticipadamente, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 138.3 de la Ley General de la Seguridad Social , razón por la que le es aplicable la doctrina judicial tradicional citada en la sentencia recurrida, y no la nueva doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de la Sala

de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2.006, RCUD 5069/2004 , que permite solicitar la situación de incapacidad permanente a quienes se hallan jubilados anticipadamente y no tengan cumplidos 65 años de edad, en interpretación del artículo 161.1.a) de la propia LGSS , ya que esta posibilidad, como queda dicho, queda circunscrita a los grandes inválidos e incapaces permanentes en grado de absoluto para todo el trabajo, a los que no se les exige el requisito de alta".

3.3. El Tribunal Supremo retorno a la senda legal: sin alta, o situación asimilada al alta, no puede reconocerse pensión por incapacidad permanente total (con o sin jubilación anticipada)

El Tribunal Supremo, en su STS 158/2023 que es objeto de este comentario, confirma que la línea correcta es la seguida en la sentencia de contraste. Así pues, estima el recurso de casación presentado por la entidad gestora, que consigue por fin, tras varios años de litigiosidad constante en esta materia, que se aplique como es debido la ley.

En proporción a la desmedida extensión de la sentencia (que dedica varias páginas a una transcripción literal de dictámenes médicos de la que podría perfectamente prescindirse), la argumentación del Tribunal es bastante escueta, pero clara, ya que la normativa no necesita sino los breves apuntes que son vertidos en la resolución, concretamente en su fundamento jurídico cuarto.

3.3.1. El alta, o situación asimilada, como requisito inicial imprescindible (F.J.4º, ap. 1)

En el apartado primero de este fundamento jurídico cuarto se sitúa, por fin, el problema del requisito del alta en el núcleo del litigio y, con una brevedad que es consustancial a la nitidez con que se expresan las normas de referencia, se recuerda que dicho requisito (alta o situación asimilada) debe cumplirse según exige el artículo 195.1 LGSS y en los términos previstos en el artículo 165.1 de la misma ley, lo cual va unido a que no cabe acogerse a la excepción contemplada en el 195.4 ya que está prevista solo para la incapacidad permanente absoluta y para la gran invalidez, ocurriendo que en el supuesto de autos la incapacidad permanente reconocida (evaluada como tal) es la total. En otras palabras (las utilizadas en las primeras páginas de este comentario), sin la premisa mayor que es encontrarse en situación de alta o asimilada, no cabe reconocer una prestación contributiva de la Seguridad Social.

3.3.2. Que el solicitante sea perceptor de pensión por jubilación anticipada es circunstancial (F.J.4º, ap. 2)

Dicho lo anterior, en el segundo y último apartado (del citado fundamento jurídico cuarto) se continúa con la misma linealidad inevitable, confirmando que el demandante no está dado de alta (no desarrolla ninguna actividad en términos que conduzcan a un alta según lo previsto en el antes citado RD 84/1996, atendiendo sobre todo a su artículo 7), ni se encuentra en situación asimilada al alta (visto lo establecido en el artículo 36 del mismo Real Decreto). Como se sabe (no lo manifiesta el Tribunal pero puede leerse entre líneas), el Derecho de la Seguridad Social conduce en muchos casos a supuestos que superan lo previsto en las normas jurídicas de referencia y cuya resolución requiere altas dosis de ponderación judicial, pero contiene algunos elementos normativos cuya interpretación y aplicación no puede sino efectuarse de forma mecánica, entre ellos los referidos en este caso. "En consecuencia", señala el Tribunal como cierre, "el demandante, que es beneficiario de una pensión de jubilación anticipada, no reúne los requisitos exigidos para devengar la pensión de incapacidad permanente total". Dicho de otra forma, dicha pensión no puede ser reconocida simplemente por falta de requisitos, siendo circunstancial el hecho de que sea beneficiario de una pensión de jubilación anticipada.

4. VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE CAMBIO LEGISLATIVO

Esta matización de criterio por parte del Tribunal Supremo supone acomodarse a la normativa vigente, aunque con bastantes años de retraso. Una cosa es la casuística siempre inmensa que en materia de Seguridad Social ha llevado históricamente a los órganos judiciales a tomar decisiones complicadas, otra cosa es que el Derecho de la Seguridad Social no siempre conduce a situaciones de ese tipo y, al contrario, contiene a veces normas que por la estricta técnica legislativa utilizada y/o por la propia naturaleza de la materia regulada solo pueden ser interpretadas y aplicadas en el diáfano sentido marcado por esas normas. El actual artículo 195 LGSS (ya antes el 138 LGSS-1994), también desde una perspectiva panorámica de las reglas estructurales por las que se rige la acción protectora de la Seguridad Social en el nivel contributivo, solo puede auspiciar una solución como la que ha venido ahora a ofrecer el Tribunal Supremo en esta sentencia 158/2023, ya que no se trataba solo de interpretar el actual artículo 205.1.a LGSS sino de tomar en consideración otros aspectos constitutivos de dicha acción protectora. Así funciona, con los debidos puntos jurisprudenciales de equilibrio en los casos concretos que superan la generalidad y abstracción propia de las normas, el sistema jurídico europeo continental: unos sujetos crean Derecho y otros lo interpretan y aplican. Atrás quedan, eso sí, los pleitos ya cerrados conforme a un criterio realmente antijurídico, para satisfacción de quienes consiguieron en sede judicial una pensión por incapacidad permanente total que pudieron unir a la que ya estaban percibiendo por jubilación anticipada.

En todo caso, el análisis de un caso como este lleva a preguntarse si no sería conveniente reajustar las normas que han sido comentadas y/o introducir algún nuevo precepto, así como invita a plantearse algún cambio de mayor entidad. Sin perjuicio de otras modificaciones posibles, se ofrece a continuación de forma esquemática cinco de ellas, si bien en intrínseca conexión:

4.1. Edad y requisitos de jubilación anticipada y reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente (mejora del 195.1, 2º párrafo, LGSS)

Sin perjuicio de lo relativo a la posible incompatibilidad entre prestaciones (epígrafe 4.5), la norma consistente en que una pensión por incapacidad permanente no puede ser reconocida cuando el sujeto tiene la edad ordinaria de jubilación y, además, reúne los requisitos para ser sujeto beneficiario (aunque no la haya solicitado), podría mejorarse con la explicitación complementaria de que tener la edad y los requisitos para conseguir de forma anticipada la pensión de jubilación (sin que esta haya sido reconocida, que no es el supuesto resuelto por la STS 158/2023 aquí comentada) no es obstáculo para obtener prestaciones por incapacidad permanente (si se considera que es esa la política legislativa que debe mantenerse).

4.2. Elección entre jubilación ordinaria e incapacidad permanente, cuando las contingencias son profesionales (mejora del art. 195.1, 2º párrafo, LGSS)

También desde el mantenimiento de la línea actual y solo en aras de una mejor disposición normativa de lo regulado expresamente, evitando en mayor medida lo tácito, podría añadirse en el mismo precepto que el cumplimiento de la edad y los requisitos de la jubilación ordinaria no impedirá el reconocimiento de una prestación por incapacidad permanente cuando esta provenga de contingencias profesionales, debiendo el sujeto optar por una u otra. Se trata de algo que, en todo caso, figura bien explicitado en el artículo 10 RD 1132/2002, pero podría quedar plasmado, también, en el artículo 195.1 LGSS.

4.3. La pensión por incapacidad permanente total requiere, siempre, alta o situación asimilada al alta (ampliación del art. 195.4 LGSS)

Aunque no es tampoco el supuesto de autos pero poniendo este de relieve diversas deficiencias normativas, convendría (igualmente, si no hay alteraciones de política del Derecho en esta materia)

adicionar al primer párrafo del artículo 195.4 LGSS una puntualización encaminada a dejar claro que la pensión de incapacidad permanente en grado de total, por contingencias comunes, solo puede ser reconocida cuando el sujeto solicitante está dado de alta o se encuentra en situación asimilada al alta (al margen de que la persona disfrute ya o no de una jubilación anticipada y de que, entonces, no cumpla o sí el mencionado requisito de alta o situación asimilada).

4.4. La edad ordinaria de jubilación, sin reunir los requisitos para esta, no impide el reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente, en todo tipo de contingencias (corrección del art. 10.2 RD 1132/2002)

En coherencia con las anteriores propuestas, el artículo 10.2 del citado RD 1132/2002 debería ser retocado. Manteniendo el acertado apartado 1 del mismo artículo, que mejora lo dispuesto en el artículo 195.1 LGSS al señalar que, en efecto, la regla de no reconocimiento de pensión de incapacidad permanente por cumplimiento de edad y requisitos de jubilación de ordinaria no opera cuando las contingencias son profesionales (pudiendo mejorarse la técnica legislativa, como acaba de proponerse en el epígrafe 4.2), el apartado 2 del citado artículo 10 debería ir destinado a todo tipo de contingencias. Todo sujeto que, teniendo la edad ordinaria de jubilación, no reúna sin embargo los requisitos para hacerse con una pensión (de jubilación), tiene derecho a prestaciones por incapacidad permanente (si cumple los requisitos para ello, sean comunes o profesionales las contingencias, es obvio).

4.5. Incompatibilidades en materia de jubilación. Necesidad de un nuevo precepto en la LGSS

Como cierre de este comentario, es inevitable reflexionar sobre la antes aludida ausencia de una norma reguladora de forma monográfica de las incompatibilidades entre la pensión de jubilación y otras prestaciones (no entre pensión de jubilación y trabajo del sujeto beneficiario, lo cual conecta con otras cuestiones que exceden de lo aquí comentado). Manteniendo las cosas en su estado actual, parece conveniente insertar en el ordenamiento jurídico algún precepto que confirme la incompatibilidad (en un mismo régimen) entre pensión de jubilación efectivamente reconocida y pensión por incapacidad permanente. Cierto es que del segundo párrafo del artículo 195.1 LGSS y del artículo 200.4 de la misma ley ya se desprende dicha incompatibilidad, pero vistos los derroteros que toman algunos órganos judiciales no estaría de más articular de forma expresa una norma sobre dicho asunto. Quizás ha llegado el momento de mitigar, al menos en este terreno, la "desatención reguladora" que se ha venido dando en materia de incapacidad permanente[30].

Aparte de esto, un supuesto como el de autos en la sentencia que ha sido comentada (STS 158/2023), genera algunos interrogantes. Como se ha visto, la persona que está jubilada de forma anticipada (también si se trata de un "adelanto" de la jubilación por motivos de discapacidad, por la vía del artículo 206.bis LGSS), no puede obtener adicionalmente una pensión por incapacidad permanente total (ante contingencias tanto comunes como profesionales), no por razones de incompatibilidad sino porque esa persona no está dada de alta, ni se encuentra en situación asimilada al alta. En efecto, el artículo 195.4 LGSS (posibilidad de obtener pensión de incapacidad permanente aun no existiendo alta ni situación asimilada al alta, si se tienen quince años cotizados) solo opera cuando, siendo las contingencias comunes, los grados de incapacidad permanente son los de absoluta y de gran invalidez. Ahora bien ¿Es esto razonable? El citado artículo 195.4 no guarda relación inicial con la jubilación anticipada, sino que contempla la posibilidad de que, sin cumplir el requisito del alta o situación asimilada, se pueda conseguir el reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente, pero ¿Es ortodoxo que ello pueda ocurrir incluso si el sujeto correspondiente es beneficiario de una pensión

[30] VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social*… ob. cit., p. 287, refiriéndose a la prestación por incapacidad permanente: "Aunque por mandato constitucional (art. 49 CE) y por tradición se ha hecho acreedora de una particular atención protectora, en los últimos años esta prestación ha sufrido una llamativa desatención reguladora".

por jubilación anticipada? Esta es una cuestión que merecería alguna reconsideración que, en su caso, debería proyectarse sobre la mentada norma general (expresa, no tácita por inducción) en materia de incompatibilidad entre jubilación y otras prestaciones como la pensión por incapacidad permanente, por ahora inexistente en el Derecho español de la Seguridad Social y que, como ha sido propuesto, debería insertarse en el ordenamiento jurídico español.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Laguna, F. y Sirvent Hernández, N.: *Lecciones y Prácticas de Seguridad Social (adaptadas al EEES)*, 10ª ed., Madrid, Ediciones Cinca (Colección Universidad, nº 21), 2022.

Blasco Lahoz, J.F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Cavas Martínez, F., en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Fernández Orrico, F.J.: en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 22ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Poquet Catalá, R.: *Derecho de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Murcia, Laborum, 2023.

Roqueta Buj, R.: «Incapacidad permanente», en VV.AA. (Roqueta Buj, R. y García Ortega, J., dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Roqueta Buj, R.: «Parte segunda. La incapacidad permanente», en Roqueta Buj, R. y Fernández Prats, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.

Tarancón Pérez, E. y Romero Ródenas, Mª.J.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo (Manuales Prácticos), 2021.

VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 2022.

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada: situación asimilada al alta, a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2022

Recognition of early retirement pension: situation assimilated to discharge, in relation to the STS of 23 December 2022

Rafael Álvarez Gimeno *Profesor Titular de Universidad*
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza
https://orcid.org/0000-0002-1654-4278

Cita Sugerida: ÁLVAREZ GIMENO, R.: «Reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada: situación asimilada al alta, a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 135-142.

Resumen

Con carácter general, para acceder a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, el art. 165 LGSS (antes art. 124) exige estar de alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia. No obstante, la LGSS establece unos requisitos específicos para causar derecho a cada prestación del sistema, lo que normalmente implica el cumplimiento de exigencias adicionales por parte del asegurado, pero en ocasiones puede suponer la dispensa o flexibilización del citado requisito de alta o situación asimilada. En la línea de otras sentencias recientes, la STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. 1562/2020) ha interpretado en unificación de doctrina que para acceder a la jubilación anticipada no es imprescindible que la persona causante esté inscrita como demandante de empleo de manera ininterrumpida y sea considerada de este modo en situación asimilada al alta, en tanto cumpla con los requisitos especiales previstos para esta modalidad de jubilación.

Palabras clave

Situación asimilada al alta; prestaciones; jubilación anticipada

Abstract

In general, to access the benefits of the General Social Security Scheme, art. 165 LGSS (formerly art. 124) requires being registered in the said Regime or in a situation assimilated to that of registration upon the occurrence of the contingency. However, the LGSS establishes specific requirements to cause entitlement to each benefit of the system, which normally implies compliance with additional requirements by the insured party, but may sometimes entail the waiver or relaxation of the aforementioned requirement of registration or assimilated situation. In line with other recent rulings, the STS of 23 December 2022 (rec. 1562/2020) has interpreted in unification of doctrine that in order to access early retirement it is not essential that the person causing it be registered as a job seeker in an uninterrupted manner and is thus considered in a situation assimilated to discharge, as long as it complies with the special requirements provided for this type of retirement.

Keywords

Status assimilated to discharge; benefits; early retirement

1. INTRODUCCIÓN

Este comentario jurisprudencial gira en torno al caso resuelto en unificación de doctrina por la STS de 23 de diciembre de 2022 (RJ 467, 2023), en el que, en contra del criterio del INSS, se le concede una pensión de jubilación anticipada a una mujer, aun cuando aquella no había permanecido de manera ininterrumpida como demandante de empleo y, en principio, podía entenderse que no se encontraba en situación de alta o asimilada al alta en el momento de causar la prestación. Este pronunciamiento viene a confirmar la doctrina más reciente de la sala de lo social del Alto Tribunal, que ya había flexibilizado el requisito de la situación asimilada al alta, de cara al acceso a la jubilación anticipada en otros supuestos que guardan similitud con el que aquí se presenta.

Fecha Recepción: 21/6/2023 - Fecha Revisión: 22/6/2023 - Fecha Aceptación: 6/7/2023
Pags. 135-142

No obstante, como se verá a continuación, conviene detenerse a reflexionar sobre algunos matices de esta línea jurisprudencial, puesto que el Tribunal Supremo, aun cuando llega en todos los casos a una conclusión favorable al otorgamiento de la prestación por jubilación anticipada, no utiliza siempre exactamente el mismo argumento. Además, en los supuestos de hecho resueltos tanto por la STS de 23 de diciembre de 2022 como por los pronunciamientos previos en los que esta se apoya (SSTS de 29 de junio de 2015, de 1 de diciembre de 2020 y de 22 de noviembre de 2022) resulta de aplicación transitoria la regulación de la jubilación anticipada previa a la Ley 27/2011, por lo que parece pertinente plantearse si esta doctrina judicial que tiende a facilitar el acceso a la jubilación anticipada continúa siendo aplicable con base en el vigente Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social.

2. LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022

2.1. Supuesto de hecho y cuestión controvertida

Los hechos del caso objeto de estudio en este comentario se remontan al 22 de agosto de 2017, momento en el que una mujer de 63 años de edad, a la que se le da en el repertorio el nombre ficticio de Doña Flora, solicita la pensión de jubilación anticipada[1]. La solicitante había iniciado su carrera de cotización en 1973, por lo que no fue mutualista antes del 1 de enero de 1967, y pasó la mayor parte de la misma prestando servicios en la empresa Generali España, S.A., concretamente desde el 1 de noviembre de 1981 hasta el 12 de agosto de 2003. Una vez perdió su empleo en dicha empresa, Doña Flora quedó en situación legal de desempleo, cobrando la prestación contributiva el máximo legal de dos años, del 13 de agosto de 2003 al 12 de agosto de 2005. Desde ese momento, la solicitante solo encontró otro empleo, fue en la empresa Imop Insight, S.A., en virtud de un contrato temporal, por obra o servicio determinado, a tiempo parcial, que llegó a su término el 6 de mayo de 2008[2]. Desde que perdió este último trabajo, la solicitante estuvo inscrita como demandante de empleo de manera intermitente en las siguientes fechas: del 3 de febrero de 2011 al 9 de mayo de 2011, del 19 de mayo de 2011 al 22 de agosto de 2011 y, más recientemente, del 13 de enero de 2017 al 20 de abril de 2018.

La respuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social a la solicitud de la prestación fue denegatoria[3], aun cuando resultaba aplicable la regulación anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Por un lado, se alegó que, en la fecha del hecho causante, el 22 de agosto de 2017, la interesada tenía 63 años, edad inferior a los 65 años que transitoriamente le eran exigibles para la jubilación ordinaria, circunstancia que no se puede poner en duda. Por otro lado, se argumentó que no se podía acoger a la jubilación anticipada, ya que, para los no mutualistas, esta requería el cumplimiento del requisito general, previsto en el art. 124 LGSS, de estar en alta o en situación asimilada al sobrevenir la contingencia o situación protegida, no pudiéndose considerar la solicitante en situación asimilada al alta, en tanto no había estado inscrita como demandante de empleo durante varios periodos desde la pérdida de su último trabajo.

Doña Flora interpuso reclamación administrativa previa el 8 de noviembre de 2017, pero, como era previsible, esta fue rechazada por el INSS el 13 de diciembre de ese mismo año. Una vez cumplido

[1] Cuando se habla en este artículo de jubilación anticipada, se alude a aquellos en los que el trabajador opta por adelantar la edad de jubilación ordinaria que le resulta aplicable. Debe distinguirse esta situación de las jubilaciones anticipadas por razón de actividad o de discapacidad, que la doctrina suele identificar como supuestos de "reducción" de la edad de jubilación, en tanto el trabajador no anticipa la edad de jubilación que le resulta aplicable, simplemente se jubila a una edad más temprana que la establecida con carácter general, pero que es la que por sus circunstancias le resulta aplicable. Cfr.. López Cumbre, L.: *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 69 y ss Romero Rodenas M.J.: *La pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social*, 7ª ed, Bomarzo, 2023.

[2] En el antecedente de hecho segundo de la STS pone por error 6 de mayo de 2018.

[3] En la STS y en la STSJ figura como fecha de la resolución del INSS el 23 de agosto de 2017, día siguiente a la solicitud. Cabe advertir que esta fecha no puede ser correcta, cuando consta que la reclamación administrativa previa tuvo lugar el 8 de noviembre de 2017.

con dicho trámite, la solicitante de la pensión decidió demandar al INSS y a la TGSS, alegando que, a diferencia de lo argumentado por parte del INSS, la modalidad de jubilación anticipada aplicable no exigía la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo. En este sentido, tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid de 28 de septiembre de 2018 como la Sala de lo Social del STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2020 (JUR 107721) dieron la razón a la demandante, siendo este último pronunciamiento recurrido en casación para unificación de doctrina por el INSS y la TGSS,

Como puede deducirse de lo expuesto hasta aquí, la cuestión principal que debe resolverse por el Tribunal Supremo es si el requisito general del art. 124 LGSS 1994 (ahora 165) de encontrarse en alta o situación asimilada resulta exigible para acceder a la pensión de jubilación anticipada para una persona no mutualista a la que se le aplica la normativa anterior a la reforma de 2011 y, en su caso, si el hecho de no haber estado inscrito como demandante de empleo de forma ininterrumpida desde el último cese laboral impide que se le considere en situación asimilada al alta a estos efectos.

2.2. Fundamentación jurídica, línea jurisprudencial y fallo

Antes de abordar la solución al problema jurídico planteado, conviene aclarar que a Doña Flora no le resultaba aplicable la normativa vigente en el momento de solicitar la prestación, sino que se seguía rigiendo por lo dispuesto en el RD Leg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Esta circunstancia, que ninguna de las partes pone en cuestión, se debe a que la Disposición Transitoria 4ª.5 a) de la LGSS vigente prevé seguir aplicando "la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011", entre otras, a las "personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social"[4]. Como se ha expuesto en el subapartado anterior, el último contrato laboral de la solicitante terminó el 6 de mayo de 2008 y desde entonces no había vuelto a trabajar, por lo que la aplicación de la norma transitoria resulta clara.

La demanda presentada por la solicitante frente al INSS y la TGSS fue estimada por la SJS nº 41 de Madrid de 28 de septiembre de 2018, que declaró el derecho de aquella a percibir prestación de jubilación anticipada con efectos de 22 de agosto de 2017, fecha en la que se había solicitado la jubilación, tomando una base reguladora de 910,38 € y aplicando un porcentaje del 79,9%. Este fallo fue confirmado por la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2020, una resolución con una fundamentación jurídica bastante escueta y con ciertas carencias, que, sin citar expresamente ninguna sentencia, argumenta que el art. 161 bis LGSS, que regulaba respectivamente la jubilación anticipada antes de la reforma de 2011, no exigía que la trabajadora se encontrase de alta ni en situación asimilada al alta, del mismo modo que tampoco se requería que aquella se encontrase inscrita ininterrumpidamente como demandante de empleo desde que cesó en el último trabajo, únicamente se le exigía, además de los requisitos de edad y cotización, estar inscrita como demandante de empleo por un periodo mínimo de seis meses y que el cese en el trabajo fuera por causas no imputables a su libre voluntad, requisitos que se cumplían conforme a lo dispuesto en los hechos probados.

[4] En este caso, serían aplicables los requisitos de la jubilación anticipada del art. 161 bis LGSS 1994 en la redacción dada por el Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Ello implica en la práctica un régimen de jubilación más favorable, lo que representa una medida comprensible desde un punto de vista social, pero también un tanto cuestionable en los términos en los que está redactada, en tanto desmotiva la búsqueda y aceptación de trabajo y, por tanto, el número de cotizantes. Un estudio sobre otras medidas que lastran el aumento de cotizantes puede leerse en Rodríguez Iniesta, G., "Medidas que desincentivan el incremento del número de cotizantes. Supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación". *Revista de Derecho de la Seguridad Socia*l", Laborum, Murcia, 2016, nº2 extra (especial monográfico), pp. 211 y ss.

Frente a esta sentencia, dictada en suplicación por el TSJ de Madrid, el INSS y la TGSS interpusieron un recurso de casación para unificación de doctrina por infracción del art. 161 bis 2 LGSS 1994, en relación con los arts. 161.1 y 3 y 124.1 de dicho cuerpo legislativo y con el art. 36.1 1º Real Decreto 84/1996de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Al respecto, se alega contradicción con la sentencia dictada por la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2014 (JUR 2023, 26494). En dicho pronunciamiento, el tribunal argumentó, de una parte, que estar en alta o en situación asimilada al alta es requisito necesario para acceder a la jubilación anticipada; y de otra, que "la voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja del actor en la Seguridad Social y su inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación, no permiten considerar en situación asimilada al alta a quien solicita luego la pensión de jubilación anticipada"[5]. Por consiguiente, la sentencia de contraste llegó a la conclusión de que el solicitante de la prestación, que había interrumpido en varias ocasiones desde el cese del último trabajo su inscripción como demandante de empleo, no tenía derecho a jubilarse de manera anticipada, lo que efectivamente contradice lo dispuesto en la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2020, generando interés casacional.

La base argumental del INSS y de la TGGS, apoyada en la mencionada sentencia de contraste, gira fundamentalmente alrededor de dos ejes. En primer lugar, se parte de la base de que la jubilación anticipada de los no mutualistas, previa a la reforma de 2011, requería del cumplimiento de estar en situación de alta o asimilada. Para ello, se aduce que el art. 161.1 LGSS 1994, que dicta las reglas de acceso a la jubilación contributiva, se refiere a la necesidad de cumplir el requisito general del art. 124.1 de dicho cuerpo legislativo, esto es, estar afiliadas y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario. En este sentido, el apartado 3 del citado art. 161 LGSS 1994 indica que la pensión de jubilación puede causarse, aunque los interesados estén en situación de no alta, cuando se reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1 del precepto, que son los propios de la jubilación ordinaria: 65 años de edad y 15 de cotización. En segundo lugar, se entiende que, para ser considerado en situación asimilada al alta, en supuestos como los que aquí se debaten, el trabajador debe estar inscrito como demandante de empleo desde el momento del último cese laboral hasta el momento de producirse la contingencia de manera ininterrumpida. Esta exigencia se apoya en el art. 36.1 1º Real Decreto 84/1996, que considera en situación asimilada a la del alta la "situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se *mantenga* la inscripción como desempleado en la oficina de empleo".

Frente a esta interpretación restrictiva, la STS de 23 de diciembre de 2022 se alinea con una corriente jurisprudencial reciente, mucho más flexible y proclive a los intereses de los trabajadores. En este sentido, el Fundamento Jurídico 6º alude, en primer lugar, a la STS de 29 de junio de 2015 (RJ 4107), que argumenta, de una parte, que la norma no exigía que la trabajadora se encontrase de alta ni en situación asimilada al alta, ya que tal requisito no aparecía contemplado en el art. 161 bis LGSS 1994, ni tampoco requería que el solicitante se encontrase inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo desde que cesó en el último trabajo, pues tal requisito no aparecía en la Disposición Transitoria 3ª LGSS 1994, que regulaba el acceso a la jubilación anticipada de quienes hubieran pertenecido al Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967. Ciertamente, se trata de una interpretación radicalmente contraria a la sostenida por el INSS y la TGSS, así como por la sentencia de contraste; sin embargo, cabe resaltar que se trata de un caso muy particular, en tanto la trabajadora había sido mutualista antes del 1 de enero de 1967, situación que, como se ha

[5] Cfr Maldonado Molina, J.A.: "Acceso a la jubilación como demandante de empleo. Requisitos para considerarse en situación asimilada al alta y aplicación de la doctrina del paréntesis: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 173/2018, de 20 de febrero", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº. 428, 2018. pp. 175-180.

expuesto, no concurría en el supuesto de hecho de la STS de 23 de diciembre de 2022. Si bien es cierto que la inaplicación del requisito general del art. 124 LGSS 1994 a los mutualistas abre el camino de una interpretación flexible que alcance a otras situaciones de jubilación anticipada, en mi opinión, el hecho de que a esas personas que fueron mutualistas se les aplique un régimen transitorio, con unas condiciones de acceso al retiro tan diferentes y ventajosas respecto de las previstas para el resto de trabajadores, hace que resulte cuestionable la aplicación de esta doctrina a un supuesto como el planteado por Doña Flora, que inició su carrera de cotización en 1973, seis años después de la integración del mutualismo laboral en la Seguridad Social.

Muchas más similitudes con el caso planteado muestra la segunda de las sentencias utilizadas por el Alto Tribunal en su argumentación, se trata de la STS de 1 de diciembre de 2020 (RJ 5032)[6]. En ella se resuelve un supuesto en el que una trabajadora había sido despedida dentro del marco de un ERE anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, sin que volviera a presentar servicios, por lo que también estaba ante una situación de extinción contractual no imputable a la voluntad de la empleada en la que se debía aplicar la Disposición Transitoria 4ª. 5 a) LGSS. Una vez cumplió la edad, dicha trabajadora, que tenía 34 años y 11 meses de cotización y había estado inscrita como demandante de empleo los seis meses inmediatamente anteriores, solicitó la pensión de jubilación anticipada, pero esta le fue rechazada tanto por el INSS como posteriormente por el JS nº1 de Cáceres, al entender que no acreditaba situación asimilada al alta por paro involuntario, pues entre el momento del despido y la solicitud constaba una interrupción de 24 meses en la cualidad de demandante de empleo, sin que esta se debiera a problemas de salud u otras circunstancias que pudieran justificar el cese en la inscripción. En contra de este criterio, tanto la STSJ de Extremadura de 22 de marzo de 2018 como la mencionada STS de 1 de diciembre de 2020 conceden la pensión. En este sentido, su argumentación gira principalmente en torno a una interpretación flexible del artículo 36.1 1º RD 84/1996, pues se considera que la demandante en realidad sí cumplía con el requisito de encontrarse en situación asimilada al alta, al estar inscrita como demandante de empleo en el momento de la solicitud y haberlo estado en los seis meses inmediatamente anteriores, cumpliendo con todos los requisitos específicos para acceder a la jubilación anticipada.

Por último, la STS de 23 de diciembre de 2022 se apoya, algo más extensamente, en la reciente STS de 22 de noviembre de 2022 (RJ 5687), que resolvía un caso muy similar al anterior. Concretamente, tanto el INSS como el JS nº 28 de Madrid habían denegado la jubilación anticipada a una persona trabajadora cuyo contrato se había extinguido por causas ajenas a su voluntad con anterioridad a la reforma de 2011, al considerar que no se le podía considerar en situación asimilada al alta por no constar una situación ininterrumpida como demandante de empleo desde que se produjo el cese[7]. Sin embargo, el TS, en línea con lo que había resuelto en suplicación la STSJ de Madrid de 29 julio de 2019 (JUR 284214), dio la razón al solicitante de la prestación, aludiendo a la ya comentada STS de 1 de diciembre de 2020, aunque con algún matiz en su argumentación. En este sentido, la STS de 22 de noviembre de 2022 comienza su fundamentación indicando que los requisitos del art. 161 LGSS 1994, sobre jubilación anticipada, aplicables al caso constituían una norma especial frente a la norma general prevista en el art. 124 LGSS 1994, no resultando de aplicación el requisito de encontrarse en situación de alta o asimilada al alta. Al margen de ello, al Alto Tribunal continúa diciendo que "el paro involuntario con inscripción en la oficina de empleo como demandante de empleo es una situación asimilada al alta (…), de manera que tampoco era necesario plantearse si es aplicable o no a la pensión de jubilación anticipada el requisito de tener que estar en alta o en situación asimilada a la de alta, establecido con carácter general (…)"; se entiende, por tanto, que al haber

[6] Este pronunciamiento es comentado con detalle en Macías García, M.C.: ¿Es requisito necesario la situación de asimilación al alta para el acceso a la jubilación anticipada involuntaria? *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social,* mayo-octubre 2021, núm. 3, pp. 240 y ss.

[7] Concretamente, había interrumpido esta su inscripción como demandante de empleo durante más de 5 años: del 27 de abril de 2011 al 29 de diciembre de 2016.

estado inscrito como demandante de empleo durante al menos los seis meses anteriores a la fecha de su solicitud, el interesado estaba en situación asimilada a la de alta.

A la vista de las mencionadas sentencias, puede afirmarse que en el momento de resolverse el caso presentado en este comentario existía una doctrina jurisprudencial reciente, pero consolidada, tendente a conceder la jubilación anticipada en estos supuestos en los que, cumpliéndose los requisitos de edad, cotización y extinción involuntaria, el solicitante había estado los seis meses inmediatamente anteriores inscrito como demandante de empleo. Por consiguiente, no debe sorprender que la STS de 23 de diciembre de 2022 rechace el recurso de casación para unificación de doctrina presentado por el INSS y la TGSS y dé la razón a la trabajadora. No obstante, como acaba de exponerse, la jurisprudencia anterior al pronunciamiento objeto de estudio había utilizado dos argumentos distintos para cimentar esta interpretación flexible: de una parte, puede considerarse que el requisito general de encontrarse en alta o situación asimilada no resulta exigible en estos casos de jubilación anticipada; de otra parte, es posible entender que aquellas personas que llevan al menos los seis meses anteriores registradas como demandantes de empleo están en realidad en situación asimilada al alta. En este sentido, la STS de 23 de diciembre de 2022 parece incidir en el primero de los argumentos, entendiendo que, ante la existencia de una "norma especial", el art. 161 bis. 2 LGSS 1994, que regula el acceso a la jubilación anticipada, debe prevalecer lo dispuesto en ella, frente a lo establecido en la norma general del art. 124.1 LGSS 1994.

3. LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DE LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022 A LA LGSS VIGENTE

Como se ha expuesto en los apartados anteriores, tanto la STS de 23 de diciembre de 2022 como aquellas sobre las que asienta su argumentación resuelven supuestos de hecho en los que, en virtud de la aplicación de la Disposición Transitoria 4ª.5 a) de la LGSS, se sigue aplicando la regulación de la pensión de jubilación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, al tratarse de personas trabajadoras cuya relación se había extinguido antes de 1 de abril de 2013, sin que hubieran vuelto a trabajar con posterioridad. Es por ello que parece oportuno el plantearse si, conforme a la regulación vigente de la jubilación anticipada, cabría aplicar la interpretación flexible de las mencionadas sentencias.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que la LGSS 2015, en sus arts. 207 y 208, distingue entre una jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, comúnmente llamada jubilación anticipada "forzosa" o, más propiamente, "involuntaria" y una jubilación anticipada por voluntad del interesado o, simplemente, jubilación anticipada "voluntaria"[8], distinción que no estaba presente antes de la reforma de 2011, en tanto el art. 161.1 bis LGSS 1994 no contemplaba la modalidad voluntaria[9]. Es por ello que lo que hay que determinar es si resulta posible aplicar la doctrina de la STS de 23 de diciembre de 2022 a la jubilación anticipada forzosa contemplada en el vigente art. 207 LGSS.

En el Real Decreto Legislativo 8/2015 el requisito general de estar de alta en el Régimen General de la Seguridad Social o en situación asimilada a la de alta para acceder a las prestaciones ha permanecido prácticamente invariable en el art. 165. 1, a pesar de las sucesivas reformas, sin que tampoco haya habido variaciones significativas en el desarrollo reglamentario acerca de lo que debe

[8] Cfr. Gorelli Hernández, J., De Val Tena, A.L., Alzaga Ruiz, I., Arias Domínguez, A., Marín Alonso, I, Gutiérrez Pérez, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 282. Collado García L, Tarancón Pérez, E. y Romero Rodenas M.J.: *Manual de prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2023, pp. 223 y ss.

[9] Cabe señalar que, para aproximar la edad de jubilación real a la legal, el Pacto de Toledo, en sus distintas versiones, ha recomendado revisar el acceso a la jubilación anticipada, de manera que los coeficientes reductores sean equitativos y se fomente la prolongación de la vida laboral. Vid. Fernandez Docampo M.B.: "Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria", *Revista Temas Laborales* núm. 163/2022, pp. 95 y ss. Fernandez Prieto M.: "Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad", *Revista Temas Laborales* núm. 163/2022, pp. 129 y ss.

entenderse por situación asimilada al alta[10]. Además, el vigente art. 205 LGSS, sobre beneficiarios de la pensión de jubilación, sigue aludiendo en su primer apartado al cumplimiento del requisito general del art. 165.1, dispensándolo en el apartado tercero para quienes reúnan los requisitos de edad y cotización propios de la jubilación ordinaria, en términos semejantes a los existentes en el art. 161 de la LGSS 1994, antes y después de la reforma de 2011. Por consiguiente, del marco normativo general podría seguirse planteando la necesidad de que quienes se pretenden jubilar anticipadamente han de estar de alta o en situación asimilada.

Por su parte, el segundo de los requisitos específicos establecidos en el art. 207. 1 b) LGSS para acceder a la jubilación anticipada forzosa reproduce lo dispuesto en el 161.1 bis b) de la LGSS 1994. Por tanto, para acceder a esta modalidad de jubilación se requiere estar inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la prestación.

En virtud de las mencionadas semejanzas, no parece que exista motivo alguno para entender que la doctrina establecida, a propósito de la normativa anterior a la Ley 27/2011, en las SSTS de 23 de diciembre de 2022, 2 de noviembre de 2022 y 1 de diciembre de 2020 haya decaído con la legislación vigente. Por consiguiente, en los supuestos de jubilación anticipada forzosa que quedan fuera de la Disposición Transitoria 4ª. 5 LGSS, cuando la persona solicitante haya estado inscrito como demandante de empleo en los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud y cumpla con los demás requisitos previstos en el art. 207 LGSS[11], procederá el otorgamiento de la pensión de jubilación, ya sea por considerarse que, al existir una norma más específica, no es aplicable el requisito general de encontrarse en situación asimilada al alta, ya sea por entender que la inscripción como demandante de empleo por al menos seis meses constituye de por sí una situación asimilada al alta.

4. CONCLUSIONES

La STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. 1562/2020) flexibiliza el acceso a la jubilación anticipada, al entender que no resulta imprescindible que la persona trabajadora haya estado inscrita como demandante de empleo de manera ininterrumpida desde la extinción de su último contrato hasta el momento de causarse la prestación, siendo suficiente dicha inscripción en los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión, además del cumplimiento de los requisitos legales de edad, cotización, etc.

Esta sentencia viene a confirmar la línea seguida por otros pronunciamientos recientes del Alto Tribunal, como las SSTS de 1 de diciembre de 2020 (rec. 2390/2018) y de 2 de noviembre de 2022 (rec. 4281/2019). No obstante, conviene matizar que la mencionada flexibilización en el acceso a la jubilación anticipada se ha apoyado en dos argumentos complementarios, pero diferentes. De un lado, la no aplicación del requisito general de alta o situación asimilada del art. 124 LGSS 1994 (ahora art. 165 LGSS), en virtud de una prioridad de la norma más específica, el art. 161 LGSS 1994 (ahora art. 207 LGSS), sobre jubilación anticipada. De otro, considerar que el trabajador que ha estado inscrito los seis meses inmediatamente anteriores como demandante de empleo está, en realidad, en situación asimilada al alta, por lo cual, aunque se exigiera el aludido requisito general del art. 124 LGSS 1994, este se entendería cumplido. Si bien el TS comenzó utilizando principalmente esta

[10] Art. 36.1 1º RD 84/1996.

[11] A este respecto, al margen de la edad, que puede anticiparse hasta en cuatro años respecto de la fijada con carácter ordinario, y de la cotización de treinta y tres años a lo largo de la vida laboral, debe tenerse en cuenta que la extinción contractual debe haberse producido como consecuencia de una de las causas expresamente contempladas por la ley, que, si bien fueron ampliadas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, puede seguirse considerando que constituyen un *numerus clausus*. Cfr. Areta Martínez, M.: "Las causas de extinción del contrato de trabajo que dan acceso a la jubilación anticipada derivada de cese no imputable al trabajador [artículo 207.1.d) LGSS]: ¿lista 'numerus clausus' o 'numerus apertus'?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 10/2020 (recurso consultado en formato digital).

segunda argumentación, en sus sentencias más recientes, parece haber ido poniendo mayor énfasis en la inexigencia de situación asimilada al alta.

Tanto la STS de 23 de diciembre de 2022 como los pronunciamientos en los que se apoya resuelven casos en los que se aplica transitoriamente la regulación de la jubilación anticipada vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, al haberse extinguido los contratos de las solicitantes antes de 1 de abril de 2013, sin que estas hubieran vuelto a trabajar. No obstante, por analogía, la interpretación flexible realizada por el Tribunal Supremo resulta también aplicable a los supuestos de jubilación anticipada involuntaria, que se regulan en el art. 207 de la LGSS vigente.

Sin perjuicio de que la doctrina jurisprudencial analizada en este comentario pueda considerarse jurídicamente correcta y que, atendiendo al género de las demandantes, pueda favorecer especialmente a mujeres trabadoras, en mi opinión, resulta un tanto cuestionable la aplicación de un régimen más favorable de cara a la jubilación anticipada, como el de la disposición transitoria 4ª. 5 LGSS, que desmotiva la búsqueda y aceptación de un empleo, desincentivo que aumenta con la jurisprudencia analizada, al no exigirse la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo desde la pérdida del último trabajo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortés, J.C.: "Las jubilaciones anticipadas y su evolución", en VVAA: *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, dirs. Calvo Gallego, J. y Fernández 9. López, M.F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Areta Martínez, M.: "Las causas de extinción del contrato de trabajo que dan acceso a la jubilación anticipada derivada de cese no imputable al trabajador [artículo 207.1.d) LGSS]: ¿lista 'numerus clausus' o 'numerus apertus'?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 10/2020.

Collado García L, Tarancón Pérez E y Romero Rodenas MJ: *Manual de prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2023.

Férnandez Docampo M.B.: "Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria", *Revista Temas Laborales*, núm. 163/2022.

Férnandez Prieto M.: "Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad", *Revista Temas Laborales*, núm. 163/2022.

Gorelli Hernández, J.: De Val Tena, A.L., Alzaga Ruiz, I, Arias Domínguez, A., Marín Alonso, I, Gutiérrez Pérez, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2022

López Cumbre, L.: *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.

Macías García, M.C.: ¿Es requisito necesario la situación de asimilación al alta para el acceso a la jubilación anticipada involuntaria? *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social,* mayo-octubre 2021, núm. 3.

Maldonado Molina, J.A.: "Acceso a la jubilación como demandante de empleo. Requisitos para considerarse en situación asimilada al alta y aplicación de la doctrina del paréntesis: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 173/2018, de 20 de febrero", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº. 428, 2018.

Rodríguez Iniesta, G.: "Medidas que desincentivan el incremento del número de cotizantes. Supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, Murcia, 2016, nº2 extra (especial monográfico).

Romero Rodenas M.J.: *La pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social*, 7ª ed, Bomarzo, 2023.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El seguro para la cobertura de la contingencia de dependencia de los Empleados Públicos Federales Norteamericanos. Una aproximación posibilista a la nueva contingencia contributiva de Seguridad Social del siglo XXI

Insurance for dependency contingency coverage of North American Federal Public Employees. A possible approach to the new 21ST century Social Security contributory contingency

Jesús Martínez Girón *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Facultad de derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita Sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El seguro para la cobertura de la contingencia de dependencia de los Empleados Públicos Federales Norteamericanos. Una aproximación posibilista a la nueva contingencia contributiva de Seguridad Social del siglo XXI». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 145-156.

Resumen

Este trabajo analiza la Ley norteamericana para la cobertura de la contingencia de dependencia de los empleados públicos federales, promulgada por el Presidente Clinton a finales del año 2000. Analiza también el fracasado intento del Presidente Obama de extender la técnica de dicha Ley al conjunto de la población norteamericana. A la vista de su protección de la contingencia de dependencia, los empleados públicos federales y sus familias pueden considerarse ciudadanos norteamericanos privilegiados, aunque se impide desde el año 2022 la aceptación de nuevos asegurados, con la finalidad de evaluar el impacto de la pandemia del coronavirus sobre la regulación que efectúa la Ley.

Palabras clave

Derecho comparado de la Seguridad Social; Dependencia; Empleados públicos federales; Estados Unidos; Seguridad Social contributiva

Abstract

This paper discusses the North American Act for Dependency Contingency Coverage of Federal Public Employees, signed into law by President Clinton in late 2000. It also analyses President Obama's failed attempt to extend the technique of this Law to the entire American population. In view of their protection from the dependency contingency, federal public employees and their families can be considered privileged North American citizens, although the acceptance of new policyholders has been prevented since 2022, in order to evaluate the impact of the coronavirus pandemic on the regulation carried out by the Law.

Keywords

Comparative Social Security Law; Dependence, Federal Public Employees; United States; Contributory Social Security

1. LA CONTINGENCIA DE DEPENDENCIA COMO NUEVA CONTINGENCIA CONTRIBUTIVA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL SIGLO XXI, TAMBIÉN EN LOS ESTADOS UNIDOS[1]

Aunque la legislación española de seguridad social siga orbitando alrededor de contingencias contributivas del siglo pasado (que, por supuesto, hay que seguir protegiendo), resulta evidente que la realidad social de dicho siglo tiene poco que ver con la del siglo presente, al caracterizarse ahora la sociedad por la irrupción de la llamada «cuarta edad» (sólo en España, en 2022, había un total

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2022-136807NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

de más de dos millones novecientos mil habitantes de 80 ó más años, de los cuales casi veinte mil eran centenarios, encontrándose en lista de espera cuatro millones más de ellos, siempre en 2022, comprendidos entre 70 y 79 años)[2], habiendo determinado este hecho el surgimiento de un nuevo tipo de riesgo social (también, para la clase media) y, consecuentemente, la necesidad de regular una nueva contingencia de seguridad social para protegerlo, que es la contingencia de dependencia[3]. En línea con las contingencias tradicionales del siglo pasado, se trata de una nueva contingencia contributiva (inimaginable cuando se promulgó en 1952 el Convenio número 102 de la OIT, hoy en día con su ideal de cobertura de seguridad social obsoleto; e incluso, cuando se promulgó en 1978 nuestra Constitución, que sólo habla de la protección de «los ciudadanos durante la tercera edad», a través de «pensiones»), habiendo certificado oficialmente su nacimiento la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 diciembre 2000, cuyo artículo 34 —sobre la base de la distinción neta que traza entre la seguridad social contributiva, regulada en su apartado 1, y la asistencia social para hacer frente a la exclusión social y la pobreza, regulada en su apartado 3[4]— habla de reconocer y de tener que respetar hasta seis contingencias contributivas de seguridad social, añadiendo a las cinco tradicionales que expresamente menciona («maternidad», «enfermedad», «accidentes laborales», «vejez» y «pérdida de empleo») la nueva contingencia de «dependencia» (por cierto, erróneamente denominada «*dependency*» en la versión lingüística inglesa de la Carta, en vez de «*long-term care*», esta última verdadera expresión jurídica equivalente de la alemana «*Pflegebedürftigkeit*», de la francesa «*dépendance*» o de la italiana «*dipendenza*», utilizadas en las correspondientes versiones lingüísticas oficiales de la propia Carta)[5]. Al igual que sucedió en la Unión Europea, los Estados Unidos de América también inauguraron el siglo corriente con la promulgación de una norma —protagonista estelar de este trabajo— sobre la nueva contingencia contributiva de seguridad social más definidora del siglo en que nos encontramos (lo que explica que haya sido calificada como la «contingencia de seguridad social del siglo XXI»)[6]. Se trata de una norma aparentemente desconocida en Europa, aunque posee un interés comparatista muy grande (especialmente, desde el punto de vista español, dadas todas las carencias de nuestro caótico Derecho positivo asistencialista vigente sobre el tema de la dependencia)[7]. De ella paso a ocuparme inmediatamente.

---

[2] Al respecto, véase el tópico «Población por edad (grupos quinquenales), Españoles/Extranjeros, Sexo y Año», del enlace «Principales series de población desde 1998. Total nacional», en el sitio en Internet del Instituto Nacional de Estadística, ubicado en www.ine.es.

[3] Al respecto, alertando sobre el tema, véase Martínez Girón, Jesús, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, págs. 19 y ss.

[4] Al respecto, véase Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, págs. 273 y ss.

[5] Denunciando dicho error de traducción, «con la consecuencia de que el texto jurídico así traducido acabe resultando incomprensible para los juristas anglo-norteamericanos interesados en el tema», véase Martínez Girón, Jesús, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», en el volumen *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 173. Acerca del contexto del tema y de su dañosa gravedad, véase Martínez Girón, Jesús, «Errores de traducción jurídica, en asuntos laborales o de seguridad social, cometidos por los poderes públicos», *Anuario Coruñés de Derecho comparado del Trabajo*, volumen XIII, 2021, págs. 175 y ss.

[6] Al hilo del Derecho positivo francés, véase Martínez Girón, Jesús, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Sobre la nueva Ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 44, 2016, págs. 1 y ss.; al hilo del Derecho positivo alemán, véase Arufe Varela, Alberto, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier, Barcelona, 2019, págs. 13 y ss. Con carácter general, véase Arufe Varela, Alberto, «Un reto inaplazable para una seguridad social del siglo XXI, especialmente desde la perspectiva del Derecho comparado: el reconocimiento de la dependencia como riesgo, y su configuración como contingencia contributiva», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 36, 2023, págs. 151 y ss.

[7] Creo que contundentemente denunciadas por mí en su día, en Martínez Girón, Jesús, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, número 72, 2015, págs. 59 y ss.

2. LA LEY NORTEAMERICANA DE 19 SEPTIEMBRE 2000, DE CREACIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES

Esta norma forma parte de otra mucho más grande —a calificar, con terminología metafóricamente eficaz, como Ley «madre»[8]—, cuya denominación oficial es comprensiblemente ampulosa (más en concreto, «Una Ley para modificar el Título 5 del Código de los Estados Unidos, para proveer el establecimiento de un programa al amparo del cual se ponga un seguro de dependencia a disposición de los empleados federales, de los miembros de los servicios uniformados, y de los jubilados civiles y militares, para proveer la corrección de errores de cobertura de la jubilación al amparo de los Capítulos 83 y 84 de dicho Título, y para otros propósitos»)[9]. Su «hija» —que es la norma que a mí me interesa considerar— aparece contenida en su Título I (rotulado «Seguro federal de dependencia [*Federal long-term care insurance*]»), el cual sólo consta de tres secciones (equivalentes, como se sabe, a los artículos de nuestras leyes). La primera sección (rotulada «Título breve [*Short title*]») afirma que «este título puede ser citado como la "Ley de Seguridad de la Dependencia"»[10]. La segunda sección (rotulada «Seguro de dependencia») ordena, a su vez, su inclusión en el Código de los Estados Unidos (esto es, el Código donde aparecen recogidas todas las normas federales norteamericanas con rango de ley)[11], concretando que «la Subparte G de la Parte III del Título 5 del Código de los Estados Unidos [esto es, el Título que trata de la organización y los empleados del Gobierno federal] se enmienda, añadiéndole al final lo siguiente»[12], refiriéndose esto último a un nuevo Capítulo 90 de la porción recién indicada, en el que se alojan las nueve secciones de que consta la Ley de creación del seguro de dependencia de los empleados públicos federales (a citar, según la metodología norteamericana usual, como secciones 9001 a 9009 del Título 5 del Código de los Estados Unidos). En fin, la tercera y última sección (rotulada «Fecha de efectos [*Effective date*]») aborda el tema de la fecha de entrada en vigor de la Ley «hija», comprensiblemente distinta de la fecha de entrada en vigor del resto de su Ley «madre» arriba citada, a cuyo tenor —relativamente endiablado— «la Oficina de Gestión de Personal tomará las medidas que sean necesarias para asegurar que la cobertura del seguro de dependencia al amparo del Título 5 del Código de los Estados Unidos, enmendado por este Título, pueda obtenerse, coincidiendo con su fecha de efectos, no después del primer día del primer período de pago aplicable del primer año fiscal que comience al transcurrir el período de 18 meses a computar desde la fecha de promulgación de esta Ley»[13], lo que remitía la aplicabilidad efectiva de la misma (supuesto que la Ley se promulgó el 19 septiembre 2000, fecha de su firma por el Presidente Bill CLINTON, y supuesto que el año fiscal comienza para el Gobierno federal norteamericano cada 1 octubre)[14] a cualquier fecha anterior a 1 octubre 2002.

---

[8] Acerca de esta metáfora, también aplicable al Derecho positivo alemán, véase Arufe Varela, Alberto, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Atelier, A Coruña, 2008, pág. 3.

[9] Textualmente, «*An act to amend title 5, United States Code, to provide for the establishment of a program under which long-term care insurance is made available to Federal employees, members of the uniformed services, and civilian and military retirees, provide for the correction of retirement coverage errors under chapters 83 and 84 of such title, and for other purposes*». Su referencia oficial es 114 Stat. 762, Public Law 106-265.

[10] Textualmente, «*This title may be cited as the "Long-Term Care Security Act"*».

[11] Sobre él, véase Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., cit., págs. 39-40.

[12] Textualmente, «*Subpart G of part III of title 5, United States Code, is amended by adding at the end the following*».

[13] Textualmente, «*The Office of Personnel Management shall take such measures as may be necessary to ensure that long-term care insurance coverage under title 5, United States Code, as amended by this title, may be obtained in time to take effect not later than the first day of the first applicable pay period of the first fiscal year which begins after the end of the 18-month period beginning on the date of the enactment of this Act*».

[14] Esto último es así, desde la promulgación de la Ley de control de embargos y de presupuestos del Congreso (*Congressional Budget and Impoundment Control Act*) de 1974, cuya referencia oficial es 88 Stat. 297, Public Law 93-344. Sobre el tema, con interesante perspectiva histórica, véase Loxley, Gary A. y Mitola, Thomas F., «The Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974: Gramm-Rudman and beyond», *Ohio Northern University Law Review*, volumen 14, 1987, págs. 329 y ss.

3. 3. LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY NORTEAMERICANA DE CREACIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES

Dicho período de *vacatio legis* relativamente dilatado se explica por la necesidad de que la citada Oficina de Gestión de Personal (o, según su acrónimo en inglés, OPM)[15] promulgase los reglamentos de desarrollo de la Ley, cuyo complejo conjunto acabó ubicado en la Parte 875 del Título 5 del Código de Reglamentos Federales (con el rótulo «Programa del seguro federal de dependencia [*Federal long-term care insurance program*]»)[16]. En dicha Parte, aparece alojado un total de cuarenta preceptos, más bien breves, agrupados en cuatro Subpartes (respectivamente rotuladas «Administración y disposiciones generales [*Administration and general provisions*]»[17], derecho subjetivo al seguro o «Idoneidad [*Eligibility*]»[18], «Coste [*Cost*]»[19]) y «Ámbito de aplicación [*Coverage*]»[20]). A pesar de su gigantismo, se trata de un conjunto de normas reglamentarias grato de leer, al estar de propósito redactado en términos fácilmente comprensibles por parte de cualquier ciudadano corriente (se supone que, carente de pericia en leyes), indicando el primero de tales preceptos —con una clara intención de proximidad entre la Administración y el administrado— lo siguiente: «Esta parte está escrita como si el lector fuese un solicitante o asegurado. Consecuentemente, las palabras "usted", "su", etc., se refieren, en la medida en que resulte apropiado, al solicitante o asegurado»[21]. Este mismo precepto preliminar contiene un utilísimo glosario de definiciones alfabéticamente ordenado, que permite hacerse idea con sólo un vistazo rápido de por dónde van los tiros de la regulación (legal y reglamentaria) del seguro de dependencia de los empleados públicos federales Así, por ejemplo, se indica en él que «asegurador [*carrier*] significa un "asegurador cualificado" … con el que la OPM haya contratado proveer cobertura de seguro de dependencia, al amparo de esta sección»[22]; o que «comunidad doméstica [*domestic partnership*] significa … una relación de compromiso entre dos adultos, de sexo opuesto o del mismo sexo, en que los miembros … tengan una residencia común … [,] compartan responsabilidades de modo significativo en las obligaciones financieras de cada uno …[,]no estén casados o emparejados en una unión civil con nadie más … [y] no estén relacionados en un modo que prohibiría el matrimonio legal en la demarcación de los E[stados] U[nidos] en que la comunidad doméstica se formó»[23]; o que «asegurado [*enrollee*] significa una persona idónea cuya solicitud de cobertura por el asegurador se aprobó y cuya cobertura se encuentra en vigor»[24]; o en fin, que «miembro del personal [*workforce member*] significa un empleado civil o de correos federal, un miembro de los servicios uniformados, un jubilado federal, miembro jubilado de los servicios uniformados o miembro de cualquier otro grupo idóneo»[25], teniendo en cuenta que «un miembro del personal activo es quien está actualmente empleado o está en servicio activo»[26].

---

[15] Acerca de ella, su normativa reguladora y sus funciones, véase Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., cit., págs. 69-70.

[16] Acerca de este otro Código gigantesco, su localización y su manejo, *ibidem*, pág. 40.

[17] Secciones 875.101 a 875.110.

[18] Secciones 875.201 a 875.213.

[19] Secciones 875.301 a 875.304

[20] Secciones 875.401 a 875.414.

[21] Textualmente, «*This part is written as if the reader were an applicant or enrollee. Accordingly, the terms "you," "your," etc., refer, as appropriate, to the applicant or enrollee*».

[22] Textualmente, «*means a "qualified carrier" ..., with which OPM has contracted to provide long term care insurance coverage under this section*».

[23] Textualmente, «*means committed relationship between two adults, of the opposite sex or same sex, in which the partners ... maintain a common residence ... [,]share responsibility for a significant measure of each other's financial obligations ... [,]are not married or joined in a civil union to anyone else ... [and]are not related in a way that would prohibit legal marriage in the U.S. jurisdiction in which the domestic partnership was formed*».

[24] Textualmente, «*means an eligible individual whose application for coverage the Carrier has approved and whose coverage is in effect*».

[25] Textualmente, «*means a Federal civilian or Postal employee, member of the uniformed services, Federal annuitant retired member of the uniformed services, or member of any other eligible group*».

[26] Textualmente, «*an active workforce member is one who is currently employed or is on active duty*».

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS

Evidentemente, la Ley del seguro de dependencia de los empleados públicos federales norteamericanos (recopilada, recuérdese, en el Título 5 del Código de los Estados Unidos) es una norma extravagante respecto de la Ley federal norteamericana de seguridad social de 1935, que aparece recopilada, a su vez, en el Título 42 del Código de los Estados Unidos[27]. A pesar de ello y del carácter privado (aunque muy intervenido) del seguro, su parentesco con los seguros sociales (verdaderos seguros obligatorios, en sentido clásico) sistematizados en dicha otra Ley es, sin embargo, muy grande. De un lado, porque el ámbito subjetivo de ambas resulta parcialmente coextenso, dado que una y otra normas pretenden ofrecer protección contributiva, entre otros muchos potenciales beneficiarios suyos, precisamente a los jubilados. De otro lado, porque el seguro de dependencia de los empleados públicos federales (activos y pasivos) se comporta de hecho, aunque no de Derecho, como un auténtico seguro obligatorio (por cierto, lo mismo sucedió con el primer seguro de accidentes de trabajo regulado en España, en 1900)[28], al imponer la Ley a la OPM el deber de persuadir a los empleados públicos federales acerca de la conveniencia de cubrir (bien a través de la suscripción de dicho seguro, bien de cualquier otro modo) la contingencia de dependencia. Al respecto, la sección 9008 del Título 5 del Código de los Estados Unidos afirma que «la Oficina [de Gestión de Personal] garantizará a toda persona idónea que solicite asegurar la dependencia al amparo de este Capítulo que se le dará la información necesaria que permita a esa persona evaluar las ventajas y desventajas de obtener un seguro de dependencia al amparo de este Capítulo»[29], incluyéndose en tal información la relativa a las supuestas ventajas y supuestos inconvenientes de «otros medios de acumular, o adquirir de cualquier otra manera, los recursos que puedan resultar necesarios para hacer frente a los costes de la dependencia, tales como programas de jubilación con beneficios fiscales u otros vehículos de inversión»[30]. Toda la información en cuestión consta por escrito en un total de nueve documentos, en los que se formaliza el vigente Programa Federal de Seguro de Dependencia (patrocinado por la OPM, asegurado por la compañía de seguros John Hancock Life & Insurance Co., y administrado por la sociedad de responsabilidad limitada Long Term Care Partners, LLC), uno de los cuales se refiere al impreso a cubrir para apoderar a un tercero (por ejemplo, un abogado de confianza del empleado público federal potencialmente interesado), a efectos de que la OPM le suministre a él la información necesaria (por supuesto, también existe un documento muy llamativo, específicamente relativo a ventajas e inconvenientes de planes alternativos de cobertura de la contingencia distintos de este seguro, que se extiende a lo largo de una docena de páginas). Se trata de información gratuitamente accesible a través del portal en Internet relativo a dicho programa, ubicado en www.ltcfeds.com.

---

[27] Al respecto, al hilo de la biografía de la Sra. Frances Perkins (Ministra federal de Trabajo, a quien hay que asignar la «paternidad» de la Ley), véase Arufe Varela, Alberto, *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2014, págs. 27 y ss.

[28] Acerca de dicha obligatoriedad fáctica («en 1917, "la práctica de este seguro se había generalizado en tales términos que casi parecía impuesta por la ley de modo imperativo»), véase Martínez Girón, Jesús, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes, Santiago de Compostela, 1990, pág. 30. Acerca de las originarias razones anti-germánicas, vía francesa, justificadoras de dicha voluntariedad, véase Martínez Girón, Jesús, «La ley española de accidentes de trabajo de 1900. Orígenes, tramitación y nombres propios asociados a ella», en el volumen *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, volumen I, Laborum, Murcia, 2020, págs. 27 y ss.

[29] Textualmente, «*The Office shall ensure that each eligible individual applying for long-term care insurance under this chapter is furnished the information necessary to enable that individual to evaluate the advantages and disadvantages of obtaining long-term care insurance under this chapter*».

[30] Textualmente, «*other means of accumulating or otherwise acquiring the assets that may be needed to meet the costs of long-term care, such as through tax-qualified retirement programs or other investment vehicles*».

5. LAS PRIMAS DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS

A diferencia del citado seguro voluntario español del año 1900, en el seguro federal norteamericano de dependencia la responsabilidad del pago de la prima no es de la Administración federal empleadora, sino del empleado público federal asegurado. Al respecto, la sección 9004 del Título 5 del Código de los Estados Unidos dispone diáfanamente todo lo que sigue[31]: 1) que «toda persona idónea que obtenga cobertura del seguro de dependencia al amparo de este Capítulo será responsable del 100 por ciento de las primas por dicha cobertura»[32]; 2) que «la cantidad necesaria para pagar las primas por aseguramiento puede»[33], bien «en el caso de un empleado, ser detraída de la nómina de dicho empleado»[34], bien «en el caso de un pensionista, ser detraída de la pensión de dicho pensionista»[35]; y 3) que «las detracciones para pagar la prima de aseguramiento de un pariente cualificado [por ejemplo, el cónyuge o pareja, o los padres o suegros] pueden, tras elección de la persona idónea apropiada, … ser detraídas … con el mismo alcance y de la misma manera que si el aseguramiento fuese para dicha persona»[36]. Se trata de primas privilegiadas, inasimilables a las que se pagan por la suscripción de un contrato privado de seguro estándar, pues el impago de las mismas (por ejemplo, en caso de suspensión de la relación federal de empleo)[37] determina que «la cobertura … no pueda ser cancelada como resultado de la falta de pago de las primas … por causa de dicho lapso»[38], afirmándose incluso que «hay que garantizar, una vez que la persona se convierte en debidamente asegurada, que la cobertura del seguro de dependencia obtenida por dicha persona como consecuencia de su aseguramiento no se extinguirá por causa de un cambio de estatus (como en el caso de la separación del servicio del Gobierno o de los servicios uniformados) o de dejar de cumplir los requisitos para ser considerado un pariente cualificado (como consecuencia de la disolución del matrimonio o por otro motivo)»[39]. La información sobre las primas del seguro se encuentra minuciosamente detallada en la documentación relativa al vigente Programa Federal de Seguro de Dependencia, a que antes aludí (más en concreto, aparece contenida en el documento denominado «*Book one. Program details and rates*»). Según este documento, las primas a pagar dependen de la edad del asegurado, de la duración máxima de las prestaciones aseguradas, del mecanismo protector frente a la inflación elegido, así como del importe máximo de la prestación a percibir por el que se opte[40], resultando de todo este cúmulo de factores que un empleado público de 66 años (por cierto, como es mi caso), si eligiese el

[31] La sección 875.301 del Código de Reglamentos Federales formula la misma regla de otro modo, al indicar que «no hay contribución del Gobierno a la prima, en relación con el coste del seguro de dependencia». Textualmente, «*There is no Government premium contribution toward the cost of long term care insurance*».

[32] Textualmente, «*Each eligible individual obtaining long-term care insurance coverage under this chapter shall be responsable for 100 percent of the premiums for such coverage*».

[33] Textualmente, «*The amount necessary to pay the premiums for enrollment may*».

[34] Textualmente, «*in the case of an employee, be withheld from the pay of such employee*».

[35] Textualmente, «*in the case of an annuitant, be withheld from the annuity of such annuitant*».

[36] Textualmente, «*Withholdings to pay the premiums for enrollment of a qualified relative may, upon election of the appropriate eligible individual …, be withheld ... to the same extent and in the same manner as if enrollment were for such individual*».

[37] Por ejemplo, por «*furlough*» o crisis temporal financiera del Gobierno federal. Al respecto, véase Arufe Varela, Alberto, «Las medidas de flexibilidad interna en los Estados Unidos de América», en Monereo Pérez, José Luis, Gorelli Hernández, Juan y Almendros González, Miguel Ángel (Directores), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares, Granada, 2022, pág. 858.

[38] Cfr. sección 9003(e) del Título 5 del Código de los Estados Unidos. Textualmente, «*coverage ... may not be cancelled as a result of nonpayment of premiums ... due to such lapse*».

[39] Cfr. sección 9003(d)(4) del Título 5 del Código de los Estados Unidos. Textualmente, «*once an individual becomes duly enrolled, long-term care insurance coverage obtained by such individual pursuant to that enrollment shall not be terminated due to any change in status (such as separation from Government service or the uniformed services) or ceasing to meet the requirements for being considered a qualified relative (whether as a result of dissolution of marriage or otherwise)*».

[40] Cfr. págs. 12-13.

máximo de cobertura posible, pagaría una prima mensual de 592,99 dólares (aproximadamente el 5 por ciento del sueldo de un catedrático de una Facultad de Derecho pública como la de la Universidad del Distrito de Columbia, eso sí, haciendo abstracción del hecho de que los catedráticos universitarios norteamericanos tienen *tenure* y, consecuentemente, nunca se jubilan forzosamente por edad[41]; en mi concreto caso y aplicando las proporciones correspondientes, como catedrático de una Universidad pública española y a la vista del sueldo que percibo, me correspondería pagar por dicho máximo prestacional una prima mensual de aproximadamente 300 euros).

6. LAS PRESTACIONES OTORGADAS POR EL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS

Evidentemente, las prestaciones a percibir están condicionadas por la prima que haya decidido abonar el empleado público federal asegurado, afirmando al respecto la documentación relativa al Programa, en el citado «*Book one*», que «no hay talla única que le encaje a todos [*there is no one-size-fits-all*]»[42]. Sí existen, en cambio, dos comunes denominadores relativos a dichas prestaciones. De un lado, el de que se trata de prestaciones económicas a percibir con carácter diario, lo que explica que la unidad de medida de todas ellas se conozca con el nombre genérico de «cuantía de la prestación diaria [*daily benefit amount*]» (o, en su acrónimo en inglés, DBA)[43]. De otro lado, el de que el tiempo de percepción de las prestaciones diarias en cuestión (o «período de prestaciones [*benefit period*]») está topado, cabiendo elegir un período «de dos años, de tres años o de cinco años»[44], resultando ser este último período el que se asigna al pago de la prima máxima, a que antes me referí. Ahora bien, este período de prestaciones está íntimamente vinculado a la citada DBA, dado que —por proseguir con el ejemplo subjetivo mío antes elegido— el período máximo de cinco años se refiere a cinco años de percepción seguida (esto es, sin soluciones de continuidad) de la prestación económica diaria máxima, de manera que «ésta [los cinco años] es la extensión temporal en que las prestaciones se pagarán si usted recibe prestaciones todos y cada uno de los días iguales a su DBA completo»[45], por lo que si estas condiciones no se cumplen, se prorroga proporcionalmente el período de cobertura (literalmente, «si recibe usted servicios que cuesten menos que su DBA, o no recibe servicios todos los días, sus prestaciones durarán más que el período de prestaciones»)[46]. Prosiguiendo con el ejemplo seleccionado, si pago la antes citada prima máxima, percibiré en concepto de prestaciones económicas una cantidad de «200 dólares» diarios, en principio, durante un período de cinco años seguidos, aunque si sólo utilizo la mitad de ese importe diario, el período de prestaciones se prorrogará por otros cinco años más, hasta alcanzar un período de cobertura de diez años. En realidad, se trata de prestaciones económicas finalistas, pues hay que acreditarle al asegurador que la cantidad percibida se utiliza, bien para la atención domiciliaria del dependiente asegurado («*stay-at-home*»), bien para la atención del mismo en un centro de día («*assisted living*»), bien para su internamiento en una residencia («*nursing home care*»)[47], teniendo en cuenta que si se contrata a un cuidador (formal o informal), cabe entones utilizar parte de la prestación económica diaria en concepto de prestación de alivio o de respiro («*respite care*») del mismo (esta finalidad «se cubre con hasta 30 veces la cuantía de la prestación diaria por año natural»)[48].

---

[41] Sobre el tema, véase Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 98 y ss.

[42] Cfr. pág. 8.

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*.

[45] *Ibidem*. Textualmente, «*this is the length of time benefits will be paid if you receive each and every day equal to your full DBA*».

[46] *Ibidem*. Textualmente, «*if you receive services that cost less tan your DBA or you don't receive services every day, your benefits will last longer tan your benefit period*».

[47] Acerca de todo ello, *ibidem*, pág. 4.

[48] Cfr. pág. 6. Textualmente, «*Respite care is covered up to 30 times the daily benefit amount per calendar year*».

7. EL CONTENCIOSO JUDICIAL DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS

Como es lógico, la legislación sobre el seguro de dependencia de los empleados públicos federales prevé la eventualidad de que la aplicación de la misma pueda llegar a provocar litigios. Es un tema regulado en la sección 9007 del Título 5 del Código de los Estados Unidos (rotulada «Competencia de las Cortes [*Jurisdiction of Courts*]»), la cual aparece desarrollada en las secciones 104 a 109 de la Parte 875 del Código de Reglamentos Federales. Esta regulación reglamentaria prevé, en realidad, la existencia de sólo dos tipos de posibles pleitos sobre el tema. De un lado, los litigios entre la OPM y la compañía aseguradora sobre el contrato marco de seguro estipulado entre ambas, a resolverse aplicando las normas sobre litigios suscitados por la contratación pública federal, a la que expresamente remite[49]. De otro lado, los litigios entre la aseguradora y el asegurado (actual o potencial), respecto de los que se indica que el segundo sólo puede acudir a una Corte federal de Distrito (esto es, una Corte federal de primera instancia), tras haber agotado una prolija vía interna, tramitada ante la propia compañía de seguros[50]. Ahora bien, el caso *Long-term Care Partners v. United States*, fallado por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito federal en 5 febrero 2008[51], efectuó una interpretación correctora de la citada normativa reglamentaria, al efecto de integrarla sistemáticamente en la potente legislación federal antidiscriminatoria norteamericana. El caso se suscitó porque a un empleado federal discapacitado (usaba una silla de ruedas para desplazarse) la aseguradora le había denegado en firme la posibilidad de asegurarse, lo que provocó que dicho empleado público —en vez de acudir directamente a la Corte federal de Distrito competente, al efecto de impugnar la resolución en cuestión— plantease reclamación ante la Agencia federal antidiscriminatoria norteamericana (esto es, la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo [*Equal Employment Oportunity Commission*])[52], denunciando a la OPM y a la compañía aseguradora, con la alegación de que el contrato marco de seguros estipulado por ambas discriminaba a los discapacitados. La Corte federal de Apelaciones confirmó la decisión de la Corte de primera instancia recurrida (la cual había confirmado, a su vez, la competencia de la Agencia federal antidiscriminatoria para conocer del asunto), rechazando de plano el prepotente argumento de la compañía aseguradora relativo a que su derecho a revisar la denegación de solicitudes de aseguramiento quedaba blindado frente a posibles alegaciones de discriminación, al ser —según la propia compañía de seguros— análogo «al derecho de inmunidad de un soberano frente a demandas»[53], bastándole a la Corte recordar (para poder enervar dicho alegato) que semejante argumentación «padece de deficiencia obvia»[54], pues la compañía aseguradora «es una parte privada y no una entidad soberana»[55].

[49] Cfr. sección 875.109.

[50] Cfr. sección 875-104. Sobre la organización de la jurisdicción federal norteamericana, véase Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., cit., págs. 94 y ss.

[51] Números de recurso 06-1930, 07-1098, pudiendo localizarse gratuitamente en https://caselaw.findlaw.com/court/us-4th-circuit/1445079.html.

[52] Acerca de ella, su regulación y sus funciones, véase Martínez Girón, Jesús, *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, A Coruña, 2014, págs. 22 y ss.

[53] Cfr. pág. 15. Textualmente, «*to the right of a sovereign to immunity from suit*».

[54] Cfr. pág. 16. Textualmente, «*suffers from the obvious deficiency*».

[55] *Ibidem*. Textualmente, «*is a private party and not a sovereign entity*».

8. EL FRACASADO INTENTO DE EXTENSIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES AL CONJUNTO DE LA SOCIEDAD NORTEAMERICANA

Cuando el Presidente Clinton firmó en septiembre 2000 la Ley del seguro de dependencia de los empleados públicos federales, la Casa Blanca hizo público un comunicado sobre el tema[56], en el que —después de indicar que «esta legislación autoriza a la OPM a usar su poder de compra para negociar ahorros del 15 al 20 por ciento en las tarifas comerciales del seguro de dependencia, y garantizar que dichos productos cumplan altos estándares de calidad»[57]— confesaba que el propósito de la norma era, en realidad, el de «instituir al Gobierno federal como un empresario modelo y dotar a las empresas del sector privado de un modelo, para ofrecer un seguro de dependencia de calidad»[58]. Tras la crisis del banco especulativo Lehman Brothers, el guante arrojado por esta declaración de intenciones lo recogió el Presidente demócrata Barack H. Obama, con la promulgación (sin el consenso del Partido Republicano) de la gigantesca Ley de reforma de la asistencia sanitaria en los Estados Unidos (popularmente llamada «ObamaCare») de 2010[59], uno de cuyos Títulos contenía una Ley federal, «hija» de la Ley en cuestión, para la extensión del seguro de dependencia de los empleados públicos federales al conjunto de la nación norteamericana —siempre sobre la base de la creación de un «programa nacional de seguro voluntario»—, aunque la entrada en vigor de la misma quedase condicionada a la aprobación por el Ministro federal de Salud y Servicios Humanos de un plan actuarial, el cual serviría de soporte financiero fiable al nuevo (y revolucionario, en los Estados Unidos) seguro nacional de dependencia[60]. Ahora bien, el 14 octubre 2011 la entonces Ministra federal del ramo, Sra. Kathleen Sebelius, remitió una carta al portavoz de la Cámara de Representantes, en la que reconocía (después de «19 meses» de trabajo) que había resultado imposible redactar el plan actuarial requerido por dicha Ley, lo que provocó que esta última tuviese que ser derogada por una Ley promulgada algunos meses después (la derogación entró en vigor el 2 enero 2013)[61]. Tras este fracaso, el problema planteado al conjunto de la sociedad norteamericana por el nuevo riesgo social de la dependencia sigue pendiente de solución (según la citada misiva de la Ministra Sebelius y mientras no se haga otra cosa, el futuro de la clase media norteamericana, distinta de los empleados públicos federales y sus familias, será el de ir tirando de sus ahorros privados para hacer frente a la contingencia, para acabar solicitando «los servicios [asistenciales] del Medicaid [y de su red de asilos para ancianos pobres] una vez que sus activos estén agotados»)[62]. Se trata de un asunto sobre el que luego han seguido insistiendo, siempre con alarma, diversos informes del Ministerio federal del Tesoro, el último de los cuales (fechado en agosto 2020)[63] alertaba —con carácter general— de que «la pandemia [de coronavirus] va a afectar probablemente … a la D[ependencia] y al mercado del

[56] Puede localizarse en el sitio en Internet de la Casa Blanca relativo a la documentación de los mandatos del Presidente Clinton, a través del vínculo https://clintonwhitehouse4.archives.gov.

[57] Textualmente, «*This legislation allows OPM to use its purchasing power to negotiate savings of 15 to 20 percent on commercial long-term care insurance rates and to ensure that such products meet high quality standards*».

[58] Textualmente, «*establish the Federal government as a model employer and provide private-sector companies with a model for offering quality long-term care insurance*».

[59] Sobre el calvario judicial padecido por dicha Ley, véase Martínez Girón, Jesús, «El caso California v. Texas (2021) y su formalización de una nueva trilogía norteamericana de casos (la "trilogía ObamaCare") en materia de seguridad social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 32, 2022, págs. 137 y ss. Acerca del decisivo papel del Juez-Presidente Roberts en el primer caso de dicha trilogía (salvando en lo esencial la constitucionalidad de la ley, a pesar de su ideología marcadamente conservadora), véase Arufe Varela, Alberto y Martínez Girón, Jesús, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier, Barcelona, 2023, págs. 202 y ss.

[60] Acerca de todo ello, véase Martínez Girón, Jesús, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., págs. 175 y ss.

[61] *Ibidem*, pág. 178.

[62] *Ibidem*, pág. 179.

[63] Este informe, titulado «Long-term care insurance: Recommendations for improvement of legislation», puede localizarse en el sitio en Internet del Ministerio federal del Tesoro, ubicado en https://home.treasury.gov.

S[eguro privado de dependencia]»[64], aunque evitase pronunciarse acerca de «los potenciales impactos de la COVID-19 sobre la D[ependencia] y el mercado del S[eguro de dependencia]»[65].

9. LA REEVALUACIÓN DEL SEGURO DE DEPENDENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FEDERALES NORTEAMERICANOS, TRAS LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS

En lo tocante al seguro de dependencia de los empleados públicos federales, ese impacto (que disparó la solicitud general de prestaciones de dependencia, habiéndose constatado que «más del 40 por ciento de las muertes por coronavirus ocurridas en los Estados Unidos, en 2020, afectó a los internos y al personal de [la red pública de residencias para ancianos indigentes del Medicaid]»)[66] se ha evidenciado al publicarse en el Boletín Oficial de Reglamentos Federales (*Federal Register*) del día 18 noviembre 2022 un «Aviso [*Notice*]» de la OPM, sobre «suspensión de solicitudes para la cobertura por el P[rograma] F[ederal del] S[eguro de] D[ependencia]»[67]. Según se detalla en él, dicha suspensión de nuevas solicitudes de cobertura se produce «para permitir a la OPM y a la aseguradora del P[rograma] F[ederal del] S[eguro de] D[ependencia] valorar las ofertas de prestaciones y establecer tarifas de primas sostenibles y equitativas, que reflejen los costes de las prestaciones suministradas»[68], teniendo en cuenta que «el período de suspensión empezará el 19 diciembre 2022»[69], y que «permanecerá en vigor durante 24 meses a contar desde el comienzo de la fecha de suspensión»[70]. Como es lógico, la suspensión no afecta en absoluto —según aclaración efectuada por la propia OPM en la documentación relativa al Programa, a que antes me referí— a los empleados públicos o a sus familiares ya cubiertos por el seguro federal de dependencia, antes de activarse el período de suspensión (literalmente, «el estatus de cobertura de los actuales asegurados no cambiará, en tanto en cuanto sigan pagando la prima»[71], aunque «los asegurados actuales no pueden solicitar [durante el período de suspensión] el incremento de su cobertura»[72]), lo que en los Estados Unidos constituye un auténtico privilegio para las personas de clase media, pues «según la doctrina científica norteamericana, el coste de internamiento en una residencia privada de dependientes [si no amparado por ningún tipo de seguro privado; por lo demás, con primas carísimas] oscilaba entre 10.000 y 16.000 dólares mensuales, inmediatamente antes del estallido de la pandemia»[73].

[64] Cfr. pág. 3. Textualmente, «*The pandemic is likely to affect the provision of LTC and the market for LTCI*».

[65] *Ibidem*. Textualmente, «*this report does not seek to assess the potential impacts of COVID-19 on LTC or LTCI*». Esta alarma explica la reciente promulgación por el Presidente Biden de la Orden Ejecutiva (*Executive Order*) número 14095, de 18 abril 2023, sobre aumentar el acceso a cuidados de alta calidad y apoyar a los cuidadores (*Increasing Access of high-quality care and supporting caregivers*). Sobre el limitado alcance de este concreto tipo de reglamentos federales, véase Martínez Girón, Jesús, «La Orden Ejecutiva del Presidente Biden número 14025, de 26 de abril de 2021, sobre sindicalización y empoderamiento de los trabajadores», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, número 8, 2023, págs. 147 y ss.

[66] Al respecto, véase Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., cit., pág. 284, y bibliografía allí citada.

[67] Puede localizarse en el sitio en Internet de dicho periódico oficial, ubicado en www.federalregister.gov.

[68] Textualmente, «*to allow OPM and the FLTCIP Carrier to assess the benefit offerings and establish sustainable premium rates that reasonably and equitably reflect the cost of the benefits provided*».

[69] Textualmente, «*The suspension period will begin on December 19, 2022*».

[70] Textualmente, «*will remain in effect for 24 months from the date the suspension period begins*».

[71] Cfr., en el citado «*Book one*», su nota aclaratoria previa. Textualmente, «*current enrollees' coverage status will not change as long as they continue to pay premium*».

[72] *Ibidem*. Textualmente, «*current enrollees may not apply to increase their coverage*».

[73] Véase Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., cit., pág. 284, y bibliografía allí citada.

10. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arufe Varela, Alberto, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Atelier, A Coruña, 2008.

Arufe Varela, Alberto, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier, Barcelona, 2019.

Arufe Varela, Alberto, «Las medidas de flexibilidad interna en los Estados Unidos de América», en Monereo Pérez, José Luis, Gorelli Hernández, Juan y Almendros González, Miguel Angel (Directores), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares, Granada, 2022.

Arufe Varela, Alberto, «Un reto inaplazable para una seguridad social del siglo XXI, especialmente desde la perspectiva del Derecho comparado: el reconocimiento de la dependencia como riesgo, y su configuración como contingencia contributiva», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 36, 2023.

Arufe Varela, Alberto y Martínez Girón, Jesús, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier, Barcelona, 2023.

Loxley, Gary A. y Mitola, Thomas F., «The Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974: Gramm-Rudman and beyond», *Ohio Northern University Law Review*, volumen 14, 1987.

Martínez Girón, Jesús, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes, Santiago de Compostela, 1990.

Martínez Girón, Jesús, *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo, A Coruña, 2014.

Martínez Girón, Jesús, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, número 72, 2015.

Martínez Girón, Jesús, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Sobre la nueva Ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 44, 2016.

Martínez Girón, Jesús, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», en el volumen *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017.

Martínez Girón, Jesús, «La ley española de accidentes de trabajo de 1900. Orígenes, tramitación y nombres propios asociados a ella», en el volumen *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, volumen I, Laborum, Murcia, 2020.

Martínez Girón, Jesús, «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021.

Martínez Girón, Jesús, «Errores de traducción jurídica, en asuntos laborales o de seguridad social, cometidos por los poderes públicos», *Anuario Coruñés de Derecho comparado del Trabajo*, volumen XIII, 2021.

Martínez Girón, Jesús, «El caso California v. Texas (2021) y su formalización de una nueva trilogía norteamericana de casos (la "trilogía ObamaCare") en materia de seguridad social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 32, 2022.

Martínez Girón, Jesús, «La Orden Ejecutiva del Presidente Biden número 14025, de 26 de abril de 2021, sobre sindicalización y empoderamiento de los trabajadores», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, número 8, 2023.

Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2015.

Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2023.

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Social Protection of Internally Displaced Persons: Problematic Issues of Practical Implementation and Solutions

Protección Social de Personas Desplazadas Internamente: Problemas en la Implementación Práctica y Soluciones

Oleg M. Yaroshenko — *Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, 61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine*

Olena O. Konopeltseva — *Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, 61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine*

Irina A. Vetukhova — *Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, 61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine*

Tetiana V. Koliesnik — *Department of Civil, Labor Law and Social Security Rights, Donetsk State University of Internal Affairs, 25000, 1 Str. Velika Perspektivna, Kropyvnytskyi, Ukraine*

Mykola M. Klemparskyi — *Department of Civil, Labor Law and Law of Social Security, Donetsk State University of Internal Affairs, 87521, 89 Admirala Lunina Str., Mariupol, Ukraine*

Cita Sugerida: YAROSHENKO, O.M.; KONOPELTSEVA, O.O.; VETUKHOVA, I.A.; KOLIESNIK, T.V. y KLEMPARSKYI, M.M.: «Social Protection of Internally Displaced Persons: Problematic Issues of Practical Implementation and Solutions». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 157-167.

Abstract

In recent decades, the world community has paid considerable attention to the task of ensuring the protection of persons who, due to violent conflicts, massive violations of human rights, or other unpredictable and tragic events, are forced to leave their homes against their will. In 2014, Ukraine faced such an extraordinary problem. The war in eastern Ukraine and the occupation and annexation of Crimea by Russia led to the fact that many people were forced to leave their homes and move to safer places in the country or to other states. As a result of such internal migration activity, Ukraine entered the top ten countries in terms of the number of internally displaced persons. Russia's open military invasion of Ukraine in February 2022 caused a new surge in the mass internal displacement of the population. That is why there is an urgent need to study the issue of social protection of internally displaced persons and the problematic aspects arising in this area. The purpose of the article is to identify problems that arise when ensuring the rights of internally displaced persons and to develop ways to solve them. The methodological basis of the research is general scientific and special scientific methods, such as system-structural, structural-functional, analysis and synthesis, comparative, and formal-legal.

Keywords

displaced person; rights; forced displaced person; internally displaced person; social assistance; social protection

Resumen

En las últimas décadas, la comunidad mundial ha prestado considerable atención a la tarea de garantizar la protección de las personas que, debido a conflictos violentos, violaciones masivas de los derechos humanos u otros eventos impredecibles y trágicos, se ven obligadas a abandonar sus hogares contra su voluntad. En 2014, Ucrania se enfrentó a un problema extraordinario de este tipo. La guerra en el este de Ucrania y la ocupación y anexión de Crimea por parte de Rusia llevaron a que muchas personas fueran forzadas a abandonar sus hogares y trasladarse a lugares más seguros en el país o a otros estados. Como resultado de esta actividad de migración interna, Ucrania ingresó en el grupo de los diez principales países en términos de número de personas desplazadas internamente. La invasión militar abierta de Rusia en Ucrania en febrero de 2022 provocó un nuevo aumento en el desplazamiento interno masivo de la población. Es por eso que hay una necesidad urgente de estudiar el tema de la protección social de las personas desplazadas internamente y los aspectos problemáticos que surgen en esta área. El propósito del artículo es identificar los problemas que surgen al garantizar los derechos de las personas desplazadas internamente y desarrollar formas de resolverlos. La base metodológica de la investigación incluye métodos científicos generales y especiales, como el método sistémico-estructural, estructural-funcional, análisis y síntesis, comparativo y formal-legal.

Palabras clave

persona desplazada; derechos; persona desplazada por la fuerza; persona desplazada internamente; asistencia social; protección social

1. INTRODUCTION

The issue of ensuring the rights of internally displaced persons is relevant because of the current military and political situation in Ukraine. The occupation of Crimea and the military conflict in the east and south of the country caused the massive internal displacement of the population. These processes have been going on for about 9 years. If at first, it was possible to hope for the quick return of people who lived in Crimea, Luhansk, and Donetsk regions to their homes, now we can confidently talk about the unreality of such hopes. Therefore, it is necessary to make maximum efforts to ensure the realization of the rights and freedoms of internally displaced persons (IDPs) guaranteed by the Constitution and laws of Ukraine.

According to the Internal Displacement Monitoring Center (IDMC) data published on the website of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 1 million 679 thousand IDPs have been registered in Ukraine since the beginning of the conflict in 2014 alone, which is more than 10% of the total number people who have been displaced within their countries around the world. These persons are forced to change their place of residence not by their own will, but to do it for their safety, sometimes saving their lives and family members. Under such conditions, IDPs need special attention and assistance from the state, to create the necessary conditions for a dignified life.

Russia's open military invasion of Ukraine in February 2022 caused a new surge in the mass internal displacement of the population. In particular, according to the data of the Ministry of Social Policy, as of the end of July 2022, among the 4.4 million people whose information is available in the Unified Information Database on Internally Displaced Persons (IDPPO), more than 2.9 million are persons who have become to be registered as internally displaced persons (IDPs) after February 24, 2022. Such forced population migrations create serious consequences for our country and affect its economic and socio-political life. The challenges associated with these processes necessitate the adoption of effective decisions to ensure adequate social protection of persons who were forced to leave their place of residence to avoid the negative consequences of war and temporary occupation. In the difficult conditions of forced displacement, the state has several obligations to strengthen the protection of the human rights of internally displaced persons, which directly follow international norms on human rights (Yaroshenko et al., 2022a).

Many domestic researchers have studied the problems of protecting the civil rights of citizens, including the rights of internally displaced persons, including V. Dyachenko (2017), T. R. Kulchytskyi (2022), O. Y. Kapinus (2021), Y. L. Bryndikov (2018), L. Y. Malyuga (2018). However, there is no clear scientific view on certain aspects of the social protection of the rights of IDPs today, which is why they require additional study and development of ways to solve them in practice. The purpose of the article is to identify the problems that arise when ensuring the rights of IDPs and to develop ways to solve them.

2. MATERIALS AND METHODS

The methodological basis of the research is general scientific and special scientific methods. Their application is determined by a systematic approach, which makes it possible to investigate problems in the unity of their social content and legal form. System-structural, structural-functional methods were applied during the characterization of the system of normative legal acts regulating the issue of social protection of internally displaced persons in Ukraine. The method of analysis and synthesis was used to clarify the provisions of legal acts on social benefits, employment promotion, housing provision, social integration and reintegration services, characteristics of procedural issues of implementation of social protection measures, and determination of characteristic features of law enforcement practice.

The comparative method was used to check the consistency of the norms, which are fixed in various legislative acts and regulate the same issues of social protection of low-income persons, as well as to study the experience of foreign countries in this area. The formal-legal method is used to substantiate ways of improving legislation in this area. Research methods were used comprehensively.

The theoretical basis is the research of scientists in the field of the theory of the state and law, labor and civil law, and social protection law, such as «Determination of the legal status of internally displaced persons» (Dyachenko, 2017), «Legal regulation of social protection of internally displaced persons in Ukraine» (Kulchytskyi, 2022), «Peculiarities of state policy regarding internally displaced persons in Ukraine» (Kapinus, 2021), «The potential of family psychotherapy in the process of rehabilitation of families of military personnel participating in hostilities» (Bryndikov, 2018), «European social standards: the current state and ways of implementation into the social legislation of Ukraine» (Malyuga, 2018), «Social work as a component of the policy of social protection of internally displaced persons in the region» (Zhurba et. all., 2021), «State policy of social protection of internally displaced persons in the Kharkiv region of Ukraine» (Kuts et. all., 2021), «Social security of IDPs as a rehabilitation aspect of restoration of social status in conditions of military conflict» (Petryshyn, 2022), «Ensuring the implementation and protection of the rights of internally displaced persons» (Nikolenko, 2020), «Protection of property rights of internally displaced persons: international legal aspect» (Malyga & Parker, 2022), «Regarding the provision of free legal aid to internally displaced persons. The issue of international legal protection of labor rights of migrants» (Tatulich, 2020), «Psychological features and legal protection of children during armed conflict» (Protsyk & Pampura, 2019), «Analysis of international legal standards and national legislation in the field of ensuring the constitutional status of displaced persons» (Rogovenko, 2019).

3. RESULTS

Analyzing the state of the state policy in the field of social protection for internally displaced persons (IDPs) in 2022 against the background of the full-scale invasion of Russia, we can state that the state is trying to respond to the challenges and problems faced internally displaced persons as quickly as possible. In our opinion, the key task of the state is the formation of the most effective legislation regarding the creation of legal, socio-economic, and other mechanisms to ensure the realization of the rights and opportunities of IDPs on par with others.

The first step in regulating the legal status of IDPs was the adoption by the Verkhovna Rada of Ukraine of the Law of Ukraine "On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons" dated October 20, 2014 No. 1706-VII (Law No. 1706) (The Law of Ukraine "On Ensuring the Rights and Freedoms…, 2014), which establishes guarantees of compliance rights, freedoms and legitimate interests of IDPs. According to Art. 1 of this Law, an internally displaced person is considered to be a citizen of Ukraine who permanently resides in Ukraine, who was forced or who independently left his place of residence as a result of or to avoid the negative consequences of armed conflict, temporary occupation, widespread manifestations of violence, mass violations of human rights and emergencies natural or man-made situations.

The regulations of the Cabinet of Ministers of Ukraine on the approval of the Procedure for the compensation of costs for the temporary accommodation of internally displaced persons who moved during the period of martial law can be attributed, in particular, to the legal acts that are of great importance regarding the possibility for IDPs to exercise their social and economic rights.» dated March 19, 2022 (Resolution "On Approval of the Procedure for Reimbursement of Expenses…, 2022); "On the approval of the Procedure for providing the employer with compensation for labor costs for the employment of internally displaced persons as a result of hostilities during martial law in Ukraine" dated March 20, 2022 (Resolution "On the approval of the Procedure for providing…, 2022); "Procedure for providing accommodation assistance to internally displaced persons" dated

03.20.2022 (Resolution "Procedure for providing accommodation assistance…, 2022); "Amendments made to the resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine regarding pension payments and cash assistance to internally displaced persons" dated 03.25.22 (Resolution "Amendments made to the resolutions…, 2022) and others.

Special attention should be paid to the adoption by the Cabinet of Ministers of Ukraine of relevant resolutions on cooperation with international institutions in the specified field, including: "On the implementation of a joint project with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees on additional measures for social support of internally displaced persons" (Resolution "On the implementation of a joint project…, 2022) and "On the implementation of a joint project with the UN World Food Program on additional measures for social support of internally displaced persons" (Resolution "On the implementation of a joint project with the UN World Food Program…, 2022).

Analyzing the activities of the state in the field of social protection for IDPs, it should be noted that the support of citizens who suffered from the armed aggression of the Russian Federation is also one of the main goals of the Ministry for Reintegration of the Temporarily Occupied Territories of Ukraine. In the structure of this Ministry, the Department of Social and Humanitarian Policy and IDPs, which includes the Department for Social Protection, was created and operates (Kapinus, 2021).

Among the main tasks of the social protection department, the following are defined: 1) implementation of measures aimed at ensuring the formation and implementation of state policy on social protection of IDPs from the temporarily occupied territories of Ukraine and citizens of Ukraine who left their place of residence in the temporarily occupied territories of Ukraine due to or to avoid the negative consequences of the armed conflict and/or temporary occupation of part of the territory of Ukraine, 2) promoting the realization of their rights and freedoms and creating conditions for the voluntary return of such persons to the abandoned place of residence or integration at the new place of residence (Gnatenko et al., 2020).

On June 28, 2022, by a resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, the Regulation on the Commissioner for IDPs, who is also the Deputy Minister for Reintegration of Temporarily Occupied Territories, was approved. The said Regulation regulates the competence of the Commissioner, and also provides for his duty to submit information on the situation of internally displaced persons to the Cabinet of Ministers of Ukraine at least once a month (Protsyk & Pampura, 2019).

IDPs can exercise all human and citizen rights provided for by the legislation of Ukraine only if they have a certificate of registration. Instead, obtaining such a certificate depends entirely on consent to the processing of personal data. Mandatory consent of IDPs to the processing of personal data contradicts the legislation of Ukraine on the protection of personal data and violates the rights of IDPs. The scope of the rights and freedoms of internally displaced persons is narrowed as a result of the adoption of the Law of Ukraine "On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons", specifically - as a result of the introduction of a legal norm regarding consent to the processing of personal data when registering an internally displaced person.

Consent to the processing of personal data, which is required from an internally displaced person in the event of his/her registration, is consent to interference in the person's personal and family life, therefore, a waiver of the right to non-interference in his personal and family life. This problem is solved by introducing amendments to the Law of Ukraine "On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons", namely by removing the rule on the provision of consent by an internally displaced person to the processing of his data when registering him. Corresponding changes should also be made to those government resolutions regulating the legal status of internally displaced persons (Rogovenko, 2019).

Difficulties also arise during the implementation of housing rights for IDPs. The Law of Ukraine "On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons" dated October 20, 2014, No. 1706 establishes the possibility of free temporary residence (on the condition that the person pays the cost of utility services) within six months from the moment of registration of an IDP; for families with many children, persons with disabilities, and the elderly, this term can be extended (paragraph 8, part 1, article 9). However, despite the normative certainty, the difficulty of realizing this right is manifested in the mechanism of implementation of these norms, that is, in the emergence of procedural legal relations and bringing them to their logical conclusion, namely, obtaining housing for IDPs under the specified conditions. The legislator, defining this method of protection of housing rights, did not take into account the terminological and procedural features of already existing legal relations on issues of citizens' realization of housing rights (Bryndikov, 2018).

As a result of the study of the legal framework on housing provision, its categorical apparatus, conditions, mechanism, and features of the implementation of citizens' housing rights, it was established that the right to receive social housing is possible in the order of the queue for receiving social housing and under the condition of being on the social housing register. That is, at the time of applying to state authorities on the issue of obtaining such social housing, the IDP must be in the queue and on the apartment register. However, in the case of IDPs, this provision plays a significant role, because not all displaced persons are registered in this way (Tatulich, 2020).

Taking into account the reasons that cause mass forced displacement and the need for an immediate response to solve the problem, a separate reserve housing fund for the category of IDPs should be created, and in connection with this, the mechanism for obtaining such housing has been changed. First of all, you need to move away from the priority category. Even when an IDP is on social housing registration, the latter will not be able to get an apartment or a manor house (single-family house) from the housing fund of social purpose on an extraordinary basis. Since the subject composition of persons who have the right to extraordinary or priority housing by Art. 11, 12 of the Law of Ukraine "On Housing Fund for Social Purposes" dated January 12, 2006 No. 3334 (The Law of Ukraine "On Social Housing Fund", 2006), such an entity as IDPs is not included.

It should be included in the general list of categories of persons who have the right to extraordinary or priority receipt of apartments or manor (single-apartment) residential buildings from the housing fund of social purpose, IDPs. And also, to simplify the procedure of registration for apartment social registration for the above-mentioned category of citizens. One of the main problems of IDPs is the implementation of the right to work. The reasons for this situation include low wages, lack of vacancies, or incompatibility with the IDP's education and profession. There is also discrimination on the part of employers, often they do not want to hire immigrants (Malyuga, 2018).

IDPs can be helped to solve this problem by creating jobs for them. For example, it is possible to stimulate the employment of IDPs by making compensation payments to employers if they hire an unemployed migrant on the referral of the employment service, subject to signing an employment contract (Yaroshenko et al., 2022c). By the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On the Implementation of Social Payments to Internally Displaced Persons" dated November 5, 2014 No. 637 (Resolutions "On making social payments to internally displaced persons", 2014), the appointment and extension of pensions (monthly lifelong maintenance), lifelong state scholarships, all types of social assistance and compensation, material support, provision of social services, subsidies and benefits at the expense of the state budget and mandatory state social insurance funds for IDPs are carried out at the place of residence of such persons on the record, which is confirmed by a certificate issued by the Procedure for issuing and issuing a certificate of adoption for registration of IDPs.

The payment (continuation of payment) of pensions (monthly lifelong cash maintenance), lifelong state scholarships, all types of social assistance and compensation, and material support

assigned to the specified persons is carried out through accounts and a network of institutions and devices of the Public Joint Stock Company (PJSC) "State Savings Bank of Ukraine" (par. 1, item 1).

That is, displaced persons can receive social benefits only if they receive a certificate of IDP. The situation is also greatly complicated by the possibility of receiving social assistance only from PJSC "State Savings Bank of Ukraine", which, in turn, deprives IDPs of the freedom to choose the method of receiving it. According to the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "Some issues of implementation of social payments to internally displaced persons" dated June 8, 2016 No. 365 (Resolution "Some issues of implementation of social payments…, 2016), verification of the presence of IDPs based on the actual place of residence / stay by representatives of the structural unit on social protection (paragraph 91). Moreover, the absence of immigrants at the actual place of residence/stay, indicated by them during registration, is a reason for the deprivation of social benefits (par. 1, item 7).

The introduction of such a procedure limits the rights of migrants to freedom of movement and free choice of place of residence, which is guaranteed by the Constitution of Ukraine (Article 33). All the problems listed above are solved by canceling the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine's "Some issues of implementation of social payments to internally displaced persons" as not by the Constitution of Ukraine (Zhurba et al., 2021). Amending the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On the implementation of social payments to internally displaced persons" in the part of excluding the implementation of such payments at the place of residence of registered IDPs; the obligation to provide a certificate of registration of IDPs when processing payments; making payments exclusively through the accounts and the network of institutions and devices of PJSC "State Savings Bank of Ukraine" as restricting the rights of migrants (Malyga & Parker, 2022).

IDPs have difficulties in restoring documents and obtaining references and certificates. These issues are of particular importance given the significant deterioration of the property and material situation of IDPs, their loss of property, as well as the threat of losing the right to inheritance. Thus, starting from December 1, 2014, documents, even those with a Ukrainian seal, issued in a territory not controlled by Ukraine, are considered invalid and have no legal force. However, such documents, as an exception, may be taken into account by the court and evaluated together with other evidence in their totality and interrelation during the consideration of cases by Article 2571 of the Civil Procedure Code of Ukraine (CPC) (Civil Procedure Code of Ukraine, 2004).

This procedure for accepting documents was developed by the practice of the UN International Court of Justice. The advisory opinion of the International Court of Justice (UN) in the case of Namibia (the so-called "Namibian exception") is an exception to the general principle regarding the invalidity of acts, including regulatory ones, issued by the authorities of an internationally unrecognized state entity. The specified exception is that all documents issued in the occupied territory cannot be invalidated, as this may harm the rights of the inhabitants of such territory. In particular, invalidity cannot be applied to such actions as, for example, the registration of births, deaths, and marriages, the non-recognition of which can only cause harm to persons living in such territory (Kuts at. all., 2021).

In Ukrainian judicial practice, there are already facts of acceptance of documents issued on a territory, not under the control of Ukraine. Thus, the decision of the Popasnyan district court of the Luhansk region dated 24.02.2016 (judge Mazur M.) by the new procedure provided for by Article 2571 of the Civil Code of Ukraine (effective from 24.02.2016), established the fact of the death of a person in the occupied territory. At the same time, when evaluating as evidence a medical death certificate issued by a medical facility located in the occupied territory, the court proceeded from the general principles formulated in the opinion of the International Court of Justice of the United Nations ("Namibian exceptions") and developed in the decisions of the ECtHR, the last of which was adopted on 23.02.2016 ("Mozer v. the Republic of Moldova and Russia") (2014). The court emphasized that this does not mean that the court recognizes the documents issued by the occupying

power or legitimizes this power; in this case, these documents are accepted and evaluated together with other evidence as an exception.

An equally important issue for IDPs is the deprivation of their right to freely choose and be elected to state and local government bodies. The right to choose is a constitutional provision, so the state must ensure its implementation. However, this issue is extremely ambiguous, because the status of internally displaced persons was obtained not only by those citizens who are in the non-occupied part of Ukraine but also by those who use it, nominally staying in the territories, not under the control of the Ukrainian authorities (Nikolenko, 2020).

The Constitution of Ukraine and international standards unequivocally define the equality of rights of all citizens, in particular in matters of electoral law. The UN guidelines on the displacement of persons within the borders of the country, Recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe, PACE Recommendations determine the obligations of states to ensure at the legislative level the rights of displaced persons during elections, including local ones, but these norms were not taken into account by the Supreme Council of Ukraine. A legal conflict arose in Ukrainian legislation. The provisions of Law No. 1706 refer to the need to ensure the right to vote for citizens who were forced to relocate due to the war in Donbas and the occupation of the ARC. In particular, Art. 8 of this Law states that an internally displaced person "exercises his right to vote in local elections by changing the place of voting without changing the election address».

At the same time, in September 2015, the new Law of Ukraine "On Local Elections" dated 14.07.2015 No. 595-VIII (Law of Ukraine "On Local Elections", 2015) entered into force, in which the legislators did not provide for the possibility of voting internally displaced persons, since they are outside the settlement, in which they are registered. Even though experts, deputies, and public activists, after analyzing the draft law, proposed more than one and a half thousand amendments to it, including those regarding displaced persons, this Act was adopted without taking into account the interests of IDPs (Petryshyn, 2022).

In international practice, there are different approaches to ensuring the electoral rights of immigrants in local elections. For example, according to the Election Code of Georgia, internally displaced persons are included in the single list of voters according to their actual place of residence. In Great Britain, citizens of all EU countries have the right to vote in local elections: if you live in this territory, and pay taxes here, you can choose your government. UNHCR in Ukraine emphasizes the connection between voting in local elections and long-term decisions and notes that the act of voting can be one of the key elements of integration into a local community. Such a problem can be solved by making changes to the Law of Ukraine "On Local Elections", that is, by adding to the existing list of documents certifying the place of residence of the voter, a certificate of registration of IDPs.

4. DISCUSSION

The appearance of internally displaced persons is a consequence of the annexation of Crimea and the armed conflict in a part of the territories of the Donetsk and Luhansk regions. The results of the study allow us to conclude that the main challenges associated with the forced displacement of citizens from the temporarily occupied territory of Ukraine and the areas of the anti-terrorist operation are manifested in the increase in the load on local labor markets, the existence of problems of accommodation, employment, etc. In addition, among internally displaced persons, a large number are children, disabled people, and elderly people, i.e. particularly vulnerable categories of people who need support.

The basis of support for IDPs should be the promotion of employment. Personal reserves of such persons will not be enough for a long time, and more and more funds will be needed to overcome other challenges related to the war, which will create an additional burden on the state budget. To

understand the scope: for the whole of 2021, UAH 3 billion was sent to provide monthly targeted assistance to cover the living expenses of 1.5 million internally displaced persons.

Another direction is the involvement of IDPs' work at enterprises that have moved to safer regions. According to the Ministry of Economy, 178 businesses have completed relocation from war zones, of which 67 have resumed work in new locations. These businesses may have hot vacancies for which displaced people can be hired. For this purpose, communication should be established between the bodies that assist in relocation and the bodies that register IDPs. By collecting data on the education and work experience of IDPs and then competently transmitting it to potential employers, it is possible to speed up the employment of displaced persons and, therefore, reduce the need for their social security (Yaroshenko et al., 2022b).

State employment centers can help in this, which should receive information about IDPs' work opportunities and offering them to businesses that restore work. Another big part of the support is direct assistance to IDPs: from building housing to providing food (Dyachenko, V. (2017). The function of local self-government bodies, as a result of decentralization, acquired sufficient powers and became significantly more institutionally capable. They solve the following tasks:

— maximum assistance in the registration of IDPs;

— creating convenient opportunities for IDPs to submit documents for receiving social benefits;

— provision of food kits and drinking water;

— organization of assistance with things (bed linen, hygiene products);

— organization of providing psychological support;

— assistance in the provision of medical services (establishing contacts with family doctors, medical examination, reimbursement of the cost of essential medicines);

— organization of providing educational services to children of preschool and school age who are classified as IDPs;

— compensation for the payment of communal services and energy used in temporary accommodation.

To perform some tasks, local self-government bodies enlist the help of international donors, partners, and sister cities. The expansion of such cooperation will allow for a reduction in the expenses of local budgets, which are financed from own revenues or transfers from the state budget, and to preserve the financial capacity to further support the life of the community in conditions of a significant reduction in local revenues (Kulchytskyi, 2022). Thus, the issue of internally displaced persons should be one of the clearly articulated priorities of any state authority and a clear plan of action not only for today but also for the coming years. It is important to coordinate the efforts of the state and civil society in helping internally displaced persons, to solve the maximum number of problems faced by citizens (Reznik et al., 2020). It is also important to have detailed statistics on the number of internally displaced persons and what kind of assistance they specifically need.

5. CONCLUSIONS

As a result of the occupation of part of the territory of Ukraine and military operations in the East, our country and its society faced new challenges. There is still a lot of work and effort to be made so that no person is limited in their rights, regardless of any circumstances. And this duty must, first of all, be undertaken by the state, which is obliged to guarantee compliance with all the constitutional rights of a person.

The representatives of the legislative and executive authorities urgently need to act more decisively. This especially applies to the protection of property and civil rights of IDPs. The Verkhovna Rada of Ukraine should respond in a timely and flexible manner to the problems that arise and adopt the necessary laws aimed at the real protection of the rights of IDPs. The government must ensure the allocation of sufficient resources, including financial resources, for the implementation of social adaptation and reintegration of citizens of Ukraine who have moved from the temporarily occupied territory of Ukraine and the areas of the anti-terrorist operation to other regions of Ukraine. After all, the draft law that would determine the amount and procedure for compensation for damages, compensation payments for destroyed or partially damaged property, categories of damage to objects, and the procedure for interaction between state authorities and local authorities has not yet been adopted.

Violation of the right to protection of personal data was detected; on non-interference in personal and family life; electoral rights. In addition, the problems of realization of housing rights of IDPs and receipt of social benefits have been identified. The housing needs of IDPs are becoming increasingly acute, as the financial assistance provided to them and the savings of the population cannot cover the costs associated with long-term displacement. UNHCR emphasizes that IDPs living in collective centers can cause dependency and weaken the ability of internally displaced persons to manage their own lives, which exacerbates the trauma of displacement and creates barriers to integration. Therefore, the authorities are recommended to develop a systematic and visionary approach in response to these needs.

Most of the above-mentioned problems are solved by making changes to the laws of Ukraine "On ensuring the rights and freedoms of internally displaced persons", "On local elections", "On social housing fund"; Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On the Implementation of Social Payments to Internally Displaced Persons". In addition, it is necessary to cancel the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine's "Some issues of the implementation of social payments to internally displaced persons." Employment and housing problems are solved by attracting foreign aid, investments, and compensatory payments by the state to employers who will hire immigrants.

The practical significance of the obtained results lies in the fact that the conclusions and proposals formulated in the study can be used in the research field - for further research into theoretical and practical issues of the status of internally displaced persons as subjects of social security law; law-making activity - to improve the legal provision of social protection of internally displaced persons, taking into account international standards and positive legislative experience of certain foreign countries; law enforcement activities - to improve the practice of applying legislation in the field of social protection of internally displaced persons; the educational process of law students.

6. REFERENCES

Bryndikov, Y. L. (2018). The potential of family psychotherapy in the process of rehabilitation of families of military personnel participating in hostilities. *Vocational Education: Methodology, Theory and Technologies, 7/1,* 84–97.

Civil Procedure Code of Ukraine (2004). Verkhovna Rada of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text

Dyachenko, V. (2017). Determination of the legal status of internally displaced persons. *Scientific Journal of the National Academy of the Prosecutor's Office of Ukraine, 1,* 89–98.

Gnatenko, K. V., Yaroshenko, O. M., Inshyn, M. I., Vapnyarchuk, N. M. & Sereda, O. H. (2020). Targeted and effective use of state and non-state social funds. *International Journal of Criminology and Sociology*, *9*, 2861–2869. doi:10.6000/1929-4409.2020.09.35

Kapinus, O. Y. (2021). *Peculiarities of state policy regarding internally displaced persons in Ukraine.* Ivano-Frankivsk: Ivano-Frankivsk National Technical University of Oil and Gas. 21 p.

Kulchytskyi, T. R. (2022). *Legal regulation of social protection of internally displaced persons in Ukraine.* Lviv: Institute of Postgraduate Education and Pre-University Training of Ivan Franko Lviv National University. 224 p.

Kuts, H. M., Nakonechny, V. V., Kuts, Y. O., & Sergeeva, O. Y. (2021). State policy of social protection of internally displaced persons in the Kharkiv region of Ukraine. S*tate Construction, 1*(30), 1–10.

Law of Ukraine "On Local Elections" (2015). Verkhovna Rada of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3334-15#Text

Malyga, V. & Parker, M. (2022). Protection of property rights of internally displaced persons: international legal aspect. *Scientific Collection "InterConf+", 26* (129), 177–186.

Malyuga, L. Y. (2018). European social standards: the current state and ways of implementation into the social legislation of Ukraine. *Journal of East European Law*, 48, 70–76.

Mozer v. the Republic of Moldova and Russia (2014). Application No. 11138/10. Retrieved from: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-10885%22]}

Nikolenko, L. M. (2020). Ensuring the implementation and protection of the rights of internally displaced persons. *Donbas Legal Journal, 3* (72), 47–53.

Petryshyn, L. (2022). Social security of IDPs as a rehabilitation aspect of restoration of social status in conditions of military conflict. *Collection of abstracts of the - International scientific conference "Military conflicts and man-made disasters: historical and psychological consequences".* Ternopil: FOP Palyanytsya V. A. 24–27.

Protsyk, L. & Pampura, I. (2019). Psychological features and legal protection of children during armed conflict. *Psychological Journal, 5(11),* 253–267.

Resolution "Amendments made to the resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine regarding pension payments and cash assistance to internally displaced persons" (2022). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/363-2022-п#Text

Resolution "On Approval of the Procedure for Reimbursement of Expenses for Temporary Accommodation of Internally Displaced Persons who Moved During Martial Law" (2022). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2022-п#Text

Resolution "On the approval of the Procedure for providing the employer with compensation for labor costs for the employment of internally displaced persons as a result of hostilities during martial law in Ukraine" (2022). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/331-2022-п#Text

Resolution "On the implementation of a joint project with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees on additional measures for social support of internally displaced persons" (2022). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/445-2022-п#Text

Resolution "On the implementation of a joint project with the UN World Food Program on additional measures for social support of internally displaced persons" (2022). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-realizaciyu-spilnogo-z-vsesvitnoyu-prodovolchoyu-programoyu-oon-proektu-shchodo-dodatkovih-zahodiv-iz-socialnoyi-pidtrimki-vnutrishno-peremishchenih -osib-446

Resolution "Procedure for providing accommodation assistance to internally displaced persons" (2022). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1168-2022-п#Text

Resolution "Some issues of implementation of social payments to internally displaced persons" (2016). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/365-2016-п#Text

Resolutions "On making social payments to internally displaced persons" (2014). Cabinet of Ministers of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/637-2014-п#Text

Reznik, O., Getmanets, O., Kovalchuk, A., Nastyuk, V., & Andriichenko, N. (2020). Financial security of the state. Journal of Security and Sustainability Issues, 9(3), 843-852. doi:10.9770/jssi.2020.9.3(10)

Rogovenko, O. V. (2019). Analysis of international legal standards and national legislation in the field of ensuring the constitutional status of displaced persons. *Actual Problems of the State and Law,* 82, 182–187.

Tatulich, I. (2020). Regarding the provision of free legal aid to internally displaced persons. The issue of international legal protection of labor rights of migrants. *Legal challenges of Modernity: International Migration in the Conditions of Globalization, 1,* 107–110.

The Law of Ukraine "On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons" (2014). Verkhovna Rada of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1706-18#Text

The Law of Ukraine "On Social Housing Fund" (2006). Verkhovna Rada of Ukraine. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3334-15#Text

Yaroshenko, O. M., Anisimova, H. V., Koliesnik, T. V., Kaplina, H. A., Babych, N. O (2022a). National Strategy for a Barrier-Free Environment: Problems, tolerance and implementation. *International Social Work*.

Yaroshenko, O. M., Melnyk, K. Y., Sirokha, D. I., Arsentieva, O. S., Teslikova, I. I. (2022b). Gender Inequality in Social Security on the Basis of the ECtHR Case-Law. *Sriwijaya Law Review*, *6*(2), 224–238

Yaroshenko, O. M., Prokopiev, R. Y., Inshyn, M. I., Maliuha, L. J., Hnidenko, V. I. (2022c). Combating the Illegal Employment of Third-Country Nationals in the Member States of the European Union. *Krytyka Prawa*, *14*(2), 202–218

Zhurba, I. O., Yakushev, O. V., Gubar, O. E., Ternova, L. Y. & Samara, N. S. (2021). Social work as a component of the policy of social protection of internally displaced persons in the region. *Collection of Scientific Papers of the Cherkasy State University of Technology,* 63, 147–155.

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Laborum

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

-Plan General de Contabilidad Pública y Entidades del sistema de la SS. **- Resolución de 11 de octubre de 2023, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 1 de julio de 2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social. (BOE 19-10-2023)**

La adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, que se lleva a cabo mediante esta Resolución, deriva fundamentalmente de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 2/2023, dando nueva redacción a los artículos 117 a 121 LGSS, que regulan el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, con la finalidad de modificar y desarrollar el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) establecido mediante la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. La nueva configuración del Fondo de Reserva de la Seguridad Social como un fondo de naturaleza indisponible y la exigencia legal de su constitución en la Tesorería

General de la Seguridad Social, unido a la ampliación de las fuentes de su dotación, es lo que motiva la necesidad de establecer y regular una reserva específica representativa de la materialización patrimonial del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, de manera complementaria y distinta a cualquier otro fondo o reserva destinada a la atención de las necesidades generales del sistema de la Seguridad Social.

Asimismo, se modifican las normas de elaboración del Balance para recoger en el

Balance privativo de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y en su Balance Integrado, de forma separada la reserva de capitalización como establece el artículo 25.1.b) de dicha Ley del Impuesto sobre sociedades o cualquier otra reserva especial cuando así lo exija la normativa aplicable.

-Minería del carbón. **- Orden ISM/1164/2023, de 20 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. (BOE 27-10-2023)**

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 122.nueve de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, las bases de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, normalizadas para cada una de las categorías y especialidades profesionales, que han de aplicarse durante el ejercicio 2023 son, para cada una de las zonas mineras, las que se contienen en el anexo de esta Orden.

***-Minería del carbón.* - Resolución de 3 de noviembre de 2023, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece el plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden ISM/1164/2023, de 20 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 8-11-2023)**

Las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden ISM/1164/2023, de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, respecto de las cotizaciones que, a partir de 1 de enero de 2023, se hubieran efectuado hasta el mes anterior al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se ingresarán en un único plazo correspondiente al mes de febrero de 2024.

***-Delegación de competencias*. - Resolución de 26 de septiembre de 2023, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 23 de julio de 2020, sobre delegación de competencias en sus órganos centrales y provinciales y en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social (BOE 5-10-2023)**

Las delegaciones ya existentes en los órganos centrales y provinciales del organismo y en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social relativas a la facultad de celebración de aquellos contratos que se encuentran estrechamente vinculados al desarrollo de la actividad en los centros de trabajo de la Tesorería General, tanto centrales como provinciales, como son los de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de sus dependencias, los de servicios de limpieza y los de servicios de vigilancia y/o seguridad, se amplían también a los contratos de suministro de energía eléctrica, para lo cual, mediante esta resolución se procede a modificar las referidas delegaciones de competencias contenidas en la Resolución de 23 de julio de 2020 de la Tesorería General de la Seguridad Social.

***-Cierre del ejercicio*. - Orden ISM/1207/2023, de 6 de noviembre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2023 para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (BOE 11-11-2023)**

Las distintas operaciones a realizar en la ejecución del presupuesto se regulan con carácter general en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio. Ahora bien, la mencionada regulación debe completarse mediante la especificación de operaciones y procedimientos a realizar a final de cada ejercicio.

Por ello, resulta preciso determinar los plazos para la tramitación de expedientes de gasto a fiscalizar e intervenir y para la remisión de la documentación contable necesaria para el registro de las operaciones, para la ordenación de pagos y su realización, en el momento del cierre del ejercicio 2023, así como para la concreción de distintas operaciones reguladas en la citada Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

1.2. PROTECCIÓN SOCIAL: DEPENDENCIA

***-Comunidad Autónoma de Cataluña. Medidas extraordinarias*. - Decreto-ley 2/2023, de 17 de octubre, de medidas extraordinarias de carácter social (BOE 24-11-2023)**

Este decreto-ley establece un conjunto de medidas extraordinarias de carácter social con el fin de afrontar las dificultades que tienen las personas dependientes y con discapacidad para acceder a los servicios sociales de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública de Cataluña y para asumir

los pagos que se derivan, así como de garantizar la atención adecuada a las personas usuarias de estos servicios.

Como primer objetivo, este decreto-ley tiene el objetivo de hacer frente a las dificultades de acceso al entorno residencial de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública de Cataluña, especialmente para las personas en situación de dependencia más desfavorecidas (la Exposición de Motivos destaca la larga lista de espera residencial existente hoy en día en Cataluña, que comporta que casi 12.500 personas estén esperando el otorgamiento de una plaza de residencia asistida financiada públicamente). Por ello se adoptan las siguientes medidas:

1. Se incrementa la cuantía de la prestación económica vinculada al servicio (PEV) residencial, como prestación personal y periódica, sujeta al grado de dependencia y a la capacidad económica de la persona beneficiaria, destinada a financiar el coste de la ocupación de una plaza residencial privada, cuando no es posible la atención en un servicio con financiación pública de la Administración de la Generalitat de Catalunya por falta de disponibilidad de plazas.

En base a la posibilidad de las comunidades autónomas de mejorar la protección de la situación de dependencia mediante el nivel adicional de protección que prevé el artículo 7.3.º de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el artículo 1 de este decreto-ley en relación con los anexos 1 y 2 incrementa los importes máximos y mínimos de la PEV de residencia asistida que prevé la normativa estatal (RD 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el RD 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia), con el fin de facilitar el acceso a este servicio a más personas y, especialmente, a las que cuentan con menos recursos económicos, de forma que:

— La aplicación de las nuevas cuantías que fija este decreto-ley permita que las personas con rentas más bajas puedan acceder con más facilidad a plazas residenciales de entidades de servicios sociales (actualmente, respecto de las PEV mínimas que establece el Gobierno estatal, con la aplicación de los coeficientes reductores vigentes la prestación se estaba denegando a partir de los 25.751,75 euros de renta anual).

— El aumento de la cuantía económica de las PEV permita que un porcentaje importante de las personas que están actualmente en lista de espera pueda optar a una plaza privada, sufragando la diferencia entre el precio de la plaza y la PEV recibida.

— Adicionalmente, supone una actualización de las cuantías económicas asociadas a las PEV (sin actualizar desde 2012).

— Además, el incremento de la cuantía de las PEV contribuye, indirectamente, a respetar la capacidad decisoria y las preferencias de la persona dependiente, puesto que, al tratarse de una prestación económica, la persona usuaria puede elegir la residencia asistida donde ingresar según sus propios criterios de elección.

2. Se llevan a cabo los cambios normativos necesarios tras la entrada en vigor del Real Decreto 675/2023, de 18 de julio, que modifica aspectos importantes de las prestaciones vinculadas a la atención a la dependencia, y se llevan a cabo las modificaciones necesarias respecto a las prestaciones recogidas en la Cartera de Servicios Sociales de Cataluña.

3. Este decreto-ley también tiene la finalidad de facilitar el acceso a los centros de atención especializada a las personas con discapacidad intelectual o física, mediante la supresión del copago de las prestaciones no gratuitas de la Cartera de Servicios Sociales referentes al servicio de centro de día de atención especializada temporal o permanente para personas con discapacidad intelectual

y al servicio de centro de día de atención especializada temporal o permanente para personas con discapacidad física.

Por eso, el artículo 2 establece el carácter gratuito de estas prestaciones de la Cartera de Servicios Sociales, sin perjuicio que su naturaleza pueda variar en el futuro.

4. También, entre otras disposiciones de la norma, se modifica el texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, en relación con el régimen de retorno de cobros indebidos en el ámbito de las prestaciones del sistema público de servicios sociales y de pago de deudas derivadas de la participación de los usuarios en la financiación de las prestaciones de servicios sociales. La modificación consiste en habilitar a la unidad competente para la autorización del fraccionamiento y el aplazamiento de ingresos de la Administración de la Generalitat para autorizar, de manera excepcional, plazos superiores a los que estaban previstos, con el objetivo de facilitar que las personas que sean o hayan sido beneficiarias de prestaciones sociales puedan devolver las cantidades indebidamente percibidas, especialmente en los casos en que haya un retraso de la Administración en incoar el correspondiente expediente de cobro indebido, hecho que puede comportar un incremento de las cantidades a devolver. De esta forma, se facilita el retorno mediante la reducción de los pagos mensuales, los cuales se podrán diferir en un plazo superior, aliviando con ello la situación de personas que a menudo se encuentran en situación de vulnerabilidad y que deben devolver en algunos casos importes significativos a consecuencia de un retraso en la exigencia de la devolución, que no les es imputable.

1.3. MIGRACIONES

-*Sistema de acogida de protección internacional*. - Resolución de 29 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Atención Humanitaria e Inclusión Social de la Inmigración, por la que se modifica la de 14 de noviembre de 2022, por la que se establece la planificación de prestaciones, actuaciones y servicios que deben atenderse dentro del programa de atención humanitaria mediante acción concertada para los ejercicios 2023-2026 (BOE 6-10-2023)

-*Sistema de acogida de protección internacional*.- Resolución de 2 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Gestión del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal, por la que se modifica la de 8 de noviembre de 2022, por la que se establece la planificación de prestaciones, actuaciones o servicios estructurales del sistema de acogida en materia de protección internacional para su gestión mediante acción concertada; y por la que se establece una planificación extraordinaria para atender mediante acción concertada las necesidades derivadas de la llegada de personas a las costas españolas (BOE 4-11-2023)

1.4. SANIDAD

-*Medicamentos*. - Orden SND/1186/2023, de 20 de octubre, por la que se procede a la actualización en 2023 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (BOE 1-11-2023)

A través de la presente orden ministerial se procede a la actualización en 2023 de los conjuntos y precios de referencia establecidos por la Orden SND/1147/2022, de 23 de noviembre, y para ello se determinan los nuevos conjuntos y se fijan sus precios de referencia, así como se revisan los precios de referencia fijados por la misma. Igualmente se procede a la supresión de los conjuntos de referencia previamente determinados por no cumplir, por causas sobrevenidas, los requisitos exigibles para su establecimiento.

Se ha procedido a la formación de los conjuntos con el mismo nivel 5 de la clasificación anatómico-terapéutico-química de medicamentos de la Organización Mundial de la Salud (ATC5) y con idéntica vía de administración, según lo establecido en la normativa vigente.

Con objeto de garantizar el suministro de los medicamentos esenciales, en concreto de aquellos no sustituibles por ningún otro de los actualmente financiados por el Sistema, se ha adoptado la solución de no revisar el precio de referencia de determinadas presentaciones incluidas en los conjuntos. A estos efectos, se considera medicamento esencial aquel considerado como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Estos son los medicamentos que la OMS indica que deben estar disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad.

1.5. PLANES DE PENSIONES

-Orden ISM/1198/2023, de 2 de noviembre, por la que se determina la remuneración de los miembros de la Comisión de Control Especial de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos (BOE 4-11-2023)

1.6. NORMAS LABORALES

***-Fiestas laborales*. - Resolución de 23 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2024 (BOE 27-10-2023)**

La presente Resolución contiene la relación de fiestas laborales para el año 2024, en las que se hace referencia también a las de ámbito nacional, autonómico y de las ciudades de Ceuta y Melilla.

1.7. EMPLEO PÚBLICO

-*Carrera Judicial. Jornada y horarios de trabajo*. - Acuerdo de 29 de junio de 2023, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre la adaptación de la regulación de la reducción de jornada, como consecuencia de la actual redacción del artículo 49 e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dada en virtud de reforma operada por la disposición final 4 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo. (BOE 08-09-2023)

-*Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. Retribuciones*.- Real Decreto 774/2023, de 3 de octubre, por el que se modifican el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales, y el Real Decreto 2033/2009, de 30 de diciembre, por el que se determinan los puestos tipo adscritos al Cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función, para dar cumplimiento al acuerdo entre la Administración del Estado y el comité de huelga de Letrados de la Administración de Justicia (BOE 4-10-2023).

-*Retribuciones*. - Resolución de 5 de octubre de 2023, de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se dictan instrucciones sobre el pago al personal del Sector Público Estatal del incremento retributivo adicional del 0,5 por ciento vinculado a la evolución del IPCA previsto en el artículo 19.Dos.2.a) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. (BOE 06-10-2023)

1.8. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

***-Salud mental y trabajo precario*. - Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la salud mental y el trabajo precario, Bruselas de 9 de octubre de 2023, 13937/23.**

El Consejo aprobó el 9 de octubre de 2023 el primer conjunto de Conclusiones sobre la interrelación entre la salud mental y el empleo, con especial atención al trabajo precario, en la que se indica la estrecha relación entre salud mental y trabajo.

En este sentido, el Consejo invita a los Estados miembros, entre otros aspectos, a lo siguiente:

a) analizar con más detalle las implicaciones jurídicas y prácticas de nuevas formas de trabajo y de organización de éste, en concreto en aquellas situaciones en las que el empleador y sus responsabilidades no estén claramente definidas, tales como grupos de empresas y relaciones de empleo multipartitas (como el empleo a través de empresas de trabajo temporal, el trabajo esporádico o la subcontratación);

b) promover políticas de empleo de calidad para combatir la precariedad y abordar asuntos como la inseguridad laboral, que tienen relación, entre otras cosas, con determinados tipos de contratos de trabajo (como contratos involuntarios temporales o a tiempo parcial), así como con salarios inadecuados o con la dificultad para ejercer derechos laborales;

c) reforzar los sistemas públicos destinados a salvaguardar la salud mental en el trabajo;

d) favorecer la investigación sobre la salud mental en el trabajo con un enfoque preventivo;

e) garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores, en particular en lo que se refiere a la salud mental, en función de los riesgos relativos a su seguridad y a su salud en el trabajo, y promover la coordinación con los servicios de salud pública;

f) apoyar la contratación o la reintegración laboral de las personas con problemas de salud mental y promover los programas voluntarios de intervención temprana, adaptación laboral y apoyo a los trabajadores cuando se acojan a un permiso por problemas de salud mental y cuando vuelvan al trabajo;

g) garantizar que los empleadores incluyan, de manera adecuada y eficaz, la gestión de los riesgos psicosociales en las evaluaciones de los riesgos para la salud y la seguridad en el trabajo y las consiguientes medidas;

h) apoyar a las personas que trabajan de forma autónoma y a las pymes en la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo;

i) promover las iniciativas y campañas de formación y sensibilización sobre salud mental en el lugar de trabajo y sobre las repercusiones de las condiciones de trabajo precarias en la salud mental;

j) promover políticas de apoyo a la salud mental de los trabajadores jóvenes en su integración en el mercado laboral;

k) reforzar la supervisión y orientación de la gestión de los riesgos psicosociales en el trabajo mediante la acción de las inspecciones de trabajo u otros organismos competentes;

y l) promover el cumplimiento efectivo de los derechos de los trabajadores, en especial las normativas nacionales vigentes en el ámbito del tiempo de trabajo, y favorecer políticas para reconciliar la vida profesional, personal y familiar.

Asimismo, el Consejo invita a la Comisión Europea a garantizar que los aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo que pueden influir en la salud mental se tengan en cuenta a la hora de hacer un seguimiento de la aplicación de la Directiva 2003/88/CE; que tenga en cuenta el derecho a

la desconexión como medida que contribuye a la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo, tomando en consideración las negociaciones en curso de los interlocutores sociales intersectoriales de la UE en lo referente al teletrabajo y al derecho a la desconexión; y que fomente la coordinación de las iniciativas nacionales sobre la gestión de riesgos psicosociales en el trabajo.

También se pide a los interlocutores sociales que prosigan el diálogo social para la mejora de las condiciones de trabajo; que sensibilicen sobre el bienestar psicológico; que sigan promoviendo intervenciones en los lugares de trabajo para promover el bienestar psicosocial y una buena salud mental en el trabajo, en especial cambios organizativos que afecten a las condiciones de trabajo, como intervenciones en la organización del tiempo de trabajo, en lugar de intervenciones centradas en personas concretas; y que sigan fomentando enfoques proactivos de la digitalización y el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones que tengan repercusiones positivas en las condiciones de trabajo, y seguir minimizando las negativas, por medio de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales en el trabajo.

1.9. OTRAS NORMAS

-*Dopaje*. - Real Decreto 792/2023, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte. (BOE 25-10-2023)

***-Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial*. - Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (BOE 02-09-2023)**

El RD 729/2023 aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. Se establece la naturaleza jurídica de la AESIA, así como su régimen jurídico. Se determinan las competencias y su estructura orgánica. Se dispone que el personal al servicio de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial sea personal funcionario o laboral:

-El personal funcionario se regirá por lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. Será la Dirección de la Agencia quien convoque y resuelva los procedimientos de provisión de puestos de trabajo de conformidad con los procedimientos de provisión establecidos en la normativa sobre función pública. Tanto las convocatorias como sus resoluciones se publicarán en el BOE.

-El personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, la normativa convencional aplicable en su caso, y por los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público que expresamente le resulten de aplicación. Corresponderá a la Agencia la celebración de los contratos de trabajo del personal laboral, que será seleccionado, en ejecución de la Oferta de Empleo Público, mediante convocatoria pública que, además de adecuarse a la relación de puestos de trabajo de la Agencia, se sujetará a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad previstos por el Estatuto Básico del Empleado Público, así como del acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

-*Días inhábiles*. - Resolución de 16 de noviembre de 2023, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se establece a efectos de cómputo de plazos, el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2024 (BOE 22-11-2023)

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

A) Accidente de trabajo

-STS 572/2023 20-09-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

El TS inadmite el recurso del actor, quien discute la aplicación del coeficiente multiplicador de la indemnización calculada conforme al baremo de accidentes de tráfico, por falta de contradicción: En la sentencia recurrida no se apreció concurrencia de circunstancias para la aplicación del coeficiente multiplicador, más allá de la imposición de un recargo de prestaciones del 40%, ni tampoco una especial responsabilidad de la empresa. En la sentencia de contraste, se incrementó la cuantía de la indemnización porque han quedado sin compensación secuelas, que ya padecía el trabajador y se han visto agravadas.

En cuanto a los recursos de las aseguradoras, que discuten la forma de aplicar los intereses moratorios del art. 20.4 LCS, se reitera criterio de las SSTS 16-05-2007, Rec. 2080/2005, y 05-05-2016, Rec. 3568/2014, que a su vez siguen el criterio interpretativo de la Sala Primera del TS a partir de STS/Civil de 01-03-2007, Rec. 2302/2001, conforme al cual: Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20 %, si no lo supera, y sin modificar los ya devengados diariamente hasta ese momento.

-STS 741/2023 11-10-2023 Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

Asturiana de Zinc, S.A. El recargo de la prestación de incapacidad permanente absoluta se traslada a las prestaciones por muerte y supervivencia.

Aplica doctrina de la STS 9 de junio de 2015 (RCUD 36/2014) sobre el artículo 172.2 LGSS de 1994 (actual artículo 217.2 LGSS de 2015).

-STS 476/2023 04-07-2023 Ponente: Concepción Rosario Ureste García

La imprudencia es temeraria cuando el trabajador ha omitido la más elemental diligencia, prudencia y cautela, asumiendo un riesgo evidente e innecesario de puesta en peligro de su vida, que llega a materializarse en un accidente. Merece tal calificación el accidente sufrido por el trabajador cuando cruza de noche por lugar no habilitado al efecto una carretera que consta de cuatro carriles con doble sentido de circulación, amplitud y variación de sentidos llevando carga y sin ropa reflectante.

En estas condiciones, la distracción del conductor del vehículo que lo atropelló no distorsiona la existencia de imprudencia temeraria en tanto que las circunstancias concurrentes -del entorno y de las propias condiciones del actor dificultaban necesariamente la capacidad de reacción del conductor, sumándose la imprevisibilidad de que acaeciese el cruce por un lugar no habilitado para los peatones.

-STS 479/2023 05-07-2023 Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

Mientras que en el RGSS es accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, en el RETA es el ocurrido como como consecuencia directa e inmediata del que realiza por su propia cuenta. Además, para que se considere accidente de trabajo, en el RGSS basta con que la lesión tenga lugar durante el tiempo y en el lugar de trabajo, mientras que en el RETA, además de lo anterior, se exige expresamente la prueba de la conexión de la lesión con el trabajo realizado por cuenta propia.

B) Mutuas

-STS 508/2023 12-07-2023 Ponente: María Luz García Paredes

El Consejo de ministros como consecuencia del Acta de Infracción extendida por la Dirección Especial de la ITSS acuerda sancionar a la Mutua Asepeyo por no observar las normas relativas a la denominación y su utilización, y a la constitución y funcionamiento de sus órganos y gobierno y de participación; incumplir el régimen de incompatibilidades y prohibiciones establecido en el actual art. 91 TRLGSS; falta de diligencia suficiente en la supervisión de la gestión de la prestación de forma reiterada y prolongada en el tiempo; concertar, utilizar o establecer servicios sanitarios, de prevención de accidentes, de recuperación o de rehabilitación propios o de terceros, sin la previa autorización del organismo competente; no aplicar el patrimonio estrictamente al fin social de la entidad y no llevar a cabo operaciones distintas a las que debe limitar su actividad, imponiendo al sujeto responsable una sanción por cuantía total 741.280,00 euros.

La Mutua impugna el acuerdo y la sentencia apuntada tras una exhaustiva valoración de los hechos probados y normativa aplicable al caso de autos resuelve estimar parcialmente el recurso y rebajar las sanciones relativas al uso de servicios sanitarios con terceros sin la previa autorización entre los años 2017 a 2019; suscribir seguro de responsabilidad civil de la Junta Directiva, director gerente y personas que ejerzan funciones ejecutivas; y reconocimiento indebido de prestaciones especiales, colectivas e individuales.

C) Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

-STS 561/2023 19-09-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

La actora se somete voluntariamente a una cirugía para corregir su miopía permaneciendo en situación de IT pero la mutua le ha denegado la prestación económica porque se trata de una operación estética excluida de la cartera de servicios de la SS.

Se discute si el hecho de que dicha asistencia sanitaria haya sido prestada en la medicina privada le impide ser titular de la prestación discutida.

Argumenta el TS que son los servicios públicos de salud los únicos competentes para emitir los correspondientes partes médicos de baja, de confirmación y de alta. Pero si bien es cierto que la patología ocular que presenta la actora tiene diferentes tratamientos que no están cubiertos por la SS ello no impide que, voluntariamente, el enfermo pueda recurrir a ellos a sus expensas; ahora bien, las consecuencias temporales incapacitantes derivadas de tales tratamientos que requieren asistencia sanitaria configurarán la situación protegida por el artículo 169.1 a) LGSS, siempre y cuando el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes.

-STS 731/2023 10-10-2023 Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Incapacidad permanente total. Visión monocular. Pérdida total OD; agudeza visual de 1 en OI. Existencia de contradicción. Aplica en ese extremo las SSTS 375/2023, de 24 de mayo (RCUD 2117/2020); 698/2020, de 22 de julio (RCUD. 4533/2017); 632/2020, de 9 de julio (RCUD 338/2018); 372/2016, de 4 de mayo (rcud. 1986/2014); 23 de diciembre de 2014, rcud. 360/2014. Oficial 1ª construcción. Reconoce incapacidad permanente total.

-STS 745/2023 17-10-2023 Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

Complemento de gran invalidez. Importe. La base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante a que se refiere el artículo 196.4 LGSS) es la base mínima de cotización de todos

los grupos profesionales y no la base mínima de cotización del grupo del beneficiario. Se confirma la sentencia recurrida.

-STS 472/2023 04-07-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Subsidio por Desempleo e Incapacidad Temporal. A los efectos de devengar la protección por una recidiva de incapacidad temporal (surgida más de seis meses después de finalizar el anterior periodo) no es posible considerar como situación asimilada al alta la de quien está percibiendo el subsidio (asistencial) por desempleo. Reafirma doctrina de STS 26 julio 1993 (RCUD. 2012/1993) y posteriores.

-STS 495/2023 11-07-2023 Ponente: María Luz García Paredes

Se debate en el recurso si, a efectos del cumplimiento del periodo de carencia para el reconocimiento de una incapacidad permanente, debe estarse al momento en el que el solicitante se jubiló anticipadamente o al de la solicitud de la prestación de IP.

La sentencia anotada considera que no resulta de aplicación al caso la doctrina del paréntesis pues la misma contempla supuestos en el que el cese de la obligación de cotizar como determinante del periodo de carencia se produce estando el sujeto en situación de alta o asimilada a ésta; situación que no es equiparable a la de un jubilado anticipadamente, que no se encuentra en situación de alta o asimilada al alta.

En el caso enjuiciado el actor está jubilado anticipadamente desde 2015 y reclama el reconocimiento de la prestación de gran invalidez o invalidez permanente absoluta casi tres años después, lo que determina que no reúna el periodo de carencia exigible. Se confirma la desestimación de la demanda apreciada en las instancias judiciales previas.

-STS 520/2023 18-07-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

La Sala IV casa la sentencia de suplicación que había reconocido la Gran Invalidez a trabajador de la ONCE que antes de su afiliación a la Seguridad Social tenía una agudeza visual en el ojo izquierdo de 0,1 y amaurosis en el ojo derecho, lo que conforme a la tradicional doctrina jurisprudencial venía siendo considerado como "ceguera legal" objetivamente constitutiva de Gran Invalidez.

En el caso de la sentencia analizada, se reitera la nueva doctrina jurisprudencial instaurada en SSTS -del Pleno- 199 y 200 de 16 de marzo de 2023 (RCUDS. 3980/2019 y 1766/2020) y las que han seguido con posterioridad: La simple presencia de una determina dolencia no permite, por sí solo, reconocer que la persona no puede atender los actos más esenciales de la vida.

Es evidente que un cuadro de dolencias puede tener distinto alcance en los sujetos los que afecta, atendidas a determinadas circunstancias que le puedan rodear, como es la edad, el momento en el que la dolencia se presenta, situación anterior y posterior, etc. No es aceptable que, para la GI, una determinada dolencia sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto. En el caso, no procede el reconocimiento de la gran invalidez al estar acreditado que el beneficiario podía atender los actos más esenciales de la vida.

D) Discapacidad

-STS 473/2023 04-07-2023 Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Se cuestiona si resulta procedente sumar los factores sociales complementarios, cuando el porcentaje de discapacidad no alcanza el 25%.

Atendiendo a los términos del art. 5, sobre valoración, del RD 1971/1999, el baremo valora los factores que pueden limitar la integración: familiar, económico, laboral, cultural y entorno. A cada uno de estos factores puede otorgarse una puntuación máxima que, obviamente, no es la suma de las distintas situaciones que se describen. El mismo porcentaje mínimo se había contemplado de forma semejante en la Orden de 8 de marzo de 1984 que precedió al RD y que desarrollaba a su vez las previsiones del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

La literalidad de la norma evidencia que el sumatorio del baremo correspondiente a factores sociales complementarios no es automático, sino que requiere una plataforma mínima acerca de la propia valoración de la discapacidad que el legislador ha situado en el 25%. Si se alcanza -valoración de un 25% de discapacidad-, procederá adicionar la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios en la forma y límites previstos por la normativa. En sentido contrario, la no obtención del porcentaje mínimo, que sin ambages ni condiciones fija el art. 5.3 in fine del RD 1971/1999, enerva el sumatorio de los factores sociales complementarios

E) Jubilación

-STJUE 14-09-2023 C-113/22, DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 79/7/CEE — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social — Artículo 6 — Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión únicamente para las mujeres — Sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia que permite declarar que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo — Práctica administrativa consistente en seguir aplicando esa norma a pesar de dicha sentencia — Discriminación distinta — Reparación pecuniaria — Reembolso de los gastos relativos a las costas y los honorarios de abogado»

-STS 563/2023 19-09-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

En el caso de la jubilación flexible es posible compatibilizar la pensión con el desarrollo de un trabajo a tiempo parcial de menor entidad que la mínima admisible a efectos de jubilación parcial. Sin perjuicio de la eventual sanción que proceda, la ausencia de comunicación de la referida circunstancia comporta el deber de reintegrar la prestación indebidamente percibida, aplicándose la proporcionalidad inversa a la minoración de jornada experimentada. Las previsiones de la Orden Ministerial de 18 de enero 1967, nunca reformada en este punto, estableciendo la total incompatibilidad entre la "pensión de vejez" y el desarrollo de "todo trabajo" no pueden tomarse en cuenta porque colisionan con el tenor (posterior y jerárquicamente superior) de la propia Ley General de Seguridad Social.

-STS 461/2023 29-06-2023 Ponente: María Luz García Paredes

Se plantea en el recurso si el derecho del progenitor al complemento por aportación demográfica (respecto de su pensión de jubilación, causada el 8 de octubre de 2018) debe percibirse en su totalidad o debe minorarse en atención a que la otra progenitora ha devengado, con efectos de 8 de noviembre de 2021, el complemento por brecha de género.

La Sala IV considera que en caso de concurrencia de ambos complementos, el importe del referido a la brecha de género debe minorar el reconocido por aportación demográfica, aplicando para ello la DT 33 de la LGSS que así lo establece expresamente (introducida por RDL 3/2021, de 2 de febrero, que dio nueva redacción al art. 60 LGSS, dando así respuesta normativa a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 -asunto WA-, que estableció que dicho precepto era discriminatorio para los

varones y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 por reconocer el derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento).

-STS 4698/2023, Nº de Recurso: 5547/2022, Nº de Resolución: 977/2023. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Complemento de maternidad: la Sala entiende que la cantidad adecuada en orden a la compensación de los daños derivados de la discriminación adicional derivada de la denegación del denominado complemento de maternidad a los varones por parte del INSS cuando ya había sido establecido por el TJUE el carácter discriminatorio y contrario al derecho de la Unión de la regulación que reservaba exclusivamente dicho complemento a las mujeres, debe ser fijada en la cantidad de 1.800 euros. Dicha cuantía se estima que es la que mejor se adecua a la exigencia de reparación del daño sufrido en los términos que se derivan de la reiterada sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 y de la normativa interna y doctrina jurisprudencial sobre la materia, debiendo, por tanto, ser aplicada por los órganos judiciales, en todos aquellos supuestos en los que exista controversia sobre la cuantía de la referida indemnización y, teniendo presente -como ocurre en el presente caso- la solicitud de la parte demandante de la aludida indemnización.

F) Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

-STEDH 20-07-2023 Caso Del Pino Ortiz y otros c. España

Derecho de propiedad (art.1 Protocolo 1). Pensión de viudedad de parejas de hecho- En los presentes casos, el hecho de que los demandantes y sus respectivas parejas cumplieran los otros requisitos legales, concretamente; convivencia ininterrumpida de más de 5 años antes de la muerte de su pareja (y en algunos casos con hijos comunes), así como los criterios económicos antes de que la sentencia del TC de 11 de marzo 2014 estuviera vigente es relevante en el presente caso igual que ocurrió con el caso Valverde Digon.

El TEC considera que, como en el caso Valverde Digo, todos lasos causantes murieron antes del transcurso de 2 años de la entrada en vigor del nuevo requisito de registro introducido después del 10 de abril de 2014. Por las mismas razones, el TEDH concluye que, en los presentes casos, los demandantes podían haber albergado una expectativa legítima de que podían obtener una pensión de viudedad. Por lo que resulta que el art. 1 del Protocolo º es aplicable. El TEDH concluye que la imposición de un requisito formal por el TC sin una adecuada regulación transitoria fue desproporcionado a la luz de las circunstancias de los presentes casos.

-STS 480/2023 05-07-2023 Ponente: Juan Molins García-Atance

La cuestión que decide el TS es si la actora, que por razón de violencia de género no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho. No se discute que la demandante cumplía con los restantes requisitos legalmente exigidos para tener derecho a la pensión.

La Sala IV, siguiendo el criterio de resoluciones previas, estima el recurso y reconoce a la actora el derecho a percibir la pensión de viudedad solicitada. Se efectúa una interpretación con perspectiva de género del art 221.1 LGSS de 2015 (anterior artículo 174.3 LGSS de 1994), declarando el derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho de la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, siempre que cumpla los restantes requisitos legalmente exigidos.

Y ello porque, cuando media la violencia de género, la convivencia es imposible e indeseable por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Además, la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia. La protección, integral y trasversal, contra la violencia de género debe presidir la interpretación de las normas aplicables a la prestación reclamada.

G) Desempleo

-STS 580/2023 21-09-2023 Ponente: María Luz García Paredes

Se cuestiona si la parte actora debe ser beneficiaria de la prestación por desempleo, reconocida al haber sido suspendida su relación laboral en virtud de un ERTE por fuerza mayor cuando su empleadora, administración pública, no podía acogerse a dichas medidas. La demandante prestaba servicios para un Ayuntamiento y estuvo incluida en un ERTE tramitado por la Corporación Local, por cierre de las instalaciones, suspendiendo las relaciones laborales de sus trabajadores desde el 11 de junio hasta el 10 de diciembre de 2018. En el informe emitido del Servicio de Administración Laboral de la Delegación Territorial de Economía dirigido al Ayuntamiento, se pone en conocimiento que el procedimiento instado no era aplicable a las administraciones públicas, según la Disposición Adicional 17ª del Estatuto de los Trabajadores.

La demandante presentó solicitud de prestación por desempleo que le fue reconocida, pero el ente gestor revocó la resolución, declarando indebidamente percibidas las prestaciones reconocidas, por no estar en situación legal de desempleo. Debe aplicarse el principio de confianza legitima porque el administrado ha actuado en la forma que le ha sido marcada por la decisión empresarial y de la que la autoridad laboral y la propia entidad gestora de las prestaciones por desempleo tenían conocimiento, a pesar de la Disposición Adicional 17ª del ET, creando así una esperanza legítima en su derecho a estar protegido por la situación de desempleo a la que había sido avocado

-STS 694/2023 03-10-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Subsidio de desempleo. Indemnización por despido que se paga en cantidades progresivas mensuales durante un período de tiempo de siete años, garantizadas mediante póliza de seguros concertada por la empresa de la que es beneficiario el trabajador.

Imputación fiscal de rendimiento por capital mobiliario de una parte de la cuantía que percibe el trabajador. Determinación del cómputo de dicha parte a efectos de percepción de rentas superiores al 75% SMI incompatibles con el subsidio. No deben computar como renta a dichos efectos.

-STS 515/2023 17-07-2023 Ponente: Juan Molins García-Atance

Se plantea en la sentencia analizada si tiene derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 55 años una persona que no había cumplido esa edad cuando agotó la última prestación por desempleo o el subsidio por desempleo.

Tras rechazar inadmisión del recurso por alegada falta de abono de la prestación reconocida en suplicación, para lo que existía justa causa, la Sala IV revoca la sentencia recurrida y confirma la de instancia, que había denegado el derecho.

Resulta aplicable la legislación anterior al RDL 8/2019, de 8 de marzo, que exigía tener cumplidos 55 años a la fecha del agotamiento de la última prestación o subsidio.

La solicitante había agotado la última prestación por desempleo cuando todavía no había cumplido 55 años y posteriormente, después de cumplir esa edad, y antes de la entrada en vigor del RDL 8/2019, solicitó este subsidio. No consta que manifestase su constante voluntad de trabajar

mediante su inscripción como desempleada, por lo que no reunía los requisitos exigidos para el devengo del subsidio por desempleo para mayores de 55 años.

-STS 30/10/2023, 4822/2023. Nº de Recurso: 130/2021, Nº de Resolución: 892/2023. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Desempleo. No hay fraude de ley. Se anula la resolución del SEPE que revocó la prestación por fraudulenta, basándose en que se había contratado laboralmente a una mujer embarazada de 6 meses para lucrar la prestación. La especial protección de la maternidad en general y del embarazo en particular se proyecta sin ambages en la fase de acceso al empleo, erradicando no solo los casos más habituales en los que se veda o trunca esa posibilidad a instancias del empleador, ya fuere público o privado, sino también aquellas conductas que vienen a considerar que la contratación de una mujer embarazada constituye en sí misma un indicio de fraude para la obtención de las prestaciones de seguridad social. Será preciso un panorama indiciario relevante y sólido para sostener la tesis de rechazo de las posibilidades laborales -y de encuadramiento en el sistema de la seguridad social-, de una trabajadora en proceso gestacional. De lo contrario se produciría una expulsión del mercado de trabajo y del correlativo aseguramiento de la mujer embarazada, constitutiva de una discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo.

H) Renta Activa de Inserción

-STS 488/2023 06-07-2023 Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

La sentencia de suplicación recurrida confirma la de instancia que, estimando la demanda del SPEE, revoca la resolución administrativa de 18/2/2014 de concesión de la renta activa de inserción. En fecha 6/4/2004 se dictó resolución de extinción del subsidio por desempleo.

La cuestión suscitada en casación unificadora se centra en determinar si la sanción de extinción del subsidio de desempleo está sujeta a plazo de prescripción y si los efectos de la sanción están limitados temporalmente, de forma que los efectos de la inicial sanción no pueden obstar al reconocimiento posterior de la renta activa de inserción.

La Sala IV razona, interpretando el art. 2.1.c del RD 1369/2006, que detal precepto no puede extraerse que la sanción de extinción de la prestación tiene efectos temporales ilimitados. Y ello porque ha de estarse a los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad de las sanciones Y, conforme a lo establecido en el art.7.3 del RD 928/1998 y el art. 132.1 de la ley 30/1992 y 30.1

de la ley 40/2015, debe tenerse en cuenta que las infracciones y sanciones están sometidas a los plazos de prescripción contemplados en las mismas. En consecuencia, se estima el recurso de la beneficiaria demandada y se desestima la demanda del SPEE.

I) Sanidad

-STJUE 13-07-2023, C-765/21 D. M. y Azienda Ospedale-Università di Padova, con intervención de C. S.

«Procedimiento prejudicial — Salud pública — Normativa nacional que impone una obligación de vacunación para el personal sanitario — Suspensión de funciones sin retribución para el personal que se niegue a vacunarse — Reglamento (CE) n.º 726/2004 — Medicamentos de uso humano — Vacunas contra la COVID-19 — Reglamento (CE) n.º 507/2006 — Validez de las autorizaciones condicionales de comercialización — Reglamento (UE) 2021/953 — Prohibición de discriminación entre las personas vacunadas y las personas no vacunadas — Inadmisibilidad»

-STC 94/2023, de 12 de octubre de 2023, (BOE núm. 244, de 12 de octubre de 2023)

Derecho a la vida y a la integridad física y moral: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos (STC 19/2023). Votos particulares.

-STC 78/2023, de 03 de julio de 2023 (BOE 03-08-2023)

Vulneración del derecho a la integridad física y moral: lesión causada por la derivación a una clínica privada, ubicada fuera del territorio autonómico, para la práctica de la interrupción del embarazo. Votos particulares.

-STJUE de 26 de octubre de 2023, asunto C-307/22 | FT (Copia de la historia clínica)

Protección de datos personales: un paciente tiene derecho a obtener gratuitamente una primera copia de su historia clínica.

"Procedimiento prejudicial - Tratamiento de datos personales - Reglamento (UE) 2016/679 - Artículos 12, 15 y 23 - Derecho de acceso del interesado a sus datos objeto de tratamiento - Derecho a obtener gratuitamente una primera copia de esos datos - Tratamiento de datos de un paciente por su médico - Historia clínica - Motivos de la solicitud de acceso - Uso de los datos con el fin de establecer la responsabilidad del facultativo - Concepto de "copia". En el asunto C-307/22, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal, Alemania), mediante resolución de 29 de marzo de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de mayo de 2022, en el procedimiento entre FT y DW.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) Los artículos 12, apartado 5, y 15, apartados 1 y 3, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), deben interpretarse en el sentido de que la obligación de facilitar al interesado gratuitamente una primera copia de sus datos personales objeto de tratamiento se impone al responsable del tratamiento aunque dicha solicitud esté motivada por un fin ajeno a los mencionados en el considerando 63, primera frase, de ese Reglamento.

2) El artículo 23, apartado 1, letra i), del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional adoptada antes de la entrada en vigor de ese Reglamento puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición. No obstante, tal facultad no permite adoptar una normativa nacional que, con el fin de proteger los intereses económicos del responsable del tratamiento, imponga al interesado los gastos de una primera copia de sus datos personales objeto del tratamiento.

3) El artículo 15, apartado 3, primera frase, del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de una relación médico-paciente, el derecho a obtener una copia de los datos personales objeto de tratamiento implica que se entregue al interesado una reproducción fiel e inteligible de todos esos datos. Este derecho conlleva el de obtener una copia íntegra de los documentos recogidos en su historia clínica que contengan, entre otros, dichos datos, si la entrega de tal copia es necesaria para permitir al interesado verificar su exactitud y exhaustividad, así como para garantizar su inteligibilidad. Por lo que respecta a los datos relativos a la salud del interesado, este derecho incluye, en todo caso, el de obtener una copia de los datos de su historia clínica que contengan

información como diagnósticos, resultados de exámenes, evaluaciones de facultativos y cualesquiera tratamientos o intervenciones practicadas.

J) Seguridad Social de Trabajadores Migrantes

-STJUE 12-10-2023, C-45/22, HK y Service fédéral des Pensions,

Procedimiento prejudicial. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Reglamento (CE) núm. 883/2004: artículo 55.1.a). Acumulación de prestaciones de distinta naturaleza. Aplicación de las normas nacionales que prohíben la acumulación. Cálculo de la pensión de supervivencia. División de las cuantías de la prestación o prestaciones u otros ingresos, tal y como hayan sido computados, por el número de prestaciones. Concepto de "cuantías tal y como hayan sido computadas.

-STJUE (Sala Segunda) de 16 de noviembre de 2023 (Asunto C-422/22).

Procedimiento prejudicial. Trabajadores migrantes. Seguridad Social. Legislación aplicable. Reglamento (CE) núm. 987/2009: artículos 5, 6 y 16. Certificado A1. Inexactitud de las menciones. Retirada de oficio. Obligación de la institución emisora de iniciar un procedimiento de diálogo y conciliación con la institución competente del Estado miembro de acogida. Inexistencia.

-Auto TJUE de 24.03.2023, Asunto núm. C 30/2022; DV/Direktor na Teritorialno podelenie na Natsionalnia osiguritelen institut — Veliko Tarnovo [PROV\ 2023\ 154887 - TJCE\ 2023\ 49]

Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes: Cuestiones particulares de las prestaciones: Desempleo: Ámbito de aplicación: exclusión: persona que solicita prestaciones por desempleo ante la autoridad competente de un Estado miembro en el cual no ha cubierto períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia y a cuyo territorio regresa al término de un período de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubierto en otro Estado, en el cual residía, durante todo este período

«Procedimiento prejudicial - Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia - Trabajadores migrantes - Desempleo - Acuerdo sobre la Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica - Seguridad social - Artículo 30 - Determinación del derecho a prestación por desempleo - Reglamento (CE) n.º 883/2004 - Artículo 65, apartado 2 - Nacional de un Estado miembro que ha ejercido una actividad por cuenta ajena en el Reino Unido - Extinción de su contrato de trabajo después de la retirada del Reino Unido y de la finalización del período transitorio fijado en dicho Acuerdo - Derecho de esa persona a una prestación por desempleo en virtud de la legislación del citado Estado miembro al regresar a este»

En el asunto C-30/22, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Administrativen sad Veliko Tarnovo (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Veliko Tarnovo, Bulgaria), mediante resolución de 20 de diciembre de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de enero de 2022, en el procedimiento entre **DV** y **Direktor na Teritorialno podelenie na Natsionalnia osiguritelen institut - Veliko Tarnovo**,

K) Cuestiones procesales

-STS 540/2023 19-07-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela

de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 que reclama el complemento de pensión.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

RELACIÓN LABORAL

Álvarez Padín, B., Carrera Domènech, M., Hernán García, E: *Nuevo contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, 2023.

Bini, S., Castro Franco A.: *Becas contratos de trabajo formativos y en sector de universidades e investigación*, Aranzadi, 2023

Cámara Botía, A.: *Contratos indefinidos adscritos a obras de la construcción*, Aranzadi, 2023.

Castillo Ramos-Bossini, S.E.: *El régimen jurídico de los altos cargos*, Dykinson, 2023, 342 págs.

Cuadros Garrido, Mª, E.: *El nuevo régimen jurídico de las empleadas de hogar*, Ed. Colex, 2023,448 págs.

Fabregat Monfort, G.: *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral. La responsabilidad empresarial*, Francis Lefebvre, 2023, 150 págs.

Gallego Moya, F.: *La extinción del contrato de trabajo doméstico*, Boletín Oficial del Estado, 2023, 244 págs.

Gómez Abelleira, F.J: *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral.* Ed. Tirant lo blanch, núm. 289, 2023

Jiménez Martínez, M.V.; López Ahumada, J.E.; Roldán Martínez, A.: *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Aranzadi, 2023

Kahale Carrillo, D.T.: *La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada,* Boletín Oficial del Estado (Colección: Derecho del Trabajo y Seguridad Social nº 18), Madrid, 2023, 182 páginas

Kahale Carrillo, D.T. (Dir.): *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Laborum, 2023, 180 págs.

López Ahumada, J.E. (Dir.): *Gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Cinca, 2023, 274 págs.

López Insúa, B.M.: *La garantía de los derechos sociales fundamentales en la era digital*, Comares, 2023, 188 págs.

Marín Malo, M.: *La desigualdad por razón de sexo y género en el deporte profesional. Una perspectiva jurídico-laboral*, Colex, 2023, 214 págs.

Martín Rodríguez, M.O.: *Reducciones y limitaciones del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2023, 218 págs.

Miranda Boto, J.M.: *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, 2023, 319 págs.

Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M.: *La protección sociolaboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, Barcelona, Atelier, 2023, 196 págs.

Montesdeoca Suárez, A.: *Intimidad y protección de datos personales en un contexto de trabajo digital*, Thomson Reuters/Aranzadi, 2023, 224 págs.

Moreno Gene, J, Romero Burillo, A.M.: *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*. Tirant lo blanch, 2023

Moreno Márquez, A.: *El derecho a la formación profesional del trabajador en el marco del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2023, 294 págs.

Navarro Nieto, F.: *Instrumentos digitales de control empresarial y tutela de la privacidad del trabajador*, Aranzadi, 2023, 198 págs.

Remarque, E.M.: *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral*, Tirant lo Blanch, 2023, 200 págs.

Sala Franco, T.: *El profesorado universitario contratado laboralmente*, Tirant lo Blanch, 2023, 66 págs.

San Martín Mazzucconi, C. (Coord.): *Transformaciones recientes del tiempo de trabajo*, Dykinson, 2023, 234 págs.

Sierra Hernáiz, E.: *El nuevo régimen legal y convencional del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a distancia, con especial referencia al teletrabajo*. Cuestiones clave, Aranzadi, 2023, 208 págs.

Trillo Párraga, F.J.: *Derecho del trabajo digital: trabajo a distancia y teletrabajo*, Bomarzo, 2023, 142 págs.

Vicente Andrés, R.: *La protección del informante en el marco del compliance. De la Directiva 2019/1973 a su transposición interna mediante la Ley 2/2023, de 23 de febrero*, Sepin, 2023, 242 págs.

Villalobos Sánchez, E.: *Fraude de ley en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Laborum, 2023, 304 págs.

VV.AA.: *Memento Administradores y Directivos 2023-2024*, Ediciones Lefebvre, 2023, 918 págs.

VV.AA.: *Memento Salario y Nómina 2023*, Ediciones Lefebvre, 2023, 1302 págs.

VV.AA.: *Memento Práctico Despido y otras formas de extinción del contrato 2024-2025*, Francis Lefebvre, 2023, 1300 págs.

DERECHO COLECTIVO

Carril Vázquez, X.M.: *Los fondos de resistencia en los conflictos laborales. Un estudio de Derecho español y comparado*, Atelier, 2023, 232 págs.

Casas Baamonde, M.E., Cruz Villalón, J.: *Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales*, Aranzadi, 2023, 280 págs.

Collado García, L., Romero Ródenas, M.J., Tarancón Pérez, E.: *Elecciones sindicales del personal laboral, funcionario y estatutario. Guía práctica*, Bomarzo, 2ª ed., 2023, 280 págs.

Durán López, F., Sáez Lara, C. (Coords.): *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Junta de Andalucía, 2023, 360 págs.

Ferrando García, F.Mª., Gómez Gordillo, R., López Aniorte, Mª. C.: *Guía de la Negociación Colectiva 2023*, MTAS, 2023

Martín Pozuelo, A., Todolí Signes, A. (Dirs): *La negociación colectiva en el sector público*, Aranzadi, 2023, 304 págs.

Rodríguez Escanciano, S. (Dir.): *Negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2023, 152 págs.

PROTECCIÓN SOCIAL

Aradilla Márques, M.J., Fernández Prats, C.: *Los trabajadores encuadrados en regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social*, CISS, 2023, 628 págs.

Cabeza Pereiro, J. (Coord.): *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva. Resumen ejecutivo*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2023, 99 págs.

Collado García, L., Romero Ródenas, M.J., Tarancón Pérez, E.: *Incapacidad temporal*, Bomarzo, 4ª ed., 2023, 188 págs.

García Romero, B. y López Aniorte, Mª. C.: *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: estudios con perspectiva de género*, Aranzadi, 2023, 387 págs.

Maldonado Molina, J.A., Monereo Pérez. J.L. (Dirs.) y Muros Polo, A., Vida Fernández, R. (Coords.): *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*. Laborum, 2023

Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XX*, *Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*. Bomarzo, 2023, 874 págs.

Ruiz Santamaría, J.L.: *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación. Un estudio desde una perspectiva holística y comparada*, Aranzadi, 2023, 185 págs.

Sierra Villaécija, A.: *100 casos ganados ante el Servicio Público de Empleo*, Sepin, 2023, 216 págs.

VV.AA.: *Brechas de género y pensiones*, Tirant lo Blanch, 2023, 432 págs.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Agra Viforcos, B.: *La protección de la salud de la población penitenciaria en un contexto de disrupción tecnológica, sanitaria y social*, Reus, 2023, 238 págs.

Egusquiza Balmaseda, M.A., Rodríguez Sanz De Galdeano, B. (Dirs.): *Inteligencia artificial y prevención de riesgos laborales: obligaciones y responsabilidades*, Tirant lo Blanch, 2023, 465 págs.

Fernández Costales Muñiz, J. (Dir.): *Disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad social y salud en el trabajo*, Reus, 2023, 454 págs.

Fernández Domínguez, J.J., Carbajo García, G.: *Trabajos en beneficio de la comunidad y prevención de riesgos laborales (una cara humana del progreso)*, Reus, 2023, 150 págs.

García Salas, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2023, 264 págs.

Gil Pérez, M.E.: *El teletrabajo y el impacto de las nuevas tecnologías en la salud y seguridad laboral*, Bomarzo, 2023, 123 págs.

Llorens Espada, J.: *Límites al uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud laboral,* La Ley, 2023, 256 págs.

Martínez Barroso, M.ª.C.: *Marco normativo europeo de la prevención de riesgos laborales y su implementación*, Colex, 2023, 204 págs.

Sánchez-Herrera Bautista-Cámara, I., Cassini Gómez De Cádiz, J.: *Cultura preventiva: un modelo de influencia para la conducta en salud laboral*. Buenas prácticas, Aranzadi, 2023, 272 págs.

Trujillo Pons, F. (Dir.): *Tratado práctico de prevención de riesgos laborales*, Atelier, 2023, 848 págs.

PROCESAL LABORAL

Blasco Pellicer, A. (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2023, 1912 págs.

Guadalupe Hernández, H., Segoviano Astaburuaga, M.L., Molina Navarrete, C. (Dirs.): *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*, CEF, 2023, 432 págs.

Miguel Barrio, R.: *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*, Ed. Dykinson, 2023

Novoa Mendoza, A.: *Revisión de sentencias laborales por acceso a documentos decisivos*, Aranzadi, 2023, 350 págs.

Miguel Barrio, R.: *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*, Ed. Dykinson, 2023

Montoya Medina, D.*: La impugnación de sanciones disciplinarias en la empresa*, Aranzadi, 2023, 256 págs.

EMPLEO PÚBLICO

Cuadros Garrido, Mª. E. y Selma Peñalva, A. (Dir): *La contratación laboral en las Administraciones Públicas: vicisitudes y patologías*, Colex, 2023

Villalobos Sánchez, E.: *Fraude de Ley en las relaciones laborales de las administraciones públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Laborum, 2023.

DERECHO ADMINISTRATIVO Y SANCIONADOR SOCIOLABORAL

Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A.y Vila Tierno (Dirs), Ortega Lozano Y Martín Rivera, L. (Coords): *Derecho administrativo y sancionador sociolaboral. Teoría y Práctica.* Laborum, 2023, 810 págs.

Selma Penalva, A., Díaz Rodríguez, J.M.: *La ITSS ante las nuevas infracciones y sanciones de orden social*, Aranzadi, 2023, 312 págs.

OBRAS GENERALES Y OTRAS

Abad Tejerina, P., Sáez Carbó, R. (Coords.): *En torno al Estatuto de los Trabajadores. Un homenaje a Don Juan Antonio Sagardoy*, Sepin, 2023, 554 págs.

Fernández Orrico, F.J. (Dir.): *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual. Triple perspectiva desde el Derecho, la Psicología y la Medicina*, Tirant lo Blanch, 2023, 467 págs.

García Murcia, J., Torres De León, V. (Dirs.): *Medios de solución de conflictos laborales. Perspectiva euroamericana*, Tirant lo Blanch, 2023, 584 págs.

Martínez Moreno, C. (Dir.): *El Derecho del Trabajo que viene. La Reforma que necesitamos*, Colex 2023

Monereo Pérez, J. (Dir. y coautoría), Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Marquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, 19 edición, Madrid, Tecnos, 2023.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21 edición, Granada, Comares, 2023.

Montoya Melgar, A. Derecho del Trabajo, 44ªed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 2023

Rivas Vallejo, P. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Colex, 2023, 14ª. ed., 2023

Salvador Trapero, A.: *Sistema RED SLD-SILTRA: soluciones en torno a la reforma laboral, autónomos y empleados de hogar, Claves Prácticas*, Francis Lefebvre, 2023

Sánchez Mas, V.: *Estudio jurídico de Derecho Laboral comparado en relación a los trabajadores expatriados. Especial mención España y Marruecos*, Aranzadi, 2023, 160 págs.

VV.AA.: *Práctica laboral para abogados 2023. Los casos más relevantes en 2022 de los grandes despachos*, La Ley, 2023, 752 págs.

VV.AA.: *Prácticum Social 2023*, Aranzadi, 2023, 2362 págs.

VVAA: *Memento Social 2023*, Ediciones Lefebvre 2023, 2212 págs.

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO-Salario y Nómina*, Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO-Seguridad Social*, Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *MEMENTO Despido 2024-2025*, Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *MEMENTO Guía Rápida Empleados de hogar,* Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *Guía laboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones 2023*, BOE, 2023

VVAA: *La formación dual en España*, CES, 2023

PENSAMIENTO SOCIAL

Monereo Pérez, J.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos*, Barcelona, Atelier, 2023, 235 páginas.

Monereo Pérez, J.L.: *Simone Weil: Filosofía del Trabajo y Teoría Crítica Social*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023.

Weil, S.: *Raíces del existir: Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. María Eugenia Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, 170 págs.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

***- REFORMA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS Y PLANES PRIVADOS DE PENSIONES**, por José Luis Monereo Pérez, Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Bengoechea, Editorial Laborum, Murcia, 2021, 124 páginas.*

Comentado por:

Sara Guindo Morales.

Profesora Contratada Doctora Indefinida. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

https://orcid.org/0000-0002-7018-8681

La obra recensionada lleva por título "Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones" de José Luis Monereo Pérez (Catedrático en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada y Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social), Antonio Ojeda Avilés (Catedrático en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla) y Miguel Gutiérrez Bengoechea (Catedrático en el Departamento de Derecho Financiero y Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga).

Autores de reconocido prestigio especializados en esta compleja, problemática y actual materia objeto de análisis, lo que demuestra la calidad de este ejemplar.

El libro, insertado en la Colección denominada "Temas Puntuales" de la Editorial Laborum (editorial de referencia en la rama social del Derecho), se estructura en siete partes, que, en algunas ocasiones, se dividen en apartados y, a su vez, en subapartados.

Veámoslas:

I. El marco constitucional de referencia como premisa ineludible. Condicionamientos constitucionales del modelo global de pensiones: público y privado en el sistema de pensiones.

II. Algunas ideas básicas que inciden en la delimitación del Modelo Global de Pensiones desde la égida del sistema público (Seguridad Social) y su preferencia sobre el fomento de los sistemas privados complementarios.

III. La coyuntura actual en la perspectiva de los problemas estructurales del futuro. Aportación de ideas al modelo de sistemas de previsión social.

IV. Experiencia comparada sobre los planes colectivos de pensiones en un enfoque selectivo.

V. Aspectos Económicos y Fiscales de los Planes de Pensiones con la ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, y que se encuentra conformada por los siguientes apartados y subapartados:

1. Introducción.

2. Aspectos generales de los planes de pensiones privados.

2.1. Naturaleza jurídica de los planes de pensiones bajo el sistema de empleo.

2.2. Fiscalidad de los promotores.

2.3. Acerca de la naturaleza de liberalidad de las aportaciones en el plan de pensiones de empleo.

2.4. Integración por el partícipe de las cantidades aportadas por el promotor.

2.5. Justificación de la integración de las aportaciones en la declaración del partícipe.

2.6. Beneficios fiscales en las aportaciones a los Planes de Pensiones con la Ley 35/2006 del IRPF.

2.7. Modificación fiscal de los Planes de Pensiones de empresas con la LPGE para 2021.

2.8. Fiscalidad de las percepciones de los planes de pensiones de empleo.

VI. Propuestas de reforma de la protección social complementaria (Planes y Fondos de Pensiones Privados), en la lógica de equilibrar y hacer prevalecer la racionalidad "social" sobre la estricta racionalidad "económico-financiera, y que se encuentra conformado por el desarrollo de los dos siguientes apartados:

1. Análisis general y perspectiva de conjunto.

2. Reformas posibles y de viable realización. Principales medidas que se deben adoptar en el sistema de Planes y fondos de pensiones.

VII. Bibliografía.

Expuesta la sistemática general de la obra, tan sólo hacer alguna reflexión sobre algunas cuestiones más relevantes desarrolladas en la misma.

Así pues, a grandes rasgos y conforme expresan los autores, la reciente crisis sanitaria y económico-financiera (convertida en crisis política y en crisis de los niveles de empleo y de calidad de vida de la mayor parte de la población), que afecta a todas las instituciones financieras y, entre ellas, a los planes y fondos de pensiones, muestra una vez más que sólo los sistemas de reparto permiten garantizar (efectivamente y con seguridad jurídico/económica) las pensiones para todas las generaciones.

A lo que añaden que, además, el método del Banco Mundial y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) atribuye un papel central en la provisión de pensiones al mercado, política que parece exigir previamente reducir la cuantía de las prestaciones proporcionadas por los sistemas públicos de reparto.

Sin embargo, los profesores autores de este libro sostienen que cabe mantener el enfoque distinto que formalmente garantiza nuestro modelo constitucional y legal de pensiones públicas y de planes y fondos de pensiones, modelo que se plantea como estrictamente complementario y no sustitutivo de las pensiones públicas.

Como podemos comprobar, nos encontramos ante una obra muy interesante y de gran actualidad en la que se aborda un estudio analítico y jurídico-crítico de la reforma de las pensiones públicas y privadas en la perspectiva de los retos que plantean los cambios socioeconómicos y la consideración y valoración de las alternativas posibles en el plano de la política del Derecho.

En definitiva, se analizan las propuestas de reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones en nuestro ordenamiento jurídico para solucionar los problemas existentes al respecto, formulando replanteamientos para el progreso.

Lo anterior, con la lógica de equilibrar y hacer prevalecer la racionalidad "social" sobre la estricta racionalidad "económico-financiera".

Por todas las razones expuestas, esta valiosa obra reúne todas las condiciones necesarias para convertirse, sin lugar a la menor duda, en todo un referente, de consulta obligada por todos aquellos interesados en conocer en profundidad cual es la situación actual de esta materia tan compleja de Seguridad Social.

-RESEÑA BIBLIOGRÁFICA "LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES EN LA ERA DIGITAL: ENTRE TRABAJO Y JUBILACIÓN" (LÓPEZ INSUA, B. M., TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2023)

Comentado por:
Aída Cabello Roldán
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0009-0002-4478-4292

La interesante y reciente obra de Belén del Mar López Insua, que lleva como título "La protección de los mayores en la era digital: Entre trabajo y jubilación", aborda uno de los temas más relevantes y apremiantes en la actualidad, como es la brecha digital que sufren los mayores de 45 años que intentan encontrar nuevas oportunidades de empleo en un mercado de trabajo cada vez más competitivo y globalizado. Esta obra ofrece un profundo análisis y exploración de un tema que afecta a una parte importante de la población y que se encuentra en constante evolución debido a los cambios demográficos, económicos y sociales a los que se está enfrentando la sociedad.

La autora de la presente obra destaca por la gran cantidad y calidad de publicaciones muy diversas en cuanto a su contenido se refiere, que ascienden a más de trescientas, entre libros, estudios científicos, capítulos de libros, comentarios de jurisprudencia, entre otros. Actualmente, ocupa el puesto de Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, además de otros cargos como ser Miembro de la Junta Directiva y de su Comité Ejecutivo de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Directora de la colección "Trabajos de investigación" de la editorial Laborum, Coordinadora de la revista "Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social" y de la revista "Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)" de la Universidad de Málaga. A mayor índole, es Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales con las especialidades en "Seguridad en el trabajo" y "Ergonomía y psicosociología aplicada", por lo que nos encontramos ante una autora que cuenta con una extensa trayectoria profesional.

La reflexión que realiza sobre la protección (o posible desprotección) del colectivo de los mayores en la era de la digitalización es especialmente pertinente en un momento en el que la longevidad de la población, como consecuencia de un constante envejecimiento de la misma, y la tasa de natalidad, están cambiando drásticamente. A mayor abundamiento, su enfoque específico en este colectivo tan abundante y que produce tanto valor en el mercado laboral, así como en el sistema público de pensiones español para garantizar su sostenibilidad, añade una capa adicional de profundidad y relevancia al trabajo.

En ese sentido, la obra se encuentra estructurada en ocho capítulos, que son:

— Capítulo I. Impulsando unas políticas activas de empleo para los trabajadores de edad avanzada.

— Capítulo II. ¿Envejecimiento activo o expulsión forzosa pactada por convenio colectivo?

— Capítulo III. El despido de los trabajadores mayores: retos y dificultades para el mantenimiento del sistema de pensiones.

— Capítulo IV. La jubilación parcial ante los retos del siglo XXI: avances y propuestas.

— Capítulo V. Género y Seguridad Social: dos caras de una misma moneda.

— Capítulo VI. El acceso a la jubilación de los regímenes especiales.

— Capítulo VII. Compatibilidad entre la pensión de jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social.

— Capítulo VIII. La protección social complementaria: los planes privados de pensiones a debate.

La obra pretende exponer, en primer lugar, la situación actual del sistema de políticas de empleo tanto en nuestro país como en un contexto comparado, analizando su impacto en el mercado de trabajo español, ofreciendo una visión general de la situación de las personas mayores de 55 años en el mismo y en su búsqueda de empleo decente, identificando todos los obstáculos que considera que dificultan el mantenimiento del empleo (con un enfoque en la prevención de riesgos laborales, la brecha de género, cuestiones sociodemográficas y la formación), así como la vulnerabilidad de los mayores analizando los incentivos y políticas activas de empleo de normativa reciente.

Seguidamente, examina de manera exhaustiva la figura de la jubilación forzosa en el marco legal español, analizando sus continuos cambios y sus fluctuaciones en las políticas relacionadas con la misma, haciendo especial énfasis en la figura en el contexto de la reciente Ley 21/2021, que tiene como fin favorecer la prolongación de la vida activa.

El capítulo tercero se centra en el despido de los trabajadores mayores y su especial impacto en el sistema de pensiones, considerando el contexto europeo y español. En este, se analizan cuestiones como la regulación de los despidos colectivos en la Unión Europea, las políticas de envejecimiento activo para mantener la sostenibilidad de las pensiones, y los conflictos entre políticas de empleo, despidos y Seguridad Social. Además, se exploran temas como la prejubilación, la brecha digital y la protección social complementaria, añadiendo finalmente una serie de medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 2/2023 para abordar la sostenibilidad del sistema de pensiones y, concluyendo con propuestas de *lege ferenda* en este ámbito.

A continuación, la autora realiza un estudio sobre la jubilación parcial en el contexto del siglo XXI, analizando su evolución política y jurídica en España. De esta forma, aborda los cambios y endurecimientos en los requisitos de acceso a la jubilación parcial a lo largo de los años, así como el impacto de la crisis económica y las reformas de los años 2011 y 2013 en la regulación de este tipo de jubilación y, posteriormente, los giros tras la normativa más reciente, hasta llegar a su regulación actual.

Posteriormente, incluye un capítulo específico dedicado al género y sus implicaciones en el sistema de Seguridad Social, siendo este un problema complejo y persistente que afecta a gran parte de la población a nivel mundial. En ese sentido, la obra examina los aspectos de igualdad de género y la lucha por una pensión digna, incluyendo jurisprudencia relevante, cálculos de pensiones y el complemento por maternidad como medida para reducir la brecha de género en las pensiones. Asimismo, se analizan las reformas más recientes en el marco legal, incluyendo el Real Decreto-Ley 2/2023, y destaca una reciente sentencia del tribunal de justicia de la unión europea para promover la igualdad y no discriminación de género, terminando con algunas conclusiones críticas en este ámbito.

El capítulo sexto se ha dedicado al estudio del acceso a la jubilación de los regímenes especiales de la Seguridad Social, examinando específicamente la jubilación por penosidad en este régimen, incluyendo como ejemplos a los trabajadores ferroviarios, los artistas en espectáculos públicos y los profesionales taurinos.

Seguidamente, se aborda la cuestión de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y otras prestaciones de la Seguridad Social, haciendo especial hincapié en la promoción del mantenimiento en el trabajo de los pensionistas, explorando temas como la jubilación flexible y la jubilación activa. Y, asimismo, dedica un apartado a analizar la posible compatibilidad (o, incompatibilidad) de la pensión de jubilación de un trabajador que tenga una incapacidad permanente o una discapacidad.

Por último, la autora aborda el tema sobre la protección social complementaria a través de los planes privados de pensiones, examinando su reciente impulso, su evolución temporal y cómo puede actuar como un incentivo o desincentivo para los individuos. Además, destaca la Recomendación 16 del Pacto de Toledo y la nueva Ley 12/2022, que tienen como objetivo promover los planes de pensiones de empleo, lo que destaca la importancia de estos planes en el panorama de la protección social complementaria en España.

En definitiva, tal y como se ha hecho referencia, nos encontramos ante una obra precisa y extraordinariamente completa que analiza de manera muy amplia temas tan actuales y controvertidos como son la protección de colectivos especialmente vulnerables, en concreto, el de los mayores, pero también haciendo referencia a las mujeres, entre otros., así como la sostenibilidad del sistema público de pensiones en una sociedad en constante transformación por diversos factores, como son el envejecimiento poblacional y la digitalización.

Finalmente, felicitar enormemente a la autora de la presente obra por el gran trabajo que ha realizado y, además, recomendar su lectura a aquellas personas que pretendan indagar o profundizar en el estudio de uno de los asuntos que está teniendo mayor relevancia en el ámbito socio-laboral.

RECENSIÓN DE LA OBRA DE FRANCISCO LOZANO LARES "EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL. UN ANÁLISIS TIPOLÓGICO"

Comentario realizado por:
Carlos Martínez Mateo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo (acreditado como Contratado doctor) de la Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-0263-650X

Para el autor de la obra recensionada: "El tratamiento jurídico de la siniestralidad Laboral. Un análisis tipológico", se acomete un estudio muy acertado del tratamiento jurídico de un aspecto que no debe de quedar fuera del primer plano de la problemática social de las relaciones laborales, como es la muchas veces evitable siniestralidad laboral. La consideración de este concepto, convive con afirmaciones que pueden ser opinables como la atemporal existencia del trabajo de corte utilitarista (la cual ha acabado imponiéndose) o la mera imposibilidad de contar con relaciones laborales exentas de riesgo. En este sentido el profesor Lozano Lares, en materia de prevención de riesgos en el trabajo, realiza un acertado análisis del tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral no solamente en el plano internacional sino también en nuestro Ordenamiento interno. Para llevar a cabo dicha empresa, el autor ha realizado un impecable estudio partiendo de en el Capítulo I de la obra sobre la fenomenología de la siniestralidad laboral, tratando una acotación temporal a dicho fenómeno partiendo de las consideraciones relativas al término trabajo, para a continuación tratar los aspectos relativos al accidente de trabajo y al riesgo laboral en su concepciones terminológicas e ideológicas. Una vez realizadas estas precisiones el autor realiza en su Capítulo II un estudio evolutivo del tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. En este sentido disecciona con precisión la filosofía jurídica de la protección de la seguridad y salud laboral a través de tres periodos o fases diferenciadas: -Una primera fase anómica (siglo XVIII) donde estudia el impacto del liberalismo clásico y la desprotección del trabajador a la hora de asumir el riesgo laboral por su cuenta, firmando el contrato de trabajo y vendiendo no solamente su capacidad laboral sino su suerte ante los posibles infortunios derivados de la realización de su trabajo.

Una segunda fase de carácter resarcitorio (1884-1970) donde a partir de la premisa de la inevitabilidad de los efectos negativos para la salud derivados de la actividad laboral la apuesta prioritaria se sitúa en el terreno de la reparación esencialmente económica del daño producido. En este aspecto el autor lleva a cabo un estudio sobre el surgimiento y la consolidación de la doctrina del riesgo profesional, así como la compleja reconducción al ámbito civil que presentaba la legislación de accidentes de trabajo. Para ello realiza un estudio de las ventajas económicas y laborales de los

diversos modelos de intervencionismo estatal con la finalidad de exponer a modo de escaparate las diversas formas de llevar a cabo (desde la elaboración normativa) los objetivos y técnicas de actuación para contener o superar los riesgos derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este sentido, toma como partida modelos histórico- contemporáneos dentro del Estado social de derecho como son el germánico de Otto von Bismarck describiendo su evolución, y ofreciendo un contraste con las peculiaridades del modelo anglosajón de William Beveridge, el modelo francés y la consolidación del carácter punitivo de las normas de seguridad e higiene, (un signo de creciente intervencionismo estatal cuya acción gubernamental ha impactado e impacta en la actualidad en todas las actividades económicas, políticas y sociales en aras de la salvaguarda de la ya necesaria seguridad y salud de los trabajadores). Finalmente se realiza un análisis histórico de la regulación jurídica de la siniestralidad laboral en España.

Finalmente, se describe una tercera fase a partir de 1970, destinada a evitar los resultados perniciosos o negativos del desempeño del trabajo como es la doctrina prevencionista, a través de la cual se va a pretender compatibilizar la productividad del empresario con la salud de los trabajadores marcada por la obligación general impuesta por el ordenamiento en materia de seguridad con la finalidad esencialmente dirigida a la prevención. De manera complementaria el autor ha realizado un análisis jurídico-evolutivo de la internacionalización del modelo estadounidense (verdadero impulsor de la industria moderna basada en líneas o cadenas de montaje) en contraste con el más tradicional sistema europeo. Estas 3 fases que distingue el profesor Lozano Lares en su obra, pertenecen a filosofías diferentes de cada momento histórico sin desconocer por ello que, en muchas ocasiones se trata de circunstancias sociales que han ido marcando corrientes e idearios filosóficos. En su capítulo tercero se realiza un estudio de la adaptación del ordenamiento jurídico español al modelo anglosajón de seguridad y salud laboral donde se cuestiona si la seguridad e higiene en el trabajo son verdaderamente un principio rector de la política social y económica o un derecho fundamental entre otras cuestiones. El profesor Lozano Lares realiza en el último capítulo IV y último de manera brillante un análisis metodológico histórico que converge en dos pilares o enclaves de referencia. En este sentido el autor realiza unos cuadros conceptuales que muestran de manera deducible los dos modelos prevalentes actuales denominados modelo productivista de vocación reparadora que bebe de los esquemas germánicos (productividad sobre la salud) y un surgido posteriormente modelo tecnocrático que surge de influencia anglosajona que considera al riesgo como un elemento controlable y que promocionará las técnicas de prevención. En línea con ello, se atribuye a las políticas públicas el cometido de desarrollo de políticas de tutela de la seguridad y salud de los trabajadores con una meta básicamente preventiva lo cual implicará elevar un aspecto tan valioso como es el de la prevención al rango de valor jurídico desplegando la obligación empresarial en ese plano clave de imponerle la adopción de cuantas medidas sean viables y oportuna con vistas a hacer compatible la salud laboral y la productividad empresarial. A partir de esos dos modelos se hace reseñable también el impacto que ha tenido sobre los diversos ordenamientos nacionales la aprobación del Convenio número 161 de la Organización Internacional del Trabajo, así como las normas de UE. Por último, el estudio realizado señala las debilidades e insuficiencias del modelo anglosajón para el logro de las metas prevencionistas y concluye que, para esta vigente sociedad de la globalización debería colocarse en un plano de igualdad tanto el logro de la salud laboral como la consecución de un modelo económico de alta productividad y competitividad. A tenor de ello el autor finalmente procede a diseñar un posible nuevo modelo teórico, denominado "humanístico" que estaría presidido por la constitucionalización del derecho a la seguridad y salud laboral. Es en este nuevo un modelo marcadamente opuesto a las filosofías capitalistas más deshumanizadoras donde reinaría la tutela del mencionado derecho con preferencia a otros objetivos que quedan secundados por ser de carácter económico. Si se pusiese en práctica este modelo en el plano jurídico, comportaría reforzar el máximo de los deberes y obligaciones en materia de seguridad laboral que primarían frente a otros posibles intereses en juego designando a un deber ante todo de resultado y no tanto de medios. Hoy esta propuesta a favor del humano y no de los beneficios económicos realizada por el autor y que conllevaría a un nuevo sistema

muy superador del actual, comportaría indiscutiblemente un rediseño de ciertas instituciones jurídicas esenciales en la materia

Es por esta razón que este trabajo abre una nueva perspectiva de actuación por parte de los estados que ninguna otra obra había planteado con tan notable concisión. En este sentido la obra de esa perspectiva se presenta como una base de partida para futuras líneas de investigación esa hipótesis de construcción de un tercer modelo tan necesario para pervivencia humana y que se presenta actualmente como un imperativo categórico en el sentido que debería ponerse en marcha. Es de señalar que la labor realizada por Francisco Lozano ayuda a comprender nuestro actual sistema de prevención de riesgos laborales y a donde debería evolucionar, invitando de manera libre a reflexionar sobre su eficacia. Es de señalar que la obra, en justicia ha conseguido este cometido, pues de manera inédita no se limita únicamente a realizar un análisis histórico de la siniestralidad laboral, sino que en verdad usa las referencias históricas para explicar cómo se ha llegado a la situación actual de nuestro sistema de prevención de riesgos laborales. Es por tanto que, en este sentido, la presente obra se convierte en la única, hasta el momento, valiosa herramienta diagnóstica de nuestra actual situación en la regulación del sistema de prevención de riesgos laborales.

Laborum

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

nº 36 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

DOCTRINA ADMINISTRATIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES

Andrés Ramón Trillo García
Letrado de la Administración de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

1. INCAPACIDAD TEMPORAL

1.1. RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO DEL ABONO DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO MÁXIMO DE 730 DÍAS. Criterio de Gestión del INSS 26/2023, de 16 de octubre de 2023

De acuerdo con lo establecido en el artículo 174.2 LGSS, cuando la situación de IT se extinga por el transcurso del plazo de 545 días, se debe examinar necesariamente el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda, en el plazo máximo de 90 días. En los casos señalados en el párrafo segundo de dicho precepto, resulta posible demorar la referida calificación, retrasándola por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días. No obstante, pueden darse casos excepcionales en que, agotados los plazos indicados, no se haya producido la calificación de incapacidad permanente, prolongándose, por lo tanto, los efectos de la situación de incapacidad temporal más allá de los 730 días.

En este sentido, se cuestiona si, durante estas situaciones de demora de la calificación, el abono de la prestación de Incapacidad Temporal es i no responsabilidad de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en relación con los trabajadores que prestan servicios en las empresas asociadas a ellas, razón por la que se elevó consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y respecto de la que el referido centro directivo ha emitido informe de fecha 2 de octubre de 2023 en los siguientes términos:

"(...)

A tal efecto, la responsabilidad de pago de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social viene determinada en dicha normativa (artículo 80.2 TRLGSS, apartado 1 de la disposición adicional quinta del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, artículo 71.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre) sin que exista previsión alguna que la restrinja por la extensión en el tiempo ni tampoco contempla excepciones a dicha responsabilidad en el desarrollo de la prestación desde su nacimiento hasta los tiempos de extensión por duración natural o extraordinaria, sino que la prestación mantiene sus propias circunstancias y condiciones de origen entre las cuales está la del abono de la prestación por la entidad colaboradora.

Por tanto, de la normativa aplicable no puede extraerse que, en la cobertura de la prestación de incapacidad temporal por parte de las mutuas a sus asociados, esté limitada su responsabilidad de pago a los 730 días, cuando, en determinados casos excepcionales, este tiempo se ha superado por la tramitación de la calificación de incapacidad permanente".

El informe concluye que, a la vista de la regulación de la materia, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina contenida en diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, en los supuestos excepcionales en lo que la calificación de la incapacidad permanente se demora mas allá del plazo máximo de 730 días, corresponde a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social la responsabilidad del abono de la prestación de incapacidad temporal respecto de sus asociados.

Por último, cabe indicar que las modificaciones operadas por el artículo único.19 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, en los artículos 170 y 174 LGSS, no afectan a lo concluido en el presente criterio, dado que la posibilidad de que la calificación de la incapacidad permanente pueda prolongarse más allá de los 730 días puede seguir produciéndose, aunque siempre con carácter excepcional.

2. JUBILACIÓN

2.1. DETERMINACIÓN DEL HECHO CAUSANTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN SUPUESTOS ESPECÍFICOS. Criterio de Gestión del INSS 25/2023, de 9 de octubre de 2023

1.- Determinación del Hecho Causante de la pensión de jubilación cuando en la solicitud de la pensión se ha consignado como fecha del hecho causante la fecha de extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años por haber cumplido la edad ordinaria de jubilación y en el fichero general de afiliación el interesado figura en situación de alta en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General de la Seguridad Social en situación de inactividad en una fecha posterior.

En inferior de 14 de julio de 2023 la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social señala que "*aquí no se está tratando de trabajadores en situación de inactividad en alta en el citado sistema especial, sino de trabajadores en situación de inactividad perceptores del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que deben permanecer en alta en el sistema por imperativo del artículo 289.4 LGSS ("Durante los periodos en los que la entidad gestora esté obligada a cotizar, los beneficiarios a los que se haya reconocido el derecho a la prestación o de los subsidios por desempleo o de la renta agraria, en los términos establecidos en los artículos anteriores, deberán permanecer en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios"), debiendo analizarse si para a estos trabajadores les es de aplicación la norma general establecida en el mencionado artículo 253.4 LGSS, o si se les debe aplicar una norma especialmente prevista para regular su baja en el sistema cuando cumplen la edad de jubilación.*

(...) aunque para fijar la fecha de baja de los trabajadores en alta en el sistema en situación de inactividad es de aplicación con carácter general el artículo 253.4 LGSS, conforme al cual la exclusión de este sistema especial a solicitud del trabajador durante los periodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General, tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquella ante la TGSS; en el supuesto específico de los trabajadores agrarios eventuales en alta en el sistema en situación de inactividad que, además, son perceptores del subsidio para mayores de 52 años, debe entenderse que la baja en el citado sistema especial no se rige por solo por el artículo 253.4 LGSS, sino que es también de aplicación la norma especial que regula estos casos, el artículo 285 del mismo texto legal, cuando se cumplan las condiciones que este artículo establece.

Conforme al artículo 285 LGSS, los efectos económicos de la pensión de jubilación se retrotraen a la fecha de efectos de a extinción del subsidio por alcanzar la edad de jubilación, siempre que la solicitud de la pensión se produzca en el plazo de los tres meses siguientes a la resolución firme de extinción (en otro caso, tendrá una baja en el sistema especial en el plazo establecido en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, aprobado pro Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y la pensión de jubilación dentro de los plazos establecidos por el artículo 285 LGSS, teniendo en cuenta, además, que la obligación de alta en el sistema especial que establece el artículo 189.4 LGSS cesa en la fecha de extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, debe entenderse que la baja en el sistema especial tiene lugar en la fecha solicitada por el trabajador y no el último días del mes en que se solicita dicha baja, por lo que esa será el trabajador y no el último día del mes en que se solicita dicha baja, por lo que esa será la fecha del hecho causante a tenor de los previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio.

De acuerdo con el citado informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en estos supuestos la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación se fijará el día de la extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, independientemente de que los efectos económicos de la pensión se establezcan dependiendo de la fecha de presentación de la solicitud, conforme al artículo 285 LGSS.

Tal y como ocurre con los trabajadores en alta en el sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta ajena en situación de inactividad que además son beneficiarios de la prestación o de los subsidios por desempleo, también los trabajadores agrarios eventuales de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Andalucía beneficiarios de la renta agraria deben permanecer en alta en el sistema especial por imperativo del artículo 289.4 LGSS: "*Durante los periodos en los que la entidad gestora esté obligada a cotizar, los beneficiarios a los que se haya reconocido el derecho a la percepción de la prestación o de los subsidios por desempleo o de la renta agraria, en los términos establecidos en los artículos anteriores, deberán permanecer en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios*".

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social afirma en el informe de 14 de julio de 2023 que también a estos trabajadores les es de aplicación en el artículo 285 LGSS *"(...) puesto que el artículo 287.2 (aplicable a los trabajadores agrarios eventuales en general y también a los trabajadores agrarios eventuales de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Andalucía), como se ha visto, prevé que en todos los aspectos no contemplados expresamente en el apartado 1 será de aplicación lo establecido con carácter general en el título III LGSS, en el que si se incluye el artículo 285, debe considerarse que es de aplicación a todos los trabajadores agrarios eventuales*".

Del citado informe cabe deducir, por lo tanto, al igual que sucede con el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en el caso de trabajadores agrarios eventuales en alta en el sistema especial que vengan percibiendo la renta agraria, el hecho causante de la pensión de jubilación debe situarse igualmente en la fecha de su extinción por el cumplimiento de la edad ordinaria que permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, por ser aplicables los artículos 289.4 y 285 LGSS.

2.- Determinación del hecho causante de la pensión de jubilación cuando se consigna cono fecha del hecho causante el día de la baja en el sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta ajena en situación de inactividad que figura en el Fichero General de Afiliación, no coincidiendo dicha fecha con el último día del mes.

En informes de 10 y 14 de julio de 2023 la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social señala que "*En relación con la determinación de la fecha de baja de los trabajadores del sistema especial en situación de inactividad es de aplicación el artículo 253.4 LGSS, según el cual la exclusión de este Sistema Especial durante los periodos de inactividad, con la consiguiente baja*

en el Régimen General, podrá producirse a solicitud del trabajador, en cuyo caso los efectos de la exclusión tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquella ante la Tesorería General de la Seguridad Social; o de oficio por la Tesorería, en los supuestos que enumera el artículo.

Consecuentemente, la baja en el Régimen General solicitada voluntariamente por un trabajador encuadrado en el sistema especial que se encuentra en periodo de inactividad debe tener lugar el último día del mes en que presenta la solicitud de la Tesorería General, teniendo efectos del día primero del mes siguiente al de tal presentación (...).

Dado que conforme al artículo 3.2.a) del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, para los trabajadores que se encuentren en situación de alta en alguno de los regímenes del sistema la pensión de jubilación deberá entenderse causada el día de la baja en el régimen como consecuencia del cese en el trabajo o en la condición determinante de la inclusión en el ámbito de aplicación de dicho régimen, solo cabe considerar que en el supuesto planteado la pensión de jubilación debe tener como fecha del hecho causante el último día del mes en el cual se solicitó la baja en el sistema especial.

De esta manera, en estos supuestos la fecha del hecho causante de la pensión se fijará el último día del mes de la baja en el sistema especial en situación de inactividad, independientemente de que en el Fichero General de Afiliación figure como fecha de la baja un día intermedio.

3. Determinación del Hecho Causante cuando se presenta la solicitud de la pensión de jubilación transcurridos más de tres meses desde que se produjo la baja en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos como consecuencia del cese en el trabajo por cuenta propia que se venía realizando y en dicha solicitud se consigan como fecha del hecho causante el mismo día de la baja.

En el supuesto planteado el interesado es un trabajador encuadrado en el RETA, por lo que es necesario acudir a lo dispuesto en los artículos 35 y 46.4 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de sus trabajadores en la Seguridad Social (RGA). De acuerdo con los preceptos indicados:

— Si dentro del año natural no se ha producido más de tres bajas en el RETA, el día en el que el interesado cesa en su actividad en dicho régimen, se producirían los efectos de la baja. Hasta ese día el interesado se encontraría en situación de alta (artículo 46.4.a) Reglamento General de Afiliación).

— Si, dentro del año natural se hubieran producid más de tres bajas en el RETA, presumiblemente la Tesorería General de la Seguridad Social fijaría los efectos de la baja en el último día del mes. Hasta ese último día del mes se entendería igualmente que el interesado estaba en situación de alta (artículo 46.4.a) del Reglamento General de Afiliación.

En ambos casos, puesto que en la solicitud se indica una fecha en la que se está en situación de alta en un régimen del sistema de la Seguridad Social, es de aplicación el artículo 3.2.a) del Real Decreto 453/2022 y, por lo tanto, el hecho causante se produciría el día de la baja en el RETA, es decir:

— En el supuesto del artículo 46.4.a) del Reglamento General de Afiliación, el hecho causante se produciría el mismo día del cese real en la actividad por cuenta propia y que coincidiría con los efectos de la baja en el RETA.

— En el supuesto del artículo 46.4 b) del Reglamento General de Afiliación, el hecho causante se situaría el último día del mes, por ser en este día cuando se producen los efectos de la baja en el RETA.

En los supuestos previstos en el artículo 3.2 del Real Decreto 453/2022, la solicitud de la pensión puede presentarse con una antelación máxima de tres meses a la fecha del hecho causante o en cualquier momento posterior, sin perjuicio de los efectos económicos que correspondan de acuerdo con el artículo 4.

Además, conforme a lo establecido en la disposición transitoria única del citado real decreto, al tratarse de uno de los supuestos contemplados en el apartado 2, la fecha del hecho causante puede ser anterior a la fecha de entrada en vigor de dicha norma.

En cuanto a los efectos económicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 453/2022, cuando tratándose de los supuestos recogidos en el artículo 3.2, la solicitud se presente una vez transcurridos los tres meses siguientes a la misma, los efectos se producirán a partir de los tres meses siguientes a la misma, los efectos se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

4. Determinación del Hecho Causante de la pensión de jubilación cuando e el Fichero General de Afiliación figura en la solicitud de la pensión como fecha del hecho causante, en el supuesto de que se plantea la duda de si la solicitud de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por el interesado se ha producido fuera del plazo establecido en el Reglamento General de Afiliación.

El último inciso del artículo 3.2.a) RDCH dispone que en los supuestos a que se refiere el artículo 46.4.c) del Reglamento General de Afiliación -bajas en el RETA no solicitadas por el trabajador, solicitadas en forma y plazo distintos a los establecidos o practicadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, el hecho causante de la pensión de jubilación se entenderá producido el último día del mes natural en el que haya tenido lugar el cese en el trabajo por cuenta propia o en actividad o condición determinante de la inclusión en el campo de aplicación del correspondiente régimen especial.

A este respecto se cuestiona que el hecho causante en aquellos casos en los que la Tesorería General de la Seguridad Social, en lugar de situar la fecha de la baja en el RETA en el último día del mes conforme establece el artículo 3.2.a) RDCH, consigna en el Fichero General de Afiliación como fecha de la baja en el RETA un día intermedio del mes.

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en informe de 12 de julio de 2023, ha señalado que "determinar si la baja se ha comunicado fuera de plazo sí que es competencia exclusiva de la TGSS, por lo que si dicho servicio común consigan como fecha de la baja un día intermedio del mes y no el último día, en aquellos supuestos en los que se susciten dudas sobre la validez de dicha fecha y toda vez que la misma determina la del hecho causante de la pensión, será preciso recabar informe o certificación de la TGSS, por ser la competente en la materia, a efectos de que confirme la fecha de baja que figura en el Fichero General de Afiliación o bien proceda a su revisión.

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

Javier Aibar Bernad
Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-3927-5736

1. UNA BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

ORDEN ISM/1164/2023, DE 20 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE FIJAN PARA EL EJERCICIO 2023 LAS BASES NORMALIZADAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN

Esta Orden, en su Preámbulo, se remite al artículo 122.9 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, donde se prevé que, para la determinación de las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, se aplicará el procedimiento descrito en las reglas contenidas en dicho artículo.

El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones queda facultado para fijar la cuantía de las bases de cotización en ese Régimen Especial, considerando para la determinación de tales bases, la cuantía de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2022, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995.

ORDEN ISM/1198/2023, DE 2 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE DETERMINA LA REMUNERACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE CONTROL ESPECIAL DE LOS FONDOS DE PENSIONES DE EMPLEO DE PROMOCIÓN PÚBLICA ABIERTOS

La Ley 12/2022, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, introdujo un nuevo texto para regular los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

Se nos recuerda en el Preámbulo de la Orden ISM/1198/2023, que el artículo 55 de la Ley 12/2022 creó la Comisión Promotora y de Seguimiento de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, como órgano encargado de instar y participar en la constitución de esta modalidad de fondos, así como de promover la constitución inicial de los fondos de pensiones y velar por la idoneidad de su desarrollo.

El artículo 58 de la mencionada Ley estableció la constitución de una única Comisión de Control Especial para supervisar todos los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

A diferencia de la regulación establecida para cada fondo de pensiones de promoción privada, que es supervisado por una comisión de control del fondo de pensiones, para el control de todos los fondos de pensiones de empleo de promoción pública que se constituyan, existe una única comisión de control que desarrollará las funciones propias de las comisiones. Esta circunstancia exige reforzar los requisitos de experiencia, conocimiento, dedicación y responsabilidad.

Así, a través de la Orden ISM/1198/2023 se establece el procedimiento de determinación de la remuneración de los miembros de la Comisión de Control Especial de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

ORDEN ISM/835/2023. DESPLAZAMIENTOS AL EXTRAJERO DE PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DE EMPRESAS QUE EJERCEN SU ACTIVIDAD EN TERRITORIO ESPAÑOL

La Orden ISM/835/2023, con vigencia desde el 1 de noviembre de 2023, regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español.

La disposición derogatoria única derogó la Orden del, entonces, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la que se regula actualmente la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas.

En la Orden ISM/835/2023 se establecen, en su artículo 3, cuatro supuestos de situación asimilada a la de alta para trabajadores por cuenta ajena desplazados:

a) Desplazamiento a un país sin instrumento internacional de coordinación de sistemas de Seguridad Social aplicable.

b) Desplazamiento a un país con instrumento internacional aplicable, pero que no incluye a trabajadores que no pertenezcan la nacionalidad de las partes.

c) Desplazamiento a un país con instrumento internacional aplicable que permite la aplicación de la legislación de Seguridad Social del país de origen durante el desplazamiento, una vez agotado el periodo máximo previsto en el instrumento internacional.

d) Desplazamiento a un país con instrumento internacional aplicable que no prevé la figura del desplazamiento de trabajadores por empresas al territorio de la otra parte.

ORDEN ISM/1207/2023, DE 6 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REGULAN LAS OPERACIONES DE CIERRE DEL EJERCICIO 2023 PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Las operaciones que deben realizarse en la ejecución del presupuesto se regulan en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio.

No obstante, esa regulación regulación debe completarse mediante la especificación de operaciones y procedimientos que deben realizarse al final de cada ejercicio.

En el preámbulo de la Orden ISM/1207/2023 se resalta que es preciso determinar los plazos para la tramitación de expedientes de gasto que deben fiscalizarse y ser intervenidos, e igualmente para la remisión de la documentación contable necesaria para el registro de las operaciones, para la ordenación de pagos y su realización, en el momento del cierre del ejercicio 2023, así como para la concreción de distintas operaciones reguladas en la citada Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

El artículo primero de la Orden dispone que sus disposiciones se aplican a las entidades del sistema de la Seguridad Social (comprendidas en el artículo 2.2.h) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), y tienen por objeto regular las actuaciones que deben realizar los servicios gestores de las citadas entidades para proceder al cierre de la contabilidad presupuestaria y no presupuestaria del ejercicio 2023.

RESOLUCIÓN DE 11 DE OCTUBRE DE 2023, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 1 DE JULIO DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBA LA ADAPTACIÓN DEL PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD PÚBLICA A LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el Preámbulo de la Resolución se pone de manifiesto que, a través de la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, sobre garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, se estableció el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (en adelante MEI); la citada regulación del MEI fue asimismo derogada como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-Ley 2/2023, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

El Real Decreto-Ley 2/2023, entre otras modificaciones legislativas, dio nueva redacción a los artículos 117 a 121 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), donde se regula el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, incluyendo adicionalmente un nuevo artículo 127.bis y la disposición transitoria cuadragésima tercera, con la finalidad de modificar y desarrollar el MEI.

Por lo que se refiere al MEI el Real decreto dispone, por un lado, el establecimiento del marco temporal de aplicación de la cotización finalista, desde el 1 de enero de 2023 hasta el 31 de diciembre de 2050, así como los porcentajes de cotización que de forma progresiva corresponden aplicar cada año y su distribución entre empresa y trabajador y, por otro, la afectación de dicha cotización finalista mediante la integración automática del importe que se recaude por dicho concepto en las dotaciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

Otra modificación del Real Decreto-Ley 2/2023, es la adaptación de la determinación del excedente a efectos de la dotación al Fondo de Reserva de la Seguridad Social, previsto en el artículo 119.2 de la LGSS, de forma que el mismo se obtendrá a partir del resultado patrimonial de las entidades gestoras y servicios comunes, calculado por la diferencia entre los ingresos y gastos de naturaleza contributiva que derive de operaciones no financieras del conjunto de estas entidades.

Asimismo, se produce una nueva regulación en materia de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, estableciéndose ahora la indisponibilidad de dichos activos hasta el ejercicio 2033.

Continua el citado preámbulo señalando que, la nueva configuración del Fondo de Reserva de la Seguridad Social como un fondo de naturaleza indisponible, y la exigencia legal de su constitución en la Tesorería General de la Seguridad Social, junto a la ampliación de las fuentes de su dotación, son el fundamento que motiva la necesidad de establecer y regular una reserva específica representativa de la materialización patrimonial del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, de manera complementaria y distinta a cualquier otro fondo o reserva destinada a la atención de las necesidades generales del sistema de la Seguridad Social.

Asimismo, se hace referencia a la dotación de reservas que realicen las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, que tienen la consideración de Reservas Especiales, en tanto que son de obligada dotación cuando se desea recibir un incentivo fiscal, lo que precisa de la creación de una cuenta para esas Reservas especiales.

También se modifican las normas de elaboración del Balance para recoger en el Balance privativo de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y en su Balance Integrado, de forma separada la reserva de capitalización.

Todas estas cuestiones son objeto de la Resolución de 11 de octubre de 2023, sobre modificación de la Adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.

RESOLUCIÓN DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2023, POR LA QUE SE ESTABLECE EL PLAZO ESPECIAL PARA EL INGRESO DE LAS DIFERENCIAS RESULTANTES DE LA APLICACIÓN DE LA ORDEN ISM/1164/2023, POR LA QUE SE FIJAN PARA EL EJERCICIO 2023 LAS BASES NORMALIZADAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN

La Orden ISM/1164/2023, por la que se fijaron para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, autorizó, a través de su disposición adicional, a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones a fijar el plazo especial para el ingreso de las diferencias que resulten de la aplicación de las bases que se establecen en la orden mencionada, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando durante el ejercicio 2023.

Conforme a ello se dictó la Resolución de 3 de noviembre de 2023, en la que determinó que las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden ISM/1164/2023, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, respecto de las cotizaciones que, a partir de 1 de enero de 2023, se hubieran efectuado hasta el mes anterior al de su publicación en el BOE, se ingresarán en un único plazo correspondiente al mes de febrero de 2024.

2. NOTICIAS SOBRE LA GESTION EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES[1]

COTIZACIÓN DE ALUMNOS QUE REALIZAN PRÁCTICAS FORMATIVAS NO REMUNERADAS (D.A. 52ª LGSS): PERÍODOS EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES, O SITUACIONES DE NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO O DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

La TGSS realizó algunas aclaraciones ante las dudas planteadas sobre el cálculo de la cotización durante los períodos en los que los alumnos que realizan prácticas no remuneradas, se encuentran en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, o situaciones de nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural:

— La base de cotización durante estas situaciones estará constituida por la base mínima del grupo 8 multiplicada por el número de días en los que el alumno debió de realizar la práctica formativa de no encontrarse en alguna de las situaciones indicadas anteriormente, con el límite mensual del importe de la base mínima mensual del grupo 7.

— A estos efectos, tal y como establece la DA 52ª apartado 7.d párrafo segundo la empresa deberá comunicar los días previstos de realización de la práctica formativa. "Cuando la persona que realice las practicas se encuentre en una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante

[1] Utilizamos principalmente como fuente el Boletín de Noticias RED. Para facilitar una información lo más exacta posible en el ámbito de la afiliación, encuadramiento de empresas, cotización y recaudación, se transcribe parte de la ofrecida por la Tesorería General de la Seguridad Social a través de dicho canal.

el embarazo o durante la lactancia natural, la empresa deberá indicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, los días previstos de realización de la práctica formativa".

Durante las situaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, la base reguladora de la prestación, será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la incapacidad temporal por contingencias profesionales, calculada en función del número de días de prácticas realizadas, por el número de días de alta en dicho mes, no por el número de días de prácticas realizadas en dicho mes. La prestación se abonará por todos los días en los que el trabajador permanezca en dicha situación, independientemente de que durante ese período no hubiera tenido que realizar ninguna práctica formativa.

SERVICIO DE RESPUESTA AL MANDAMIENTO DE EMBARGO DIRIGIDO A PERSONA O ENTIDAD PAGADORA

El artículo 6 de la Orden ISM/903/2020, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social, establece que las notificaciones y comunicaciones electrónicas se pondrán a disposición tanto del obligado a recibirlas como, en su caso, del autorizado que en cada momento tenga asignada la gestión en el Sistema RED del código de cuenta de cotización principal o, en su defecto, del número de Seguridad Social de aquel.

Por otro lado, si el sujeto responsable desea que un tercero, distinto del autorizado RED, sea receptor también de sus notificaciones, podrá realizar la gestión a través del Registro Electrónico de Apoderamiento Telemático (REAT), disponible en la Sede Electrónica, poniéndose a disposición tanto del poderdante como de su apoderado o apoderados.

Las personas o entidades que hayan recibido una orden de embargo de la TGSS en su condición de terceros posibles pagadores de los deudores en situación de apremio administrativo, están obligadas a dar cumplimiento a dicha orden con independencia de la relación que mantenga con el sujeto deudor a que se refiere el mandamiento de embargo.

En tal sentido, los autorizados RED como posibles segundos receptores de las notificaciones de embargo emitidas, podrán comunicar, a través del nuevo Servicio Web de la Seguridad Social denominado "Respuesta al mandamiento de embargo dirigido a persona o entidad pagadora", la actuación practicada en cumplimiento de la notificación y mandamiento de embargo dirigido a la persona o entidad pagadora. Podrán acceder a este nuevo servicio los autorizados RED del código de cuenta de cotización principal o, en su defecto, del número de Seguridad Social de las personas físicas o jurídicas mencionadas anteriormente.

El servicio de "Respuesta al mandamiento de embargo dirigido a persona o entidad pagadora" se encuentra en el nuevo apartado de los Servicios Red denominado "Embargo de Créditos y Derechos". Una vez que ha accedido al servicio, se podrán realizar las siguientes acciones: responder a la notificación y mandamiento recibido. rectificar la respuesta, y consultar mandamientos y justificantes.

SERVICIOS DE SOLICITUD Y DE CONSULTA DE CERTIFICADOS E INFORMES DE DEUDA

Con el fin de mejorar la expedición de los certificados de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social en materia de cotización e informes de deuda con la Seguridad Social, la TGSS ha implantado dos nuevos servicios en el Sistema RED:

— Solicitud de certificados e informes de deuda.

— Consulta de certificados e informes de deuda.

Estos dos servicios se encuentran en un nuevo apartado denominado "Certificados e informes de deuda", que se encuentra en "Cotización on line". Estos nuevos servicios coexistirán durante un corto período de tiempo, con el servicio denominado "Certificado de estar al corriente en las obligaciones de Seguridad Social". Posteriormente, ese servicio se eliminará permaneciendo los dos nuevos.

Los dos nuevos servicios permiten la reimpresión de los certificados e informes obtenidos previamente, así como su consulta. Además, incorporan los elementos de seguridad que aseguran y permiten la verificación del contenido de dichos documentos. En los certificados obtenidos a través del nuevo servicio se mantienen las referencias a la Autorización al Sistema RED solicitante del mismo, no siendo necesaria la firma del mismo al incorporar el sello electrónico de la Tesorería General de la Seguridad Social y pueden ser verificados por el código CEA.

Servicio de solicitud de certificados e informes de deuda

Se pueden obtener los siguientes tipos de certificados:

— Genérico: para finalidades distintas a las que se refieren los siguientes certificados e informes.

— Subvenciones: acredita que el solicitante no está incurso en la circunstancia establecida en el art. 13, ap. 2, letra e) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, como causa que imposibilita la obtención de una subvención, beca o ayuda.

— Artículo 42 del ET: certificado expedido al empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su actividad, con las finalidades establecidas en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Conforme a los procedimientos ya establecidos, es imprescindible que previamente el contratista o subcontratista habilite al empresario solicitante del certificado para que durante un periodo de tiempo determinado obtenga el citado documento, por lo que tan solo podrá obtenerlo para las fechas comprendidas en dicho periodo. En el caso de que se solicite un certificado con la situación a una fecha anterior a la fecha en que efectúa la solicitud, el sistema podrá emitir un mensaje sobre la imposibilidad de obtención de dicho certificado a través de este medio. Estos certificados podrán solicitarse a través de alguno de los siguientes trámites CASIA, que estarán disponibles: - Recaudación - Deuda - Cert/ Informes de deuda empresas - Recaudación - Deuda - Cert/Informes de deuda RETA

— Licitación de contratos del Sector Público: acredita ante el órgano de contratación de una Administración u Organismo del Sector Público que el solicitante no se encuentra incurso en la circunstancia establecida en el artículo 71, ap. 1, letra d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, como causa prohibitiva para la contratación en el sector público. Es obligatorio indicar el NIF de la Administración u organismo contratante.

— Sin deuda a una fecha anterior. acredita la situación de encontrarse el solicitante al corriente a una fecha anterior a aquella en la que se solicita el certificado. Es imprescindible indicar la fecha a que se quiere obtener. Si el sujeto responsable no se encuentra al corriente en las obligaciones de Seguridad Social en materia de cotización, según la información del sistema de información de la Tesorería General de la Seguridad Social, no se expedirá este documento y mostrará el correspondiente mensaje.

Además, se pueden obtener los siguientes informes:

— Deuda total: Incluye el importe total de la deuda con la Seguridad Social a la fecha de su emisión.

— Detalle de deuda: Incluye el detalle, a la fecha de su emisión, de todos los documentos de deuda emitidos a un sujeto que le impiden obtener un certificado positivo de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social en materia de cotización.

Contenido de los certificados

En los certificados se indica únicamente si el sujeto responsable del ingreso de cuotas, está o no al corriente. En el supuesto de que el sujeto responsable tenga deudas con la Seguridad Social no se indica su importe. Para la obtención de dicho importe se deben solicitar los informes indicados anteriormente.

Obtención de los certificados e informes de deudas

Los certificados e informes se podrán obtener, con carácter general, en el mismo momento de su solicitud. No obstante, cuando concurran determinadas circunstancias en el sujeto responsable al que se refiere el documento solicitado, el certificado o informe se podrán obtener, a través del servicio de Consulta de certificados e informes de deudas, en un plazo máximo de 24 horas, informándose de tal circunstancia por el propio servicio.

Servicio de Consulta de certificados e informes de deudas

En este servicio se podrán consultar los 10 últimos certificados e informes solicitados, pudiendo seleccionarse el tipo de certificado o informe a consultar, así como el periodo que se desea consultar. Los datos que se pueden examinar son los de tipo de certificado o informe, fecha y hora de la solicitud, solicitante, estado en que se encuentra la solicitud -especialmente relevante en el caso de certificados o documentos que no se puedan obtener en el mismo momento de su solicitud- y el número de petición asignada.

ARTÍCULO 153 TER. LGSS: COTIZACIÓN DE LAS PERSONAS PENSIONISTAS DE JUBILACIÓN CUANDO REALICEN ACTIVIDADES ARTÍSTICAS

A partir del mes de noviembre de 2023, la TGSS ha implementado la cotización prevista en el artículo 153 TER LGSS para las personas pensionistas de jubilación cuando realicen actividades artísticas. "Artículo 153 ter. Cotización de las personas pensionistas de jubilación cuando realicen actividades artísticas. Durante la realización de un trabajo por cuenta ajena regulado en el artículo 249 quater compatible con la pensión de jubilación, los empresarios estarán obligados a solicitar el alta y cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social únicamente por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho régimen, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre empresario y trabajador, quedando a cargo del empresario el 7 por ciento y del trabajador el 2 por ciento."

Este cálculo se aplicará a todas las liquidaciones (tanto ordinarias como complementarias) que se presenten a partir del mes de noviembre de 2023, con período de liquidación igual o posterior a abril del citado año.

SEDE ELECTRÓNICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL "SERVICIO EMPRESARIO COLECTIVO. IDENTIFICACIÓN EMPRESA Y ASIGNACIÓN DE CCC." NUEVO INFORME DATOS EMPRESA Y PERSONAS VINCULADAS

Se ha incorporado una nueva funcionalidad en el servicio de Sede Electrónica de la Seguridad Social-SEDESS- "Empresario Colectivo. Identificación Empresa y Asignación de CCC" que permite obtener los siguientes documentos:

— Documento de Comunicación NET

— Informe de Situación de la Empresa

— Informe de personas vinculadas a la Empresa En la SEDESS se encuentra disponible el manual actualizado: Empresario Colectivo. Identificación de Empresa. Asignación de CCC inicial.

Laborum

Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Orden TES/867/2023, de 22 de julio, por la que se crea la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE núm. 177, de 26 de julio de 2023)

Order TES/867/2023, of July 22, establishing the State Office for the Fight against Discrimination in the State Agency for Labor and Social Security Inspection (Official State Gazette number 177, dated July 26, 2023)

El artículo 14 de la Constitución Española proclama, como primero de los derechos del capítulo segundo de su título I, «De los derechos y deberes fundamentales», el derecho a la igualdad y a la no discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En el ámbito laboral, la propia Constitución Española prevé, en su artículo 35, el derecho de todos los españoles al trabajo, la promoción profesional y la remuneración suficiente sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

A nivel legal, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, reconoce en su artículo 4.2.c) el derecho de las personas trabajadoras, en la relación de trabajo, «a no ser discriminados directa o indirectamente, para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.» Posteriormente, este derecho es desarrollado por el artículo 17 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y tenido en cuenta al regular aspectos tales como las distintas modalidades contractuales (artículo 12 para los contratos a tiempo parcial), el sistema de clasificación profesional (artículo 22), la promoción profesional (artículo 23), los ascensos (artículo 24), la retribución (artículo 28) o la jornada de trabajo (artículo 34.8).

Si bien el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales ha estado presente tradicionalmente en la normativa laboral, su importancia ha crecido en los últimos años, especialmente en materia de igualdad por razón de sexo y a raíz de la aprobación de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y su modificación a través del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, las cuales adoptan distintas medidas y, posteriormente, las fortalecen para garantizar la efectiva igualdad de trato en el ámbito laboral.

Tanto el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, como el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, suponen la concreción y desarrollo de las medidas previstas en las normas anteriores de rango legal, estableciendo una serie de obligaciones que persiguen garantizar la igualdad en el ámbito laboral.

Más recientemente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, y respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución Española.

Esta ley aborda con carácter integral los motivos de discriminación y, junto con los recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social, e incluye una cláusula abierta relativa a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que cierra el artículo 2.1.

La eficacia de todo este marco normativo requiere, inexcusablemente, un adecuado sistema de control, vigilancia y exigencia de su cumplimiento, para prevenir en lo posible actitudes discriminatorias en el ámbito laboral y adoptar las oportunas medidas sancionadoras si fuese necesario, ante eventuales incumplimientos.

Si bien la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha velado tradicionalmente por la erradicación de las conductas discriminatorias, al igual que ha sucedido con la normativa de carácter sustantivo, la preocupación por la protección de las personas trabajadoras frente a estas conductas se ha ido haciendo más patente con el paso del tiempo, quedando constancia igualmente de ello en la sucesiva normativa reguladora de la citada Inspección.

Así, mientras la derogada Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no hacía referencia concreta a la igualdad, considerándola un aspecto más de las relaciones laborales y, por lo tanto, no susceptible de protección específica, su sucesora, la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sí hace desde su exposición de motivos algunas menciones a esta materia entre aquellas cuya vigilancia y exigencia de cumplimiento, por ser normas del orden social, le corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En este sentido, el artículo 1.2 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, hace mención a esta función, con carácter general, y lo concreta en el artículo 12.1.a) 3.º, cuando atribuye a la Inspección la función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de normas legales, reglamentarias y convencionales en materia de tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo.

En el ámbito organizativo, los estatutos del Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobados por el Real Decreto 192/2018, de 6 de abril, atribuyeron a la Subdirección General para la coordinación de la inspección del Sistema de Relaciones Laborales las competencias en materias relacionadas con la tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo.

En línea con esa creciente preocupación por el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, aprobado por el Consejo de Ministros mediante Acuerdo de 16 de noviembre de 2021, atribuye a esta materia una atención importante.

Así, el Plan Estratégico considera que «la necesidad de eliminar las brechas de género y avanzar hacia la igualdad efectiva de mujeres y hombres» es uno de los factores que demandan una alta capacidad de respuesta y adaptación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Además, afirma que la igualdad y no discriminación por razón de género o por cualquier otro motivo «constituye una de las misiones más relevantes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

De forma coherente con la relevancia que atribuye a esta cuestión, el Plan Estratégico prevé hasta diez líneas de actuación dirigidas a garantizar la igualdad y la no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, siendo una de ellas (contemplada en el Objetivo 7) la creación de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación.

Asimismo, el Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, contempla como una de las medidas incluidas la creación de la Oficina Estatal de lucha contra la Discriminación en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como órgano encargado del impulso y coordinación de las actuaciones inspectoras en materia de lucha contra la discriminación y respecto de todos los colectivos especialmente vulnerables, con especial atención a la discriminación por razón de sexo.

No puede obviarse, por otra parte, la relevancia que la igualdad en general, y por razón de género en particular, tiene en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre del año 2015 y que tiene su reflejo en el propio Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023.

La Agenda 2030 tiene como objetivos erradicar la pobreza extrema y el hambre, combatir la desigualdad y el cambio climático, asegurar la igualdad de género y los derechos humanos de las mujeres y garantizar el acceso universal a servicios de salud y educación de calidad, entre otros, para lo cual diseña un total de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Entre estos objetivos, destaca el número 5, sobre igualdad de género. Pero, además, se convierte la igualdad en un principio transversal presente en el resto de los objetivos de la Agenda 2030.

El compromiso de España con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y muy particularmente con el derecho a la igualdad y no discriminación, determinan que sea preciso reforzar la organización del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la creación de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación y definir su cometido, funciones y estructura, para garantizar el pleno cumplimiento de las medidas previstas en la normativa de carácter sustantivo tendentes a lograr la plena equiparación de las condiciones de trabajo entre las personas trabajadoras.

La Oficina velará por que la perspectiva de género se tenga presente en todas las actuaciones inspectoras y respecto a la totalidad de las materias objeto de vigilancia y control.

La Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación tendrá la consideración de órgano administrativo, de nivel inferior a subdirección general, por lo que su creación se dispone mediante esta orden, conforme a lo previsto por el artículo 59.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La creación de la Oficina cumple con lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 5 de citada ley.

Esta norma se adecúa a los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Así, en cuanto a los principios de necesidad y eficacia, la norma está justificada por razones de interés general. Con la creación y puesta en funcionamiento de la Oficina se optimizará la necesaria labor coordinadora de todos aquellos esfuerzos y recursos destinados a garantizar la plena

aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y la ausencia de discriminación en el acceso al empleo.

La norma se adecúa al principio de proporcionalidad, ya que contiene la regulación imprescindible para la creación y funcionamiento de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación, sin que las medidas adoptadas restrinjan derechos o impongan obligaciones.

El principio de seguridad jurídica es igualmente respetado, y queda garantizado ya que la iniciativa es coherente con el resto del ordenamiento jurídico, particularmente con las normas citadas anteriormente, así como con el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 y el Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025.

La orden respeta además el principio de transparencia, definiendo claramente sus objetivos, que han quedado plasmados en este preámbulo. Finalmente, en aplicación del principio de eficiencia, la orden evita cargas administrativas.

En su virtud, con la autorización previa de la Ministra de Hacienda y Función Pública, dispongo:

Artículo 1. Objeto.

1. Esta orden tiene por objeto la creación y regulación de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación.

2. La Oficina se integra en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y dependerá de la Subdirección General para la coordinación de la inspección del Sistema de Relaciones Laborales.

Artículo 2. Cometidos y funciones.

1. La Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación es la unidad responsable del impulso y coordinación de todas las acciones que se desarrollen por el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad de trato y oportunidades y lucha contra la discriminación en el acceso al empleo, en la formación profesional, en la promoción profesional y en las condiciones de trabajo, en especial las retributivas; prestando una especial atención a la igualdad entre mujeres y hombres.

La Oficina velará, asimismo, por que la perspectiva de género se aplique de manera transversal e interseccional en todas las actuaciones inspectoras y respecto a la totalidad de las materias objeto de vigilancia y control.

2. Para el cumplimiento de sus fines, la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación tiene atribuidas las siguientes funciones en el ámbito de actuación del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

a) El análisis, en coordinación con las Comunidades Autónomas, de los comportamientos y conductas infractoras en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo, y la propuesta de iniciativas para luchar de forma eficaz contra los mismos, en el marco de los órganos de participación previstos legalmente.

b) La coordinación de la actuación inspectora en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo.

c) La formulación de propuestas para la elaboración, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de planes y programas de alcance general en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo, así como el seguimiento y evaluación de los resultados alcanzados.

d) La definición de métodos de trabajo y procedimientos de investigación y comprobación inspectora en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo.

e) La colaboración y las relaciones con otros órganos del Departamento y con otros organismos de la Administración General del Estado o de las restantes administraciones con competencias en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo.

f) El asesoramiento a las unidades territoriales del Organismo en el marco de las actuaciones de colaboración con las Autoridades Laborales para la detección de cláusulas en los convenios colectivos que contengan discriminaciones directas o indirectas por cualquiera de las causas prohibidas legalmente, así como la elaboración de los informes que procedan en el caso de los convenios colectivos presentados ante la autoridad laboral competente del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

g) La elaboración de estudios y estadísticas de actuación inspectora en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo y de sus resultados.

h) El apoyo a las unidades competentes en los procesos de elaboración normativa, así como en los procesos de transposición de la normativa europea a la legislación española relacionados con la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo.

i) La canalización de las denuncias en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo incluidas en el ámbito de competencias del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se presenten en otros órganos de cualquier administración a las correspondientes unidades territoriales, así como el seguimiento de sus resultados.

j) La participación en la formación del personal inspector y del personal de estructura en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo mediante el asesoramiento y, en el caso que se determine, la coordinación y la impartición de los cursos de formación que se organicen en el ámbito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ya sean internos o al amparo de la colaboración institucional, bajo la dirección de la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

k) Cuantas otras funciones pueda encomendarle el órgano del que depende, relacionadas con los cometidos definidos para la Oficina en el apartado 1.

Artículo 3. Estructura y funcionamiento.

1. Al frente de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación se encontrará la persona titular de la jefatura de la misma, que será designada entre personas funcionarias del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

2. Manteniendo la adscripción orgánica en su unidad territorial de destino, en el ámbito autonómico existirá, al menos, una persona coordinadora de igualdad y no discriminación en cada una de las Direcciones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y en las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social de Ceuta y Melilla, con las funciones previstas en el artículo siguiente.

3. En cada Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social existirá al menos un inspector o una inspectora de Trabajo y Seguridad Social con especialización en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo, especialmente en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, conforme a la especialización funcional prevista por el artículo 2.c) de la Ley 23/2015, de 21 de julio.

En las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social de comunidades autónomas uniprovinciales y en las ciudades de Ceuta y Melilla, el inspector o la inspectora con especialización en esta materia será la persona que realice las labores de coordinación señaladas en el apartado anterior.

Artículo 4. Funciones de las personas coordinadoras de igualdad y no discriminación.

Las personas coordinadoras de igualdad y no discriminación adscritas a cada Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y en las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social de Ceuta y Melilla llevarán a cabo, bajo la dirección, coordinación y seguimiento de la Oficina, las siguientes funciones:

a) Realización de las actuaciones de especial complejidad, y cuando así se considere necesario, de actuaciones supraprovinciales dentro de la misma comunidad autónoma.

b) El asesoramiento al personal funcionario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con competencia en esta materia y, en particular, al personal especializado conforme a lo previsto en el artículo anterior, en relación con las actuaciones que se lleven a cabo en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo.

c) El asesoramiento al personal funcionario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con competencia en esta materia y, en particular, al personal especializado conforme a lo previsto en el artículo anterior, en relación con las actuaciones de colaboración que se lleven a cabo con las Autoridades Laborales para la detección de cláusulas en los convenios colectivos que contengan discriminaciones directas e indirectas por cualquier causa prohibida legalmente así como, cuando así se determine, la emisión de los informes correspondientes en tales supuestos.

d) La impartición de las acciones formativas en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo que se determinen, en su ámbito territorial.

e) Cualquier otra función que le asigne la persona titular de la jefatura de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación.

Artículo 5. Mecanismos de provisión de puestos de trabajo.

A los efectos previstos en esta orden podrán utilizarse los mecanismos de provisión de puestos de trabajo previstos en la normativa vigente.

Disposición adicional única. Funciones de otras unidades de inspección.

Los cometidos y funciones atribuidos a esta Oficina se llevarán a cabo sin perjuicio de las funciones de vigilancia y control encomendadas en esta materia a las Direcciones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, así como de aquellas otras de coordinación atribuidas a la Dirección Especial de Inspección.

Sin perjuicio de los cometidos previstos por el artículo 2, el personal funcionario integrante de esta Oficina podrá ser habilitado para realizar actuaciones de inspección directa mediante su agregación temporal a la unidad correspondiente de la estructura territorial del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conforme a los mecanismos previstos a tales efectos.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Sobre el informe 'Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España' y el debate suscitado alrededor[1]

On the report 'Projections of Public Spending on Pensions in Spain' and the debate sparked around it

Luis Gómez Rufián *Consultor Externo.*

Daniel Pérez del Prado *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid.
https://orcid.org/0000-0001-7106-6769

Cita Sugerida: GÓMEZ RUFIÁN, L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: «Sobre el informe 'Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España' y el debate suscitado alrededor». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 225-249.

Resumen

El presente artículo toma como pretexto el debate suscitado en torno a la publicación del "Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España" por parte del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSMI) para adentrarse en el mundo de las proyecciones y sus desviaciones. Con ello creemos que podemos contribuir también a este debate, pues determinar cómo de "optimistas" o "pesimistas" hemos sido en relación a las pasadas, puede resultar de utilidad para calibrar el grado de ajuste a la hipotética futura realidad de las futuras.

Para ello, tras repasar cuáles han sido los principales cambios introducidos por la reforma del sistema de pensiones 2021-2023, destacando precisamente ese elemento innovador a que hacíamos mención, la introducción de la perspectiva de los ingresos frente a la otrora monotemática aproximación por la vía del gasto, destacaremos los elementos esenciales de las reacciones científicas a la publicación del mencionado informe o, si se prefiere, cuáles son los primeros pasos en el debate científico en esta concreta materia tras el nuevo escenario que se abre tras las reformas. Sobre esta base, nos detendremos en los principales trabajos publicados en el período 2011-2021 para valorar el modo en que las proyecciones entonces realizadas se acercaron a la realidad y si existe algún sesgo al respecto.

Palabras clave

pensiones; sostenibilidad; reformas

Abstract

This article takes as its pretext the debate generated around the publication of the "Projections of Public Spending on Pensions in Spain" report by the Ministry of Inclusion, Social Security, and Migrations (MISSMI) to delve into the world of projections and their deviations. With this, we believe we can also contribute to this debate, as determining how "optimistic" or "pessimistic" we have been in relation to the past can be useful in calibrating the degree of adjustment to the hypothetical future reality of pensions.

To do this, after reviewing the main changes introduced by the 2021-2023 pension system reform, highlighting precisely that innovative element we mentioned, the introduction of the perspective of income as opposed to the previously monothematic approach through expenditure, we will emphasize the essential elements of scientific reactions to the publication of the mentioned report or, if preferred, the first steps in the scientific debate on this specific matter after the new scenario opened by the reforms. Based on this, we will focus on the main works published in the period 2011-2021 to assess how closely the projections made at that time approached reality and if there is any bias in this regard.

Keywords

pensions; sustainability; reforms

[1] Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital" (RTI2018-094547-B-C21) y "Gestión algorítmica e igualdad de oportunidades en la empresa (AlgoEquality)" (TED2021-130325A-I00).

1. INTRODUCCIÓN: PROYECCIONES, PREVISIONES Y MODELOS DE ENFOQUE EN EL DEBATE SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES

El concreto enfoque teórico desde el que se analizan los problemas, no solamente predetermina el análisis, sino las posibles soluciones[2]. Que los sistemas de Seguridad Social en general y las pensiones en particular tienen problemas de sostenibilidad es algo admitido desde cualquier aproximación teórica. Ahora bien, cuando este problema es analizado desde el prisma ortodoxo, la única solución es la reducción del grado de protección del sistema porque ello implica menores distorsiones en el funcionamiento de los mercados y una mayor libertad para los individuos. Es más, cuando se sugiere, como también se ha hecho, el recurso a sistemas privados, no solamente se deja implícitamente la equidad en un segundo plano, sino que se estaría admitiendo admite que el mercado puede contribuir a una mejor asignación de tales recursos (en este caso protección), aunque sin tener en cuenta los efectos que esto pueda tener sobre la equidad. En ambos casos, nos encontraríamos ante la mejor solución posible porque es la más eficiente, la única capaz de resolver el problema generando las menores distorsiones.

¿Quiere esto decir que no existen otras alternativas? Claro que no. Es posible enfocar el problema por la vía de los ingresos y tratar de encontrar nuevas fuentes que permitan mantener el nivel de protección o, incluso, una combinación de ambas, variaciones en los ingresos y en los gastos. Sin embargo, a la luz del modelo ortodoxo, esta solución no es eficiente porque es una opción que produce, a su juicio, importantes distorsiones en el funcionamiento de los mercados. De hecho, uno de los elementos más destacados de las últimas reformas del sistema de pensiones se refiere precisamente al hecho de haber enfocado su sostenibilidad, no solamente por la vía del gasto sino también de los ingresos[3].

Por consiguiente, uno de los elementos centrales en torno a la capacidad del Sistema de Seguridad Social de asegurar su viabilidad, y más ante la evolución demográfica de España, radica en los supuestos que se toman, en gran parte de la bibliografía, para la realización de las previsiones a largo en esta materia. Y ello en relación a la necesidad o no de reforma, o, en su caso, de qué tipo de reforma para asegurar esa sostenibilidad y viabilidad y de las pensiones futuras.

En este trabajo partimos de dos supuestos respetuosos con la literatura que se examina: el primero, que la propia naturaleza de las previsiones, y especialmente dada su elevadísima extensión, está sometida, por propia naturaleza, a la posibilidad de sustanciales variaciones, y más en un contexto de incertidumbre como el que caracteriza a una moderna economía de mercado (shocks económicos de una u otra índole lógicamente no previsibles por los modelos actuariales, sucesivos cambios en la normativa de Seguridad Social y/o en la general laboral posteriores a los cálculos actuariales, etc); el segundo, que la existencia de desviaciones en las variables centrales que influyen en la salud financiera del Sistema de Pensiones no supone una desacreditación en sí misma de las previsiones, sino que son aquellos casos en los que puede atisbarse que los supuestos de base tomados como referencia y/o los modelos utilizados sobre las mismas pudieran ser poco acordes a las características, presentes o previsibles, de la economía. Específicamente en relación a los modelos, creemos que puede ser criticable el hecho de que, aun basándose en supuestos base razonables (incluso si se trata de información macroeconómica oficial disponible en el momento en de ser elaborados) traten éstos de modo que arrojen previsiones en torno a la evolución del cuadro macro sobre el que se asienta el Sistema de Pensiones palmariamente divergentes con lo que pudiera considerarse una evolución razonable de los fundamentales de la economía.

[2] Pérez del Prado, D., *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

[3] González González, A., «Una reforma, sin recortes, que sostiene más y mejores pensiones», 2023, fecha de consulta 11 marzo 2023, en https://economistasfrentealacrisis.com/una-reforma-sin-recortes-que-sostiene-mas-y-mejores-pensiones/.

En definitiva, no se trata en verdad de que las proyecciones a tan largo plazo acierten o no, sino inferir el porqué de sus desviaciones, si existe algún tipo de patrón en el tipo de desviación y a qué resultados, en caso de existir esos patrones conducen estas desviaciones.

El presente artículo toma como pretexto el debate suscitado en torno a la publicación del "Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España" por parte del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSMI) para adentrarse en el mundo de las proyecciones y sus desviaciones. Con ello creemos que podemos contribuir también a este debate, pues determinar cómo de "optimistas" o "pesimistas" hemos sido en relación a las pasadas, puede resultar de utilidad para calibrar el grado de ajuste a la hipotética futura realidad de las futuras.

Para ello, tras repasar cuáles han sido los principales cambios introducidos por la reforma del sistema de pensiones 2021-2023, destacando precisamente ese elemento innovador a que hacíamos mención, la introducción de la perspectiva de los ingresos frente a la otrora monotemática aproximación por la vía del gasto, destacaremos los elementos esenciales de las reacciones científicas a la publicación del mencionado informe o, si se prefiere, cuáles son los primeros pasos en el debate científico en esta concreta materia tras el nuevo escenario que se abre tras las reformas. Sobre esta base, nos detendremos en los principales trabajos publicados en el período 2011-2021 para valorar el modo en que las proyecciones entonces realizadas se acercaron a la realidad y si existe algún sesgo al respecto.

2. LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES: CAMBIO DE RUMBO

Como hemos adelantado, la principal novedad de la reforma 2021-2023 radica en su apuesta, también, por la vía de los ingresos. A este respecto, podemos destacar varias medidas, como la separación de fuentes de financiación, la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal -aunque este tendría una naturaleza híbrida, pues a la vez que incrementa ingresos, reduce gastos-, la adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación, el establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los autónomos basado en ingresos reales que refuerce la integración y convergencia de los regímenes de pensiones, la revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando el desarrollo de planes de pensiones de empleo (segundo pilar) a través de la negociación colectiva, el incremento gradual de la base máxima cotización, el establecimiento de la cotización por solidaridad y del MEI.

Por lo que respecta a los gastos, algunos de los cambios lo incrementan, como es la puesta en marcha de un nuevo mecanismo de revalorización de las pensiones, el efecto sobre la cuantía de la reforma de las pensiones de los autónomos y de la subida de bases de cotización, el incremento del complemento por brecha de género o de las pensiones mínimas; pero otros tienen a su atemperación, como las medidas que tiene como objetivo retrasar la edad efectiva de jubilación o a incrementar el período de carencia[4].

El modo en que se han venido dado cumplimiento a estos compromisos ha sido a través de reformas parciales y sucesivas en el tiempo[5], cuyo inicio podemos situarlo en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[6] (en adelante, Ley 21/2021)

[4] Véase componente 30 del Plan de Recuperación y Resiliencia. https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf

[5] Para algunos autores, como consecuencia de su vinculación a la consecución de fondos europeos. Molina Navarrete, C., "El «maná» de los «euro-millones» y las reformas que condicionan su «lluvia»: ¿qué mercado de trabajo, qué sistema de pensiones?", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, 461-462, 2021, Centro de Estudios Financieros - CEF, p. 15.

[6] BOE 29/12/2021, núm. 312. Para una primera aproximación, Gala Durán, C., "Pensiones Las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones de 2021. Jubilación", *La Administración Práctica*, vol. 11, 2022, (Análisis Doctrinal).

y su fin en el RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones[7] (en adelante, RDL 2/2023). La reforma de las pensiones de 2021 se debe entender, más bien, como "ciclo de reformas" de las pensiones 2020-2023. A su análisis vamos a dedicar los siguientes apartados distinguiendo precisamente según su incidencia del lado de los ingresos o de los gastos, aunque advirtiendo, como ya se dejó notar, que alguna de las medidas que se abordaran puedan no encajar perfectamente en estas dos categorías.

2.1. Las reformas por el lado de los ingresos: un nuevo protagonismo

Si algo ha caracterizado a este nuevo período reformador es el viraje hacia el lado de los ingresos como vía para intentar asegurar la sostenibilidad financiera de las pensiones. Frente a épocas pasadas en las que parecía que la única alternativa posible era reducir el gasto, en el panorama actual nos encontramos con una combinación de medidas en las que aquel, lejos de reducirse, recupera algo del terreno perdido, lo que intenta compensarse con nuevas fuentes de ingresos.

Entre estas nuevas fuentes destaca sin lugar a dudas el denominado "mecanismo de equidad intergeneracional" (MEI), Con él no solamente se crea, mediante acuerdo con los dos sindicatos más representativos –aunque no con las organizaciones empresariales— en el marco del diálogo social, un nuevo instrumento de incremento de los ingresos, sino que además se sustituye otro pensado para actuar del lado del gasto recortándolo, el factor de sostenibilidad. Este nuevo mecanismo se basa, conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 127 bis LGSS, en una cotización finalista aplicable en todos los regímenes y en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación, que no será computable a efectos de prestaciones y que nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social[8].

Tal dotación al Fondo de Reserva de la Seguridad Social es de un 0,6 % adicional de la cotización por contingencias comunes, con un 0,5% a cargo de la empresa y un 0,1% a cargo del trabajador. Esta cantidad se irá incrementando hasta alcanzar el 1,2% en 2030, porcentaje que se mantendrá hasta 2050 (DT 43ª LGSS). El fondo está previsto para financiar posibles desviaciones del gasto a partir de 2033.

---

[7] BOE 17/03/2023, núm. 65.

[8] Las primeras valoraciones efectuadas al hilo de su aprobación pivotaron entre las que destacaron su importancia como un eslabón de la cadena de mecanismos puestos en marcha con el objetivo de preservar el equilibrio entre generaciones y fortalecer su sostenibilidad del sistema en el largo plazo (Tortuero Plaza, J. L., "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional", *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://www.aedtss.com/el-mecanismo-de-equidad-intergeneracional-por-jose-luis-tortuero/); a las que pusieron de manifiesto el impacto que el incremento de las cotizaciones podía tener sobre las Pymes (Blázquez Agudo, E.M., "MEI. Otro mecanismo para tratar de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones.", *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://www.aedtss.com/mei-otro-mecanismo-para-tratar-de-garantizar-la-sostenibilidad-del-sistema-de-pensiones-por-eva-blazquez/.). Más recientemente y con más detalle, de la Fuente, A.; García Díaz, M. A.; Sánchez Martín, A. R., *El Mecanismo de Equidad Intergeneracional: una disposición poco equitativa, insuficiente y confusa*, FEDEA, Madrid, 2022, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://policy.fedea.net/el-mecanismo-de-equidad-intergeneracional/; Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea, M.; Benítez Llamazares, N., «Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 2022.insuficiente y confusa}, FEDEA, Madrid, 2022, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://policy.fedea.net/el-mecanismo-de-equidad-intergeneracional/; García Díaz, M. A.; Sánchez Martín, A. R., El Mecanismo de Equidad Intergeneracional: una disposición poco equitativa, insuficiente y confusa, FEDEA, Madrid, 2022, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://policy.fedea.net/el-mecanismo-de-equidad-intergeneracional/; Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea, M.; Benítez Llamazares, N., «Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional», Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 467, 2022."

Por otra parte, las leyes de presupuestos generales del Estado han sido las encargadas de profundizar en la separación de fuentes[9]. Es esta, sin lugar a dudas, una reforma de calado del sistema, por más que se esté haciendo de forma paulatina en el tiempo y a través de sucesivas normas no especializadas, como son las leyes presupuestarias para cada año.

A este respecto debemos recordar que la recomendación primera del Pacto de Toledo de 2020 señalaba que «las cotizaciones sociales deben ser destinadas exclusivamente a financiar prestaciones contributivas –sin perjuicio de aportaciones que el Estado pudiera realizar en su condición de garante del sistema–, mientras que la financiación de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y la de aquellas otras prestaciones universales, vinculadas a otros pilares del sistema de protección social en su conjunto, ha de efectuarse exclusivamente a través de aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social»[10].

En concreto, la propia recomendación señala los siguientes ámbitos como gastos impropios: las reducciones en la cotización; las prestaciones "asistenciales" (no contributivas) dentro del sistema de protección por desempleo; las ayudas a sectores productivos concretos a través de la anticipación de la edad de jubilación en determinadas actividades; el tratamiento favorable de la cotización en algunos regímenes o sistemas especiales o en actividades desarrolladas por jóvenes en formación; las políticas vinculadas a la protección de la familia y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (en especial, la acción protectora relacionada con el nacimiento y cuidado del menor y las situaciones asimiladas al alta por cuidado de familiares, así como el complemento por maternidad) o los incrementos en la base reguladora de la pensión que perciben las personas viudas con menos recursos o mayores de 65 años sin trabajo ni rentas[11].

Aunque la recomendación también sugería modificar el art. 109 LGSS, su mandato se ha ejecutado a través las leyes de P . En particular, la disposición final 38.7 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 añadió una nueva DA 32ª a la LGSS en las que se establecen las partidas que serán objeto de financiación directa por parte del Estado a través de transferencia[12]. Tal norma, ha sido ampliada por la art. 1.16 de la Ley 21/2021y por el art. 12.4 y 5 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022[13] (en adelante LPGE 2022).

Al margen de la separación de fuentes, del lado de los ingresos también se vienen produciendo cambios en las bases de cotización que caminan en la misma dirección[14]. Así, el art. 106.dos.1b) LPGE 2022 incrementó el tope máximo de cotización, cualquiera que sea la categoría profesional y el grupo de cotización, hasta 4.139,40 euros mensuales. Posteriormente, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023[15] (en adelante, LPGE 2023) los elevó hasta los 4.495,50 euros mensuales. A este respecto, debe tenerse en cuenta que en 2015 la base

[9] Cavas Martínez, F., "La separación de las fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en Hierro Hierro, F. J. (ed.) *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 99-125.

[10] BOCG – Congreso de los Diputados – de 10 de noviembre de 2020, núm. 175, p. 61.

[11] BOCG – Congreso de los Diputados – de 10 de noviembre de 2020, núm. 175, p. 61-62.

[12] «Todo un acierto, por tanto, este avance en la línea de las transferencias y el abandono de la de los préstamos que se identifican en la práctica como nunca reembolsables y no pasan de ser un apunte contable en las cuentas del Estado». Sempere Navarro, A. V.; Hierro Hierro, F. J., "Contenido sociolaboral de la LPGE para 2022", *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 2, 2022.

[13] BOE 29/12/2021, núm. 312. El mismo precepto en la LPGE 2021 era mucho más sincrético, agrupando el resto de partidas a partir de las reducciones en "otros conceptos en cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo 2020".

[14] Elorza-Guerrero, F., "La cotización a la Seguridad Social en la reforma del Pacto de Toledo de 2020", en Hierro Hierro, F. J. (ed.) *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 243-282.

[15] BOE 24/12/2022, núm. 308.

máxima se situaba en 3.606 euros, por lo que se ha incrementado desde entonces un 24,7%. Con todo, la principal medida de este bloque es la reforma del art. 19.3 LGSS en cuya virtud «el tope máximo establecido para las bases de cotización de la Seguridad Social de cada uno de sus regímenes se actualizará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en un porcentaje igual al que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas de acuerdo con el artículo 58.2.»

Paralelamente, la vinculación que el art. 19.2 LGSS establece entre la base mínima y el SMI ha propiciado que la política de incremento paulatino de este para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas en el marco de la Carta Social Europea haya resultado en una paralela elevación de aquella, con lo que ello comporta a efectos recaudatorios. Desde el inicio de esta política el SMI ha pasado de 735,9 euros a 1.080 euros mensuales (en 14 pagas), lo que supone un incremento del 35,8% desde 2018.

En relación a la LPGE 2021, ya hemos señalado el papel que ha tenido en lo que hace a la separación de fuentes, una de las piezas clave del lado de los ingresos. Sin embargo, ésta no es su única aportación a la reforma de las pensiones. En efecto, siguiendo la recomendación 16 del Pacto de Toledo, la DA 40ª LPGE 2021 ordenaba al Gobierno la presentación, en plazo de 12 meses, de un proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuyera a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción. Tal mandato no se hacía en abierto, sino sobre la base de una serie de características sobre las que debía descansar la nueva regulación.

En cumplimiento de este mandato, se ha aprobado la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre[16].

Por lo que respecta al objeto de este trabajo bastará con destacar dos elementos. Por un lado, que, a pesar de que esta propuesta tiene naturaleza híbrida, pues de lo que se trata es de reformular los ingresos y gastos de la previsión social complementaria del segundo pilar, lo traemos aquí dado el papel crucial que tales sistemas estarían llamados a jugar en lo que hace a la atracción de recursos para el complemento de las pensiones públicas. En particular, se busca extender subjetivamente un mecanismo que se entiende barato, de tal forma que puedan hacer uso de él las clases medias[17]. Por otro, su carácter no poco controvertido. De esta propuesta se ha criticado que pueda implicar un "silencioso cambio de modelo" por su capacidad que tiene para "tensionar" el pilar hegemónico y mayoritario que el primer pilar representa en nuestro modelo de pensiones[18]. No obstante, parece indudable que, con una u otra configuración, el desarrollo de planes colectivos de empleo era una asignatura pendiente que resultaba necesario abordar[19].

[16] BOE 01/07/2022, núm. 157.

[17] A estas se refirió expresamente el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en la aprobación del anteoproyecto de ley. Puede consultarse la comparecencia aquí: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2021/231121-rp_cministros.aspx

[18] Tortuero Plaza, J. L.; Vila Tierno, F., "Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo", en Hierro Hierro, F. J. (ed.) *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 677-678. En el mismo sentido, Gómez Salado, M. A., "El sistema multipilar de pensiones en España y su caracterización jurídico-social y económica: el viejo debate entre lo público y lo privado", en Vila Tierno, F., Gómez Salado, M. A., Gutiérrez Bengoechea, M. (eds.) *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 445-478; Monereo Pérez, J. L., "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 3, 2021, Universidad de Málaga (UMA), pp. 21-84.

[19] López Cumbre, L., "El 'derecho' a la pensión futura", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 3, 2021, Universidad de Málaga (UMA), p. 90; Tortuero Plaza, J. L., "De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, 429, 2018, Centro de Estudios Financieros - CEF, pp. 131-132.

Junto a lo anterior, el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo[20] (en adelante, RDL 32/2021) introduce en el ordenamiento jurídico social diferentes modificaciones, entre las que se encuentran algunas relativas al sistema de la Seguridad Social. Estas se centran fundamentalmente en el ámbito de la cotización y en la cobertura social de las personas trabajadoras que vean suspendida su relación laboral o reducida su jornada de trabajo, así como en el apoyo a las empresas que se vean en la situación de tener que usar estas herramientas. Mientras que las primeras pueden tener un efecto sobre los ingresos del sistema, las segundas inciden más bien al gasto, pues de lo que se trata es de financiar prestaciones e incentivos a la contratación de ERTEs y Mecanismo RED, motivo por el cual posponemos el análisis de este último a su apartado correspondiente.

Así las cosas y por lo que ahora respecta, es preciso recordar que ya el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo[21], a través de la modificación del art. 151 LGSS, estableció una cotización adicional, en los supuestos de contratos de carácter temporal cuya duración efectiva fuese igual o inferior a 5 días. Pues bien, el art. 3.1 RDL 32/2021 modifica de nuevo el mencionado precepto fijando la cotización adicional en los contratos de corta duración[22], resultante de multiplicar por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

Además de lo anterior, debe recordarse que la cotización las cotizaciones por desempleo ya penalizaban la contratación temporal con una escala que incrementa el tipo aplicable desde el 7,05% al 8,30% o 9,30%. La aplicación de un mayor o menor porcentaje surge de combinar la modalidad contractual según su duración y el régimen de jornada (total o parcial) más datos específicos sobre la identidad del trabajador.

Sea como fuere, lo cierto es que la penalización vía cotización adicional podría hacernos pensar en un incremento de la recaudación, especialmente si se tiene en cuenta nuestros niveles de temporalidad. Sin embargo, y precisamente por estar resultando efectiva en cuanto al objetivo que se había marcado, pues desde la aprobación de la reforma venimos asistiendo a un importante retroceso de la contratación temporal en beneficio de la indefinida, no parece que haya que esperar impactos importantes en el plano de la recaudación.[23]

Dicho de otra forma, teniendo en cuenta que la cotización adicional se refiere a una parte de la contratación temporal, que ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, aunque ahora se amplíe su ámbito de aplicación y que como consecuencia de su aplicación –entre otros factores– parece que su uso retrocede significativamente, no cabe esperar un impacto notable en lo que hace a la financiación del sistema. De hecho, de acuerdo con los propios cálculos del Ministerio de Trabajo, el incremento esperado de la recaudación es de 23,49 millones de euros al mes o, lo que es lo mismo, 286,9 millones al año[24].

[20] BOE 30/12/2021, núm. 313.

[21] BOE 29/12/2018, núm. 314.

[22] Panizo Robles, J. A., "La Seguridad Social en los Presupuestos para 2022. Comentarios a la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022 y al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre", *CEF-Laboral Social*, 2021, p. 34, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/LPGE_2022_PANIZOROBLES.pdf.

[23] De acuerdo con los últimos datos de contratación y paro registrado, el número de contratos indefinidos en el mes de febrero alcanzó los 316.841, el mejor de la serie histórica, alcanzando el 21,94% del total. Fuente: MTES. Estadística de paro registrado y contratación

[24] Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Memoria de Análisis de Impacto Normativo. Proyecto de Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, MTAES, Madrid, 2021, p. 68.

Como ya se adelantó, entre los siguientes pasos de esta reforma parcial continua de la Seguridad Social destaca la reformulación de la cotización de los trabajadores autónomos para que coticen, según se indica en el componente 30, por sus ingresos reales[25]. Esta reforma, introducida por el RDL 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad[26], resulta sin duda de trascendencia por cuanto pretende reforzar «la integración y convergencia de los regímenes de pensiones»[27]. Sea como fuere, por lo que aquí respecta, no debe perderse de vista que ese incremento de cuotas llevará aparejada mejoras en la acción protectora, por lo que podría incluirse también en el siguiente apartado.

Por último, ya hemos tenido ocasión de adelantar las novedades introducidas por el RDL 2/2023 en las topes de cotización y MEI. En materia de ingresos, sin embargo, se hace preciso también mencionar la llamada "cotización de solidaridad", medida novedosa que grava, también de forma gradual, la masa salarial que supera la base máxima de cotización. Conforme al nuevo art. 19 bis LGSS, el importe de la base máxima de cotización establecida para las personas trabajadoras por cuenta ajena del sistema queda sujeto, en toda liquidación de cuotas, a una cotización adicional de acuerdo con los siguientes tramos: a) 5,5% a la parte de retribución comprendida entre la base máxima de cotización y la cantidad superior a la referida base máxima en un 10%; b) el tipo del 6% a la parte de retribución comprendida entre el 10% superior a la base máxima de cotización y el 50%; y c) el tipo del 7% a la parte de retribución que supere el anterior porcentaje. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que estos porcentajes variarán entre 2025 y 2050 conforme a la tabla incluida en la DT 42ª LGSS.

2.2. Las reformas por el lado del gasto: buscando equilibrios

Por otra parte, del lado de los gastos, podemos comenzar por las medidas incluidas en la Ley 21/2021, que se articulan en torno a dos grandes grupos de actuación. Por una parte, las medidas dirigidas a garantizar la suficiencia de las pensiones y que se han centrado en derogar la reforma de 2013 e instaurar un nuevo índice de revalorización de las pensiones. Estas acciones se han enmarcado en una estrategia más amplia de lucha contra la pobreza y reducción de las desigualdades en las que se pondrían incluir otras prestaciones como el IMV. Por otra, tratando de encontrar un cierto equilibrio, también nos encontramos con medidas tendentes a controlar el gasto y que tienen como objetivo acercar las edades teórica y real de jubilación. Aunque en realidad tienen una naturaleza mixta, pues mientras se sigue trabajando se continúa cotizando, su efecto fundamental se produce sobre el gasto, motivo por el cual han sido recogidas en este apartado. Al análisis de las medias integradas en uno y otro ámbito dedicaremos las páginas que siguen.

Junto a la derogación de los dos ejes en los que se basaba la reforma de 2013, el Índice de revalorización de las pensiones y el Factor de sostenibilidad, dados los efectos regresivos que habían tenido o se preveía que podían tener sobre el sistema, la Ley 21/2021 ha instaurado un nuevo mecanismo de revalorización anual de las pensiones, basado en la inflación media interanual de los doce meses previos a diciembre del año anterior. Este mecanismo rescata la garantía del poder adquisitivo de las pensiones mediante una fórmula novedosa[28], el cálculo de la media anual, que resulta más justa y equilibrada que otras anteriores, pues modera el efecto que shocks económicos puntuales que se puedan producir a lo largo del año.

[25] Mientras esto se produce y en lógica consecuencia con la política con el trabajo por cuenta ajena, se han incrementado aquí también las bases máximas y mínimas hasta 4.139,40 y 960,60 € mensuales.

[26] BOE 27/07/2022, núm. 179.

[27] Para más detalles, Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G., "El acuerdo socio-político triparto de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 28, 2021, Laborum, pp. 22-23.

[28] Pérez del Prado, D., "Qué es, dónde está y qué hacer con la revalorización de las pensiones", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 60, 2019, Wolters Kluwer, pp. 119-134.

Por la vía de la moderación del gasto, destacan las medidas incluidas en la Ley 21/2021 tendentes a acercar la edad teórica y real de jubilación producen un importante efecto sobre el gasto, si bien en este caso desde la perspectiva de su contención. En particular, tres son los vectores de actuación que diseña esta norma.

En primer lugar, la revisión de los coeficientes reductores aplicables tanto en el caso de la jubilación anticipada voluntaria como en el de la involuntaria, así como del procedimiento para su fijación en la jubilación anticipada por razón de la actividad.

En segundo lugar, se incentiva la permanencia de los trabajadores en activo (la denominada jubilación demorada) y se retoca la jubilación activa, que actualmente permite compatibilizar una parte de la pensión con el trabajo por cuenta ajena o propia.

Por último, se contempla la prohibición de cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años (DA 10ª ET), así como la reducción del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de los trabajadores que hayan cumplido sesenta y dos años de edad (art. 144.4 LGSS).

La misma estrategia podemos parece establecer, más recientemente, el RDL 2/2023. Por una parte, entre las medidas dirigidas a atemperar el gasto, se encuentra la reforma de la regla relativa al periodo de cómputo para el cálculo de la pensión, ofreciendo una doble alternativa a lo largo de dos décadas. Por una parte, se establece una nueva configuración de esta regla, que toma al final del régimen transitorio, un periodo de veintinueve años. Por otra, atempera en algo tal incremento del período de carencia mediante la novedosa facultad de descartar las peores veinticuatro mensualidades de cotización. Por si esta compensación no fuera suficiente, se prevé como garantía para quienes se jubilen a lo largo de las próximas dos décadas que puedan gozar de la aplicación de la regla, hasta ahora vigente, de los últimos veinticinco años si la base reguladora de la pensión resultante es más beneficiosa. El resultado final del incremento del período de carencia, por tanto, es ambiguo, dadas estas dos reglas flexibilizadoras, en relación a la moderación del gasto.

Junto a la regla anterior, por otra parte, la mencionada norma incorpora dos reglas que contribuirán a incrementar el gasto. En primer lugar, el incremento del complemento por brecha de género que, articulado como acción positiva, incorporó el RDL 3/2021, de 2 de febrero. En segundo lugar, se refuerza y mejora la institución de las pensiones mínimas. En cumplimiento de la Recomendación 15 del Pacto de Toledo, se fija de forma estructural un indicador objetivo de referencia para marcar la evolución futura de las cuantías de las diversas modalidades con complemento de mínimos a fin de preservar el objetivo de suficiencia y de reducción de la pobreza. Tal indicador es el umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos ocho años (la DA 53ª LGSS).

3. LA CONTROVERSIA SOBRE EL INFORME 'PROYECCIONES DEL GASTO PÚBLICO EN PENSIONES EN ESPAÑA'

Con el objetivo declarado de dar cumplimiento al hito 410 del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSMI) hizo público el ya mencionado "Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España". Sus 190 páginas incluyen un "anexo metodológico" en las que el Ministerio pone al descubierto con total transparencia cuáles son las bases sobre las que se construyen las proyecciones.

Con independencia de que determinados extremos puedan ser sometidos a crítica, a nuestro juicio ha de destacarse la notable mejora experimentada, desde un punto de vista técnico, en cuanto al contenido de este tipo de documentos. Bastará con recordar el "Informe de evaluación del impacto de la reforma laboral" de 2012[29] para demostrar el notable avance experimentado. A buen seguro que el informe es fruto de un contexto de especial desarrollo de la evaluación de políticas públicas en nuestro país, del que es máximo exponente la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado[30]. Sin lugar a dudas, nos queda mucho por avanzar en este concreto campo y mucho que aprender desde un punto de vista comparado, pero informes como el que ahora se analiza son de una calidad técnica suficiente como para propiciar el debate científico.

Tan es así que, como ya se adelantó, la respuesta no se hizo esperar, provocando reacciones, por el momento, tanto de FEDEA[31] como de Devesa, Doménech y Deveu[32].

Por lo que respecta al primero, aunque sus proyecciones, según declara el estudio, «proporcionan resultados muy diferentes»[33], lo cierto es que en el promedio 2025-2050, las diferencias no son tan significativas, centrándose en dos ámbitos muy concretos. Por una parte, en el impacto de las medidas relativas a la jubilación demorada. Por otra, las relacionadas con la reforma laboral.

	promedio 2022-2050		
	MISSMI	*Fedea/AR21*	*dif*
Gasto previsto sin reformas (0)			
Jubilación demorada (3.1+3.2)	-0,70%	-0,17%	+0,53%
Reforma del RETA (3.3-5.1)	-0,37%	-0,35%	+0,02%
Mejora pensiones mínimas (3.5)	+0,06%	+0,20%	+0,14%
Medidas laborales (6, total)	-0,58%		+0,58%
total			***+1,27%***

Fuente: FEDEA (2023)

En relación a lo primero, el MISSMI tiene en cuenta el efecto neto, es decir, tanto el incremento de ingresos como de gastos que este tipo de medidas lleva aparejada, arrojando un resultado negativo, de reducción del déficit, del -1,4%. Esto supone 6 pp del PIB más que la prevista por la AIReF, que había proyectado que esta medida contribuiría a reducir el déficit un -0,8%[34]. Aunque los cálculos de FEDEA, de una forma más rudimentaria, arrojaba un resultado muy similar al de la AIReF, al restarle el coste de los incentivos, reducen aún más su capacidad de reducción del gasto, hasta situarlo entre el -0,5 y el -0,3% PIB[35].

[29] https://www.adirelab.es/wp-content/uploads/2016/04/Informe_de_evalacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf

[30] BOE de 21 de diciembre de 2022, núm. 305.

[31] FEDEA, *Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI*, FEDEA, 2023.

[32] Devesa Carpio, E.; Doménech, R.; Meneu Gaya, R., «La Reforma del Sistema de Pensiones de 2021 a 2023. Un Balance»:, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, 2, 2023, pp. 177-193.

[33] FEDEA, *Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI*, cit., p. 5.

[34] AIReF, *Documento Técnico sobre el impacto de las reformas del sistema de pensiones de 2021 y 2023*, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, 2023, p. 5, fecha de consulta 13 abril 2023, en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2023/03/OPINI%C3%93N-SOSTENIBILIDAD/230324.-DT.2.23_-Evaluacio%CC%81n-impacto-reformas-sistema-de-pensiones-2021-y-2023.pdf.

[35] FEDEA, *Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI*, cit., p. 9.

De los pocos datos reales que podemos manejar, es preciso destacar que esta medida ha experimentado una evolución muy positiva durante su primer año de vigencia, pasando del 4% al 8%[36]. La AIReF, por su parte, ha calculado que un aumento de la edad efectiva de jubilación de un año supone un ahorro aproximado de 0,4 pp de PIB[37], sin contar los ingresos adicionales que de ello se deriva. Por tanto, si asumimos la tesis de que la edad efectiva de jubilación se incrementará un año[38] en los próximos 15, proyecciones por debajo del 4% parecen excesivamente conservadoras, máxime cuando otros estudios han atribuido una capacidad de reducción del gasto de esta medida incluso mayor, esto es, 0,7 puntos por año[39]. Sea como fuere, como el propio MISSMI reconoce en su informe, este es un ámbito que depende en buena medida de la evolución que experimente el mercado de trabajo, cuestión en la que FEDEA muestra también discrepancias.

Precisamente éste es la otra variable en la que ambas proyecciones se apartan de forma significativa. A este concreto aspecto dedica el apartado 4 del informe, centrándose en dos elementos básicos: el impacto de la subida del SMI y el de la subida de las cotizaciones sobre el empleo.

Respecto de lo primero, el informe de FEDEA se limita a reconstruir el modo en que el MISSMI ha podido calcularlo para, a continuación, señalar que, de acuerdo con los resultados recogidos en el Cuadro, el MISSMI se podría estar basando «en el incremento acumulado de la cuantía del salario mínimo desde 2019, lo que no parece un buen indicador del cambio de política puesto que nunca se ha pretendido mantener el SMI permanentemente congelado»[40]. Sin embargo, si observamos la tendencia experimentada por este indicador en términos reales, lo cierto es que en 2009 tenía el mismo nivel que en 1980[41].

A partir de ahí, se formulan dos críticas más, que no se tiene en cuenta el posible efecto sobre el empleo y sobre dos costes: el incremento de las pensiones futuras y la reducción de los ingresos tributarios relacionados con sociedades y autónomos.

En relación a lo primero, se citan algunos estudios sobre el posible efecto negativo sobre el empleo. Sin embargo, desde otras posturas también se han observado efectos positivos derivado precisamente de su naturaleza de salario diferido (CITA REQUERIDA) y del posible efecto de la demanda agregada[42]. De ahí que también el informe eche mano del hecho de que algunas de las medidas aprobadas por la reforma no tengan efectos sobre la cuantía, de lo que se derivaría que se trata de "impuesto puro", de lo que se deduciría un efecto negativo. No es éste lugar para analizar el efecto de los impuestos sobre el crecimiento y el empleo, cuestión ni mucho menos cerrada como parece deslizarse, por lo que simplemente señalaremos que, en realidad, sí que existe un efecto indirecto sobre la cuantía, por cuanto que, sin la adopción de esta medidas, la alternativa sería su ajuste, con las consecuencias que de ello se deriva para el poder adquisitivo de los pensionistas y el consumo. Al

[36] MISSMI, *Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Madrid, 2023, p. 59.

[37] AIReF, *Opinión sobre la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social*, AIReF, Madrid, 2019.

[38] MISSMI, *Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España*, cit., p. 66.

[39] Conde Ruiz, J. I.; Gonzalez, C. I., *Reforma de pensiones 2011 en España: una primera valoración*, FEDEA, 2012, p. 25, fecha de consulta 24 julio 2019, en https://ideas.repec.org/p/fda/fdacee/01-2012.html.

[40] MISSMI, *Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España*, cit., p. 18.

[41] Gómez Rufián, L.; Pérez del Prado, D., «El impacto de la subida del SMI sobre la desigualdad salarial», *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 36, 2023, Laborum.

[42] Véase, entre otros, Bermejo Patón, F., Febrero Paños, E., y John McCombie, "The impact of pensions on employment: a comparative analysis of the UK and Spain", *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, Nº. 9, 2014, 28 págs; Bermejo Patón. F., Febrero Paños. E., Uxó González, J., "La sostenibilidad del sistema español de pensiones. Una aproximación alternativa", *Estudios de economía aplicada*, Vol. 33, Nº 3, 2015, págs. 783-800; y Bermejo Patón F. y Febrero Paños, E., "Effects of pension spending on income and employment. evidence from Spain during the economic crisis", *Documentos de Trabajo FUNCAS*, Nº. 775, 2016.

margen de este argumento teórico, lo cierto es que en el escenario macro, ésta es una de las variables en las que menores diferencias se atisban, apenas 0,2 puntos por década[43].

Por lo que hace a lo segundo, hay que distinguir, como advertimos, entre el incremento de las pensiones futuras y la reducción de los ingresos tributarios relacionados con sociedades y autónomos.

En relación al incremento sobre las pensiones futuras, no es cierto que el Informe del MISSMI no haya previsto este efecto[44]. Además, en este concreto ámbito, ha de tenerse en cuenta que la reforma ha corregido el principio de contributividad por el de solidaridad, articulando subidas de cotización mayores que lo que se incrementa la cuantía, al margen de las medidas en que aquella se produce sin que se traduzca en variación alguna de ésta.

Respecto al impacto tributario, la verdad es que se trata de una mera hipótesis que arranca, además, de una premisa "zero-sum": puesto que la empresa paga más cotizaciones, tendrán que pagar menos impuestos. Como sabemos, las falacias de este tipo implican que la cantidad disponible, en este caso, para el pago de cotizaciones e impuestos es fija, lo que negaría la existencia de crecimiento económico o de capacidad redistributiva, por ejemplo, mediante una reducción de los márgenes para el reparto de dividendos.

Sea como fuere, ambos informes, el del MISSMI y el de FEDEA ponen de manifiesto que este es un campo al que deberemos prestar atención en los próximos años. El calado de los cambios introducidos por la reforma laboral en nuestro mercado de trabajo exige reelaborar los estudios que hemos venido haciendo sobre su funcionamiento y evolución, incluido todo lo que tiene que ver con su evidente conexión con la Seguridad Social.

Por lo que respecta al segundo de los informes mencionados, las principales diferencias se centran en el escenario macro y podrían sintetizarse como sigue: «nuestros resultados apuntan a que el déficit contributivo de la Seguridad Social oscilará entre un promedio desde 2023 hasta 2050 del 1,8% del PIB en el escenario más optimista y del 3,4% en otro en el que, por un lado, los incentivos a la jubilación demorada no dan lugar a la reducción del gasto en pensiones previsto por el Gobierno y, por otro lado, la reforma del régimen especial de autónomos tiene unos efectos neutrales sobre el déficit. A estas estimaciones del déficit contributivo hay que añadir las necesidades de financiación del gasto en pensiones no contributivas y clases pasivas, que aproximadamente supondrán un 1,7% del PIB en promedio hasta 2050»[45].

Por consiguiente, de nuevo, a pesar de que la diferencias pudieran parecer más grandes, lo cierto es que se centran en dos puntos muy concretos. El primero es coincidente con el anterior, los efectos de la jubilación demorada, con una proyección aún más pesimista, pues en este caso se apunta a que no tendría efecto alguno en la reducción del gasto, lo cual no deja de resultar sorprendente dado el distinto tratamiento a que se somete cotización y cuantía por la reforma. En todo caso, son reproducibles aquí los argumentos que se dieron anteriormente.

Por lo que respecta a la reforma del RETA, lo cierto es que el informe del MISSMI no contiene información alguna acerca del efecto sobre las cuantías, por más que reconoce, aunque centrada esta reforma en los ingresos, habrá de producir necesariamente un efecto sobre los gastos debido al incremento de las cuantías esperadas. No creemos, sin embargo, que el efecto sea neutro, como este estudio sugiere, pues el efecto sobre las cuantías se producirá, al menos en parte, más allá de 2050, es decir, una vez superada la presión derivada de la jubilación de los baby boomers.

[43] FEDEA, *Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI*, cit., p. 23.
[44] MISSMI, *Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España*, cit., pp. 84-89 (entre otras partes).
[45] Devesa Carpio, E. y otros, «La Reforma del Sistema de Pensiones de 2021 a 2023. Un Balance», cit., p. 191.

4. EVALUACIÓN DE ALGUNAS DE LAS DESVIACIONES EN LAS PROYECCIONES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES

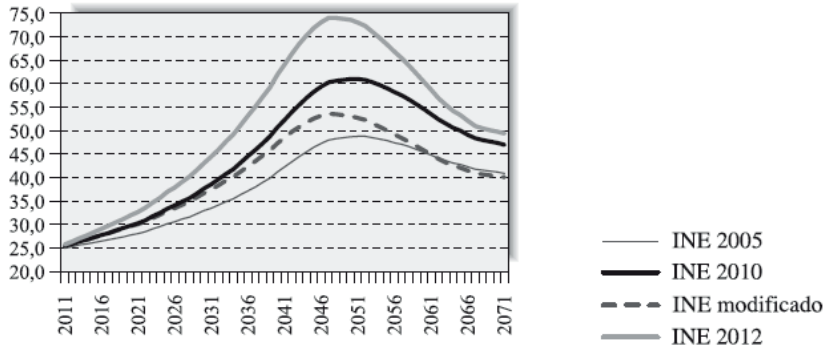
Como señalamos anteriormente, para poder calibrar en qué medida las proyecciones realizadas hasta ahora pueden ajustarse a la realidad, puede resultar de interés detenerse en el modo en que los diferentes planteamientos metodológicos lo han hecho hasta ahora. A este respecto, nuestros resultados muestran que, como regla general, existe un sesgo de las desviaciones que en la práctica totalidad de los casos hacia una misma dirección: una menor sostenibilidad del Sistema de Pensiones y, por tanto, también como regla general, la necesidad aparente de realizar reformas –o incidir en las ya existentes– que reduzcan la suficiencia prestacional del sistema y/o lo acompañen de esquemas privados de ahorro. Dicho de otra forma, parece ser, como se señaló al inicio, que existe un sesgo generalizado, por unas razones u otras, a que la proyección de escenarios sea más pesimista que la que luego es efectivamente mostrada por el sistema.

Precisamente en este sentido, uno de los estudios más relevantes al respecto, por el grado en que se atisba que los supuestos de partida del mismo parece que pretendieron, precisamente, evitar sesgos de este tipo lo constituye el realizado por Conde-Ruiz y González en 2013[46]. Este estudio, focalizado especialmente sobre la reforma de 2011, es especialmente relevante en cuanto a sus supuestos de base, sobre todo en lo demográfico (especialmente, en relación a la intensidad de población inmigrante en edad de trabajar).

El trabajo, elaborado en 2012, se desmarca de las previsiones más pesimistas del INE: se basa en éstas, pero entiende que el escenario tan negativo que presentaba la economía española en 2012, con salida de extranjeros e, incluso, de nacionales, ante la agresividad de la crisis económica del momento, no constituía un buen punto de partido en cuanto al componente demográfico, así como tampoco las previsiones de 2005 o 2010, de modo que los autores procedieron a crear un escenario (denominado "INE-modificado") que se sitúa, precisamente, en un punto intermedio entre las previsiones del INE de 2005 y de 2010, alejándose de las más pesimistas de 2012.

La primera consecuencia de ello es que, en términos de estrés del sistema medido por la tasa de dependencia, es que la proyectada por el escenario "INE-modificado" se encuentra 20 puntos por debajo de lo que preveía por el INE en 2012, llegando a alinearse con las mejores previsiones (las de 2005, en plena burbuja inmobiliaria y entrada de población inmigrante en edad de trabajar) en el muy largo plazo. Así puede apreciarse en su "Figura 1b"[47]:

(b) Tasa de dependencia (%)



[46] Conde Ruiz, J. I.; González Martínez, C. I., «Reforma de pensiones 2011 en España», *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, 204, 2013, Servicio de Publicaciones.

[47] Ibíd., pág. 14.

De hecho, la tasa de dependencia proyectada en el escenario elaborado por los autores "INE-modificado", es prácticamente coincidente con la que finalmente, a día de hoy, más de una década después de la realización del artículo, y a pesar de los diversos shocks económicos recientes, proyecta el INE. Específicamente, éste sitúa la misma para 2051 en el 53,8%[48]., a la vez que la el estudio preveía 52,7%, una desviación mínima:

«Así, en el año 2051, la tasa de dependencia sería cercana al 50% bajo el escenario del INE-2005; alcanzaría el 61% en el del INE-2010; podría llegar a superar el 72% en el del INE-2012 y se situaría en un término intermedio del 52,7% si se diera el escenario INE-modificado»[49]

Sin embargo, a pesar de estas coincidencias a futuro con el escenario elaborado ad hoc por los autores, y de la relevancia que ello posee, todo parece indicar que las estimaciones utilizadas en el modelo, basado en reconstruir las vidas laborales de los individuos para proyectarlas a futuro las vidas laborales de las diferentes generaciones de trabajadores, tenía como consecuencia generar un cuadro macro poco razonable.

A partir de esta perspectiva, se proyectan los ingresos y los gastos del sistema en una versión simplificada del mismo en la que los primeros estarían constituidos por los provenientes del Régimen General, del RETA y de las cotizaciones de los desempleados y, en cuanto a los segundos, se dedican al pago de las pensiones de jubilación, incapacidad y viudedad.

El modelo aplicado arroja unos resultados (recogidos en su "Figura 5. Retraso de la edad de jubilación. Comparación de reformas" y "Cuadro 1. Ingresos y gastos del sistema de pensiones en ausencia de reformas (% PIB, 2016-2071)") que hemos procedido a sistematizar, junto a los efectivamente alcanzados, la tabla siguiente:

— A corto plazo, el modelo genera sobreestimación de los ingresos sobre PIB, de modo que, en 2016, los ingresos efectivos por esas partidas fueron, 0,6 pp sobre PIB inferiores a los teorizados[50]. Igualmente, se sobredimensionaba el efecto de la reforma de la Seguridad Social en la reducción de los gastos del Sistema, que fueron 2,1 pp superiores.

— Esta divergencia a corto plazo, que arrojaría un mayor desequilibrio en la evolución del sistema (menor crecimiento efectivo de los ingresos y mayor de los gastos), sin embargo, se invierte a medio/largo plazo, es decir, 2021. En este cuando los efectos de las distintas reformas serían plenos, darían lugar a una inversión de los efectos: primero, en cuanto a los ingresos, que se teorizaban en las proyecciones en una tendencia entre el estancamiento y la reducción (-0,1pp), han evolucionado, en términos efectivos, en tendencia claramente ascendente (1,3pp entre 2016 y 2021, una diferencia de 1,4pp sobre PIB respecto a las proyecciones); en segundo lugar, se estarían sobreestimando los efectos de la reforma de la Seguridad Social de 2011 en la contención del gasto, pues este evolucionó entre 2016 y 2021 en también 1,3pp frente a los 0,8pp teorizados en la proyección.

En conclusión, como se aprecia en la fila inferior de la tabla, la desviación principal del estudio se da en el ámbito de los ingresos: con 1,4pp de diferencia entre ingresos efectivos y teorizados a favor de los primeros (frente a los 0,5pp para el caso de los gastos). Obviamente, se trata de un ejercicio de proyección que, aun no pudiendo ajustarse, lógicamente, con absoluta precisión a la evolución real a largo plazo de las variables, subestimaba con mayor intensidad el crecimiento de los ingresos, es decir, introducía un sesgo contrario a la fortaleza del sistema en términos de sostenibilidad (y ello incluso proyecto un menor gasto respecto de efectivamente dado)

[48] Disponible en: https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=36670&L=0.

[49] Ibíd., pág. 14.

[50] Los ingresos efectivos del sistema pueden consultarse en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionEconomicoFinanciera/InformacionPresupuestariaFinanciera/393/394.

	INGRESOS			GASTOS		
	Efectivos	Teorizados	Desv. (pp)	Efectivos	Teorizados	Desv. (pp)
2016	8,6	9,2	-0,6	9,9	7,8	2,1
2021	9,9	9,1	0,8	11,2	8,6	2,6
Desv. (pp)	1,3	-0,1		1,3	0,8	

En un estudio posterior de 2018, Devesa, Devesa Domínguez, Encinas, García y Meneu, realizan una crítica de intensidad a la decisión del Pacto de Toledo, a partir de 2018[51], de superar las reformas previas y proceder a la revalorización anual de las pensiones "conforme al IPC real". El conjunto de autores señalaba como objeto de estudio "poner luz en cuanto a las consecuencias de la revalorización de las pensiones según el IPC, así como analizar si existe algún método de revalorización que permita asegurar, además, la sostenibilidad del sistema, que debe ser una de las metas ineludibles de cualquier sistema de pensiones".

Específicamente, su ejercicio de proyección pretendía identificar el efecto de la utilización del IPC sobre el déficit del sistema y qué cuantía adicional se tendría que transferir al sistema para que pudiera seguir siendo sostenible. Para ello, diseñan tres escenarios macroeconómico-regulatorios con consiguientes proyecciones hasta 2050 recogidos en su "Tabla 1. Valores de las variables utilizadas en los tres escenarios". En este sentido, los cálculos se realizan utilizando tres valores para la revalorización: un valor constante del 0,25%, un IPC del 1,8%, (objetivo del Banco Central Europeo según los autores) y un IPC del 2,2%, que superaría ligeramente el valor del escenario central

Tabla 1. Valores de las variables utilizadas en los tres escenarios.

Variable	Escenario 1	Escenario Central	Escenario 3
Revalorización pensiones	0,25%	1,80%	2,20%
Efecto sustitución	1,5% - 0,8% (2027)	1,5% - 1% (2027)	1,5% - 1% (2050)
Número de pensiones	Datos Seg. Soc.	Datos Seg. Soc.	Datos Seg. Soc.
PIB real (*)	2,15%	1,70%	1,23%
Tipo interés deuda	0,00%	2,00%	3,00%
Deflactor PIB	1,60%	1,80%	2,20%

Fuente: Elaboración propia. (*) 2,15% es el crecimiento medio interanual real del PIB en el periodo 1995-2017, 1,23% es el crecimiento medio interanual real del PIB hasta 2050 según *The 2018 Ageing Report* de la Comisión Europea y 1,7% es un crecimiento intermedio.

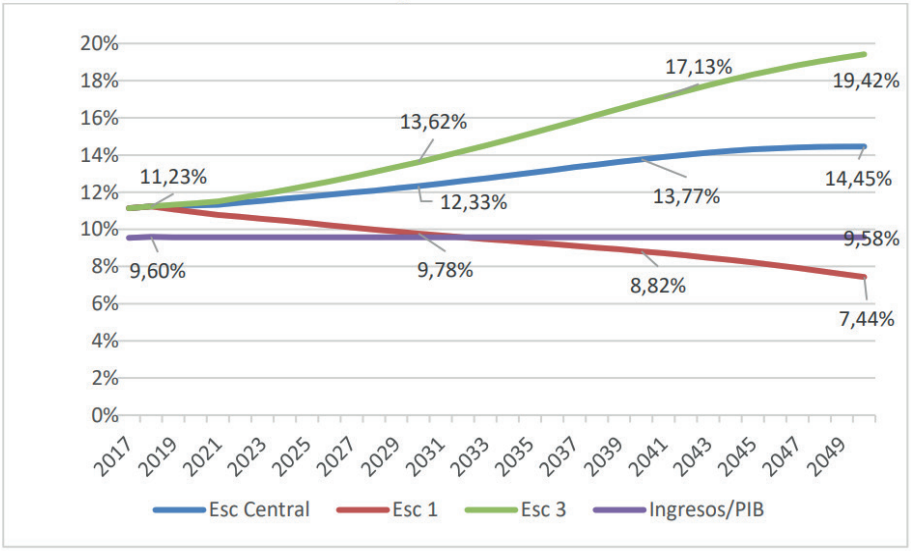
Así, según su "Gráfico 5. Gastos e ingresos contributivos sobre el PIB"[52], la ratio ingresos contributivos/PIB se situaría, aproximadamente, en una estrecha horquilla entre el 9,5% y el 9,8% para todo el periodo considerado (2017-2050). Sin embargo, el peso de los ingresos contributivos, es decir, las cotizaciones sociales, sobre el PIB, ha mantenido una tendencia creciente que se aleja al alza respecto a la teorizada por los autores: la fuerte recuperación del empleo tras la pandemia, el incremento del Salario Mínimo Interprofesional y las progresivas reformas introducidas en el sistema han llevado a que, en 2022, producida ya la mayor parte del "rebote" post-pandemia, esta ratio se sitúe en el 10,4%. En 2023, con datos disponibles hasta el tercer trimestre tanto para ingresos como para PIB, esta ratio sigue progresando hasta situarse en el 10,6%.

[51] Devesa Carpio, E.; Devesa Carpio, M.; Encinas Goenechea, F. B.; García Díaz, M. A.; Meneu Gaya, R., *La revalorización de las pensiones con el IPC provocará un déficit permanente en el sistema contributivo de pensiones*, 2018, fecha de consulta 16 octubre 2018, en https://www.uv.es/pensiones/Factor-de-sostenibilidad.html].

[52] Ibíd., pág. 5.

En el lado de los gastos en prestaciones contributivas, el modelo proyectado afirmaba que, en torno a 2023, éstos ya habrían superado la barrera del 12% del PIB. Sin embargo, esa barrera no se ha roto aún ningún año, ni siquiera a pesar de la súbita caída del PIB en 2020 fruto de la pandemia.

Gráfico 5. Gasto e Ingresos contributivos sobre PIB.



Fuente: Elaboración propia.

Tabla **. Evolución efectiva de los ingresos por cotizaciones sociales y de los gastos en pensiones contributivas como % del PIB.

	%PIB	
	Ingresos CCSS	Gasto PPCC
2017	9,4	10,0
2018	9,6	10,1
2019	10,0	10,3
2020	10,7	11,8
2021	10,8	11,3
2022	10,4	10,8
2023(*)	10,6	10,5

Fuente: SIE-MINECO e INE.
(*) 2023: hasta el tercer trimestre.

Sin embargo, la mayor particularidad de este estudio, y que lo hace especialmente interesante, es el de que introduce la emisión de deuda pública como elemento consustancial para la financiación, total o parcial, de la revalorización en los escenarios de incremento superior al 0,25%. Consecuentemente, mayor carga de la deuda derivada de una eventual no cobertura de los gastos en pensiones contributivas mediante cotizaciones sociales (déficit contributivo) generaría otra serie de dinámicas en la economía (mayor presión fiscal y/o menor gasto público en otras partidas con

mayores efectos multiplicadores[53], por ejemplo), que tenderían a reducir, la tasa de crecimiento del PIB, reduciendo entonces la sostenibilidad del sistema (pudiendo inferirse incluso un mayor desempleo fruto del menor crecimiento y, por ende, unos menores ingresos por cotizaciones).

La cuestión es que estos previsibles efectos depresivos de la introducción del endeudamiento como modo de financiación sí podría ser más objetable, y ello porque parece que la elección del tipo de interés aplicable a las eventuales emisiones está dotado de cierta arbitrariedad, como lo es, precisamente en el escenario de mayor revalorización – mayor endeudamiento, la elección de la consecuente baja tasa de crecimiento, que no posee anclaje claro (y que podría representar, sin embargo, esos mismos efectos depresivos de la teórica necesidad de mayor endeudamiento sobre el PIB y, por ende, de la menor sostenibilidad).

Específicamente, los tipos teorizados en el estudio oscilan en torno al 2,00% y al 3,00% para los escenarios de revalorización superior al 0,25%. Sin embargo, en 2018 –y, en verdad, hasta 2022 dada la crisis inflacionaria global–, la laxitud de la política monetaria daba lugar a unos tipos de interés radicalmente menores a los teorizados por los autores:

— Letras a 6 meses: -0,44%

— Letras a 1 año: -0,37%

— Bonos a 5 años: +0,39%

— Obligaciones a 10 años: 1,44%.

En conclusión, no sólo se da que la revalorización conforme al IPC que lleva aplicándose desde 2018 estaría dando lugar tanto a menores sendas de gasto que las teorizadas y, en el mismo sentido, a mayores sendas de ingreso respecto de las proyectadas. Además, el bajo crecimiento que se imputa a los escenarios de la revalorización conforme al IPC, que obligatoriamente han de estar íntimamente ligados, entre otros factores, al incremento del servicio de la deuda, se hace a unos tipos de interés totalmente alejados de los existentes en el mismo año de la toma de decisión e inalterados desde entonces hasta 2022[54].

Lógicamente, al redundar en esos menores niveles de PIB, las sendas señaladas se proyectan con un sesgo de negatividad hacia la sostenibilidad del sistema muy superior al que se da según comportamiento efectivo, mucho más positivo en estos términos.

Un ejercicio sobre el impacto de la reforma de 2013 para diferentes momentos temporales en materia de sostenibilidad del Sistema de Pensiones fue realizado por el Banco de España en 2018[55]. Este escenario abarcaba los periodos 2016-2020, 2021-2025, 2026-2030 y 2031-2040. De acuerdo con los supuestos de partida, sobre los que ahora se volverá, la operativa de dicha reforma impediría revalorizaciones superiores al 0,25% y, junto con reducciones de la pensión inicial por el factor de sostenibilidad de entre el 7% al 12% en el escenario de análisis, el sistema alcanzaría equilibrio hacia 2025:

[53] Cuestión esta última plausible en un escenario ordinario aunque los autores señalan que el modelo no la estima en el trabajo: "Aunque no se ha considerado en el análisis, no sería despreciable el efecto que tendría esta política sobre la prima de riesgo y que se traduciría en mayores intereses de financiación, reduciendo la disponibilidad de fondos para otras partidas del gasto público" (pág. 6).

[54] Ahora, los mayores tipos de interés, y a pesar del bajo incremento del servicio de la deuda al ser sido ésta contraída en los años pasados a muy bajos tipos de interés y largos periodos de carencia, sí se trataría de un elemento de cierta mayor relevancia en esta materia.

[55] Hernández de Cos, P.; Jimeno Serrano, J. F..; Ramos, R., «El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma», *Documentos ocasionales - Banco de España*, 1, 2017.

"De acuerdo con estos supuestos, la revalorización de las pensiones no sobrepasaría el 0,25 % en ningún momento del horizonte de proyección. En los primeros años, la revalorización se vería lastrada por la necesidad de corregir los déficits del sistema de pensiones generados a partir de la crisis y, posteriormente, por el incremento en el número de pensiones. El factor de sostenibilidad, por su parte, reduciría la pensión inicial en torno a un 7 % en 2030 y un 12 % en 2040 (véase gráfico A.2). La operativa del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización reduciría el déficit del sistema en aproximadamente 1 décima de PIB al año (a pesar de las presiones al alza sobre el gasto provenientes del incremento en el número de pensiones y del efecto sustitución), con lo que el sistema alcanzaría una situación de equilibrio a partir de la segunda mitad de la década de 2020 (véase gráfico A.3). Esta corrección del déficit se lograría principalmente por el índice de revalorización (véase gráfico A.4). Esto es así porque el factor de sostenibilidad afecta únicamente a las nuevas pensiones, mientras que el índice de revalorización repercute en el stock de pensiones en vigor. Nótese que el ahorro por la reforma toma como referencia una simulación en la que las pensiones se vinculan al IPC"[56].

Ahora bien, para llegar a estas conclusiones, el estudio parte de una serie de hipótesis que presentan una ligera pero relevante desviación respecto de los datos reales y, de nuevo, en términos de sobreestimación de los gastos e infravaloración de los ingresos. Concretamente, para el periodo 2016-2020, cuyo último año se ha integrado en el cálculo a través de las previsiones de Verano de 2019 la Comisión Europea a efectos de evitar tomar, como tampoco pudieron hacer los autores, el impacto de la crisis COVID, se dan las siguientes divergencias respecto de la evolución efectiva:

— Ingresos del sistema (% del PIB): 10,6% según el estudio frente al 11,6% efectivo.

— Gastos del sistema (% del PIB): 11,6% según el estudio frente al 11,4%.

Esta divergencia, como vemos que viene ocurriendo, se centra especialmente en el lado de los ingresos del sistema. En esta ocasión, el estudio no dispone de un "escenario en ausencia de reformas" o en presencia de reformas alternativas que pudiera asimilarse, para el resto de ámbitos temporales (2021-2025, 2026-2030 y 2031-2040), al escenario que efectivamente se va desarrollando en el momento presente. Por tanto, la conclusión no es tanto que el estudio podía poseer algún tipo de sesgo a la baja sobre la sostenibilidad del sistema, que lo posee en los términos vistos, como el hecho de que, a la inversa, en este caso se estaría introduciendo un sesgo al alza sobre la capacidad de corrección de desequilibrios del sistema por parte de la reforma de 2013 en su despliegue completo

Este tipo de sesgos parecen darse también en el ámbito de los estudios de algunos de los principales organismos internacionales de análisis, como ha se ha podido dar en alguna ocasión, por ejemplo, en 2017, con el Fondo Monetario Internacional. Sintéticamente, el análisis del FMI se resumiría en el siguiente extracto:

"De no aplicarse las reformas en curso [reforma de 2013], el gasto en pensiones contributivas de España se dispararía. El envejecimiento de la población española, y el consiguiente aumento de la tasa de dependencia de 29 a 70, duplicaría con creces el gasto en pensiones contributivas como porcentaje del PIB, hasta alcanzar el 22,5% del PIB en 2050. Para mantener el equilibrio del sistema de pensiones contributivas, el tipo de cotización efectivo tendría que aumentar 20 puntos porcentuales. En otras palabras, la contrapartida para mantener la actual tasa de sustitución sería un tipo de cotización equivalente a casi la mitad del salario de un individuo. A la inversa, para mantener el tipo de cotización efectivo en 2050 cerca de su nivel en 2016, sería necesario recortar en 25 puntos porcentuales el coeficiente de prestaciones"[57].

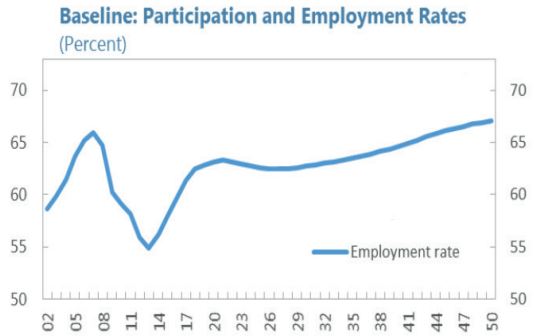
[56] Págs. 49 y 50.

[57] IMF, *Spain: selected issues*, International Monetary Fund, 2017, pp. 10-11, fecha de consulta en https://www.astrid-online.it/static/upload/imf_/imf_spain_selected-issues_10_2017.pdf.

Uno de los elementos centrales de esta previsión es el de la evolución prevista de la tasa de empleo, cuya proyección se aleja muy remarcablemente del comportamiento que ésta ha experimentado. Al respecto de la misma, se señala que:

"La evolución de la tasa de empleo se aproxima como el producto de las proyecciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la participación en el mercado laboral y las proyecciones del personal del FMI sobre la tasa de desempleo, que se estabiliza en su tasa natural a largo plazo"[58].

Sin embargo, como puede comprobarse en el cuadro correspondiente (no numerado[59]), la tasa de empleo de la economía española ha mostrado un desempeño sustancialmente más favorable que la prevista en 2017 por el FMI: desde esta institución se teorizaba que la misma se movería entre el estancamiento y la reducción desde 2020 hasta prácticamente entrada la década de 2030. Sin embargo, transcurridos ya tres trimestres de 2023, ñésta mantiene una tendencia ascendente a un ritmo incluso superior al repunte 2014T1-2019T4: en ese periodo, aumentó a una velocidad de 0,27pp por trimestre, haciéndose a 0,36pp entre 2020T2-2023T3.



Sources: UN; ILO; IMF staff calculations.

Siendo como recuerda el FMI la tasa de empleo determinante para la ratio de gasto/PIB (junto al resto de elementos de la fórmula abajo recogida), una divergencia de esta magnitud (tendencia proyectada al estancamiento desde 2020 frente a crecimiento acelerado efectivo desde la misma fecha), la presión derivada de esta ratio sobre la sostenibilidad del sistema estaría sobredimensionada al alza.

$$\frac{Pension\ Expense}{GDP} = \underbrace{\frac{Pop\ age\ 65+}{Pop\ age\ 15-64}}_{Dependency\ ratio} \cdot \underbrace{\frac{Pensioners}{Pop\ age\ 65+}}_{Eligibility\ ratio} \cdot \underbrace{\frac{Average\ pension}{Average\ wage}}_{Benefit\ ratio} \cdot \underbrace{\frac{1}{Employ\ rate}}_{Employment\ rate} \cdot \underbrace{\frac{Labor\ compensation}{GDP}}_{Labor\ share\ in\ GDP}$$

Fuente: FMI, 2017, pág. 9.

Conjugando las dos principales desviaciones que, en general, parecen encontrarse recurrentemente hasta ahora –infraestimación de los niveles de ingresos y de los niveles de empleo–, se posicionaría también el trabajo de De la Fuente, García y Sánchez[60]. Este artículo evalúa la

[58] Ibíd., pág. 10.

[59] Gráfico lateral-derecho de la pág. 10.

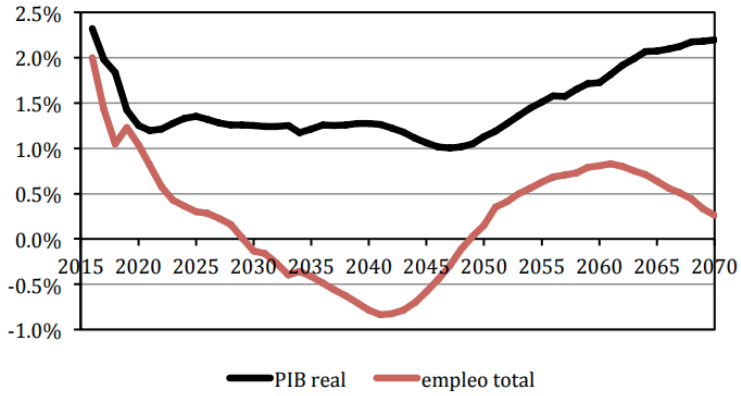
[60] de la Fuente, A.; García Díaz, M. A.; Sánchez, A. R., *La salud financiera del sistema público de pensiones español. Análisis retrospectivo, proyecciones de largo plazo y factores de riesgo*, FEDEA, 2017, fecha de consulta 24 julio 2019, en https://ideas.repec.org/p/fda/fdaeee/eee2017-04.html.

sostenibilidad del sistema de pensiones en 2017 y sus proyecciones a futuro, hasta 2070, en virtud de la aprobación y despliegue de las reformas de 2012 y 2013.

Sintetizando sus resultados, y como otros estudios, la conclusión central que alcanzan los autores es la de que, gracias a estas reformas, "tras las últimas reformas, la senda de gasto en pensiones prevista para nuestro país en este escenario central presenta un incremento tan sólo moderado durante las próximas décadas y no plantea en principio problemas graves de sostenibilidad, aunque sí cuestiones significativas de suficiencia relacionadas con la previsible pérdida de poder adquisitivo de las pensiones a lo largo de la vida del jubilado que previsiblemente se produciría con el sistema actual".[61]

En materia de empleo, que, como hemos visto, constituye un elemento central en la ratio gastos/PIB, el estudio se basa en la siguiente asunción, plasmada en el panel "b." de su "Gráfico 41: Senda esperada de crecimiento de algunas variables macroeconómicas": "el estancamiento previsto de la población total y su rápido envejecimiento durante buena parte del período de interés se traducen en una caída de la tasa de crecimiento del empleo total, que lleva a ser negativa entre 2030 y 2050". Como puede apreciarse, se proyecta una tasa de variación interanual del empleo que, para 2025, se encontraría ya por debajo del 0,5% anual. De hecho, antes de 2020, habría caído hasta el 1%. Por el contrario, la evolución efectiva de la variación interanual del empleo fue, en media, del 2,3% para el periodo 2015-2019, registrándose la menor tasa el 2016 con, aun así, un 2,1%. Como puede comprobarse, ritmo efectivo del empleo fue sustancialmente superior al proyectado.

b. PIB real y empleo totales



Fuente: De la Fuente, A., García, M. A., y Sánchez, A. R, pág. 57

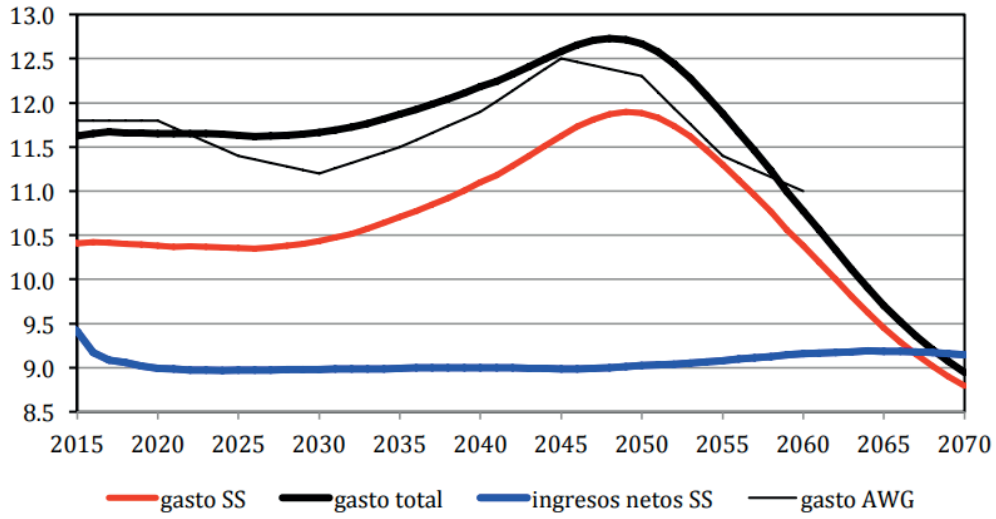
Pero, es más, superado el colapso y posterior rebote tras la pandemia, las tasas previstas por la Comisión Europea para 2023 (publicadas en noviembre de dicho año), 2024 y 2025, mantienen un promedio del 1,5%, muy alejadas del -0,5%. Dicho de otro modo, la progresiva actualización de la información, incluso en el ámbito de las previsiones, muestran que, para ese periodo, el grado de desviación de las realizadas por los autores sería de en torno a 1,0pp. Lógicamente, el menor nivel de empleo proyectado respecto a las efecto o a las previsiones de corto plazo de la Comisión Europea suponen un factor de estrés adicional sobre el Sistema de Seguridad Social que no encuentra respaldo con la evolución efectiva del mercado de trabajo[62].

[61] Ibíd., p. 51.

[62] Cabe señalar que los autores, en su análisis de sensibilidad a posibles cambios en los supuestos base, mantienen que "las hipótesis del escenario base sobre la evolución del empleo son muy optimistas, por lo que los riesgos en este campo son fundamentalmente a la baja. El escenario que se analiza en esta sección (baja actividad) adopta supuestos más conservadores sobre la evolución de los niveles de actividad que se traducen en una tasa de ocupación

Pasando al lado de los ingresos, el estudio refiere a los denominados "ingresos netos", es decir, "netos de las prestaciones contributivas distintas de las pensiones y de los gastos administrativos del sistema"[63]. Según la proyección de los autores, "los ingresos netos del sistema de pensiones contributivas de la Seguridad Social muestran un perfil básicamente plano en el escenario base, manteniéndose por debajo del gasto del sistema durante prácticamente todo el período analizado"[64]. Como se aprecia en el "Gráfico 43: Proyección de gastos e ingresos netos del sistema de pensiones contributivas" de los autores, lo señalado por ello supone mantenerlos en el entorno del 9,0% del PIB. Sin embargo, tal y como ya se expuso en la Tabla**, éstos vienen mostrando una tendencia ascendente que les ha hecho superar ya los últimos años y durante éste –en términos provisionales aun–, el 10,5%, muy superior al escenario de proyección del estudio.

Gráfico 43: Proyección de gastos e ingresos netos del sistema de pensiones contributivas, escenario base, % del PIB



Obviamente, este dato, íntimamente conectado a la baja estimación de la evolución del empleo, de nuevo, introduce un sesgo en las proyecciones de sostenibilidad del sistema que hace poner en peligro el mismo si no se mantenía el marco regulatorio conformado por las reformas de 2011 y 2013 (incluyendo el despliegue definitivo de esta última). Como los propios autores señalaban, esa decisión de política económico-regulatoria constituía la tabla de salvación del Sistema en cuanto a su sostenibilidad mientras que, hoy, habiendo éste sido sustituido por otro, la evolución de variables tales como los ingresos muestran una mayor fortaleza del mismo.

En definitiva, nuevamente, los elementos que hacer incurrir a las proyecciones en –lógicamente previsibles– desviaciones respecto de la realidad derivan de sesgos que, indefectiblemente, conducen a una menor sostenibilidad del sistema.

A efectos de citar un último trabajo, también en materia de defensa de la reforma de 2013 como elemento de subsanación de los problemas de sostenibilidad del Sistema, Ortega planteaba, en 2018, varis escenarios 2020-2060 sobre la base del comportamiento de 17 variables, siendo lo más

que termina siendo inferior en cinco puntos a la del escenario base". En otras palabras, a pesar de su proyección fuertemente desviada a la baja, ya en el corto plazo, en torno a la evolución del empleo, ésta se considera demasiado optimista.

[63] De la Fuente, A., García, M. A., y Sánchez, A. R., pág. 58.

[64] Ibíd., pág. 59.

relevante del mismo el modo de introducción de la productividad y su impacto sobre la sostenibilidad. Y es que, en ellos, esta ésta se fiaba a la profundización de las reformas estructurales del ciclo iniciado como respuesta a la Gran Recesión, especialmente por su hipotético impacto en la mencionada productividad con mayor especificidad y explicitud que en otros trabajos. Las asunciones del autor en su modelización eran las siguientes[65]:

— La reforma laboral del 2012 ha facilitado la recuperación de la economía y del empleo, con la productividad laboral estancada en los niveles del 2013.

— Si la economía mantiene en los próximos años un crecimiento anual del orden del 2,4%, el paro registrado caerá al 5,2% de la población activa en el año 2025 y al 4,1% en el 2030, en ambos casos, con una tasa de actividad del 75% de la población en edad de trabajar que resulta de las proyecciones del INE. Un escenario de pleno empleo, inédito en la economía española.

— Para que la economía pueda mantener ese crecimiento promedio del 2,4 % con pleno empleo y con la población activa cayendo, es necesario que la productividad laboral aumente todos los años en torno al 3,5%.

En función del comportamiento de la productividad, es decir, por inferencia, del PIB y el empleo, el autor proyectaba dos tipos de escenarios:

— el primero[66], con un crecimiento tendencial del PIB del 2,4% para todo el periodo, en el lapso de 40 años (2020-2060), el peso de los gastos del sistema sobre el PIB caería del 10,18% al 8,93%. En tal caso, las cotizaciones sobre PIB se mantendrían en el 8,45% para todo el periodo.

— en el segundo[67], con estancamiento de la productividad, el PIB decaería del 2,4% entre 2020 y 2025 a valores negativos durante todo el periodo: -0,61% para 2030, -1,13% para 2024, -0,88% en 2050 y -0,25% en 2060. Consecuentemente, se daría una explosión del peso del gasto sobre PIB para todo el periodo, acabando el mismo en el entorno del 2020. Para el conjunto de puntos temporales señalado, esta ratio mostraría la siguiente progresión: 10,18%. 9,57%. 10,41%, 13,69%, 17,83% y 19,58%, respectivamente.

Por tanto, para el autor, lo relevante no es sólo el mantenimiento de las reformas de 2011 y 2013, sino la continuidad de otras reformas estructurales en materia de formación y tejido productivo que permitan mantener un crecimiento del PIB y la productividad de elevada magnitud. Sólo en conjunción con esos dos vectores de reformas, es decir, los específicamente focalizados sobre los parámetros del sistema más los relativos al tejido productivo, podría asegurarse la sostenibilidad del sistema.

Este caso sí lo ve más atacable: en los dos escenarios, los resultados para el PIB son poco realistas. En el primero, siendo el contexto real el de "secular stagnation", inferir un crecimiento tendencial –constante– del 2,4% es una exageración; en el segundo, los valores de crecimiento del PIB son asombrosamente bajos, alterando el resto del cuadro en lo relativo a la sostenibilidad del Sistema.

[65] Ortega, G., «El futuro del sistema español de pensiones públicas contributivas», en *Las pensiones en España, 2018, Colegio de Economistas*, 2018, fecha de consulta 5 noviembre 2023, en https://www.economistas.es/Contenido/Consejo/Estudios%20y%20trabajos/CGE_Las%20pensiones%20en%20Espa%C3%B1a_26.09.18_.pdf].

[66] Ibíd., pág. 16.

[67] Ibíd., pág. 17.

Por tanto, el problema no radicaría tanto en que la mera alteración de un parámetro pueda derivar en un cambio casi completo de los resultados del modelo -máxime cuando éste es de tanta importancia como lo es el de la productividad-, sino que para alcanzar los resultados deseados, hayan de proyectarse comportamientos de otras variables centrales claramente alejados de la tendencia que pudiera considerarse habitual, en este caso tanto al alza como a la baja. Específicamente, los resultados derivados del estancamiento en la productividad, a pesar de la centralidad de la misma en cualquier modelo de sostenibilidad de las pensiones, son drásticamente bajos, chocando, por ejemplo, con la experiencia histórica del periodo de baja productividad ligado a la burbuja inmobiliaria, donde el crecimiento económico y del empleo, aunque en modelo claramente insano, dieron lugar, estando estancada la productividad, a elevadas tasas de empleo y, con ello, incluso superávit en el sistema de pensiones.

Nuevamente, parecería que para alcanzar resultados que certificasen la insostenibilidad del mismo, las variables que sirven de base al modelo de proyección deben introducir sesgos desproporcionadamente bajistas y, si acaso, desvinculados en sus conclusiones de lo acaecido en otros procesos históricos.

5. CONCLUSIONES

El principal resultado de este estudio, como comentábamos al principio, es la constatación, siempre como regla general, que ya se trate de previsiones sustentadas en fundamentales macro razonables o no y en modelos más sofisticados y/o realistas o no, el trabajo de *forecasting* en torno a la sostenibilidad del sistema de pensiones posee un considerable sesgo en torno a proyectar escenarios en los que el estrés a que el mismo está sometido es aún que el que efectivamente padece.

De este modo, el sesgo de las desviaciones coincide en la práctica totalidad de los casos hacia una misma dirección: una menor sostenibilidad del Sistema de Pensiones y, por tanto, como regla general, la necesidad aparente de realizar reformas –o incidir en las ya existentes– que reduzcan la suficiencia prestacional del sistema y/o lo acompañen de esquemas privados de ahorro.

Resulta paradójico, por tanto, el hecho de que, aun siendo esperable que las previsiones a tan largo plazo, sometidas a mutables fluctuaciones en variables tanto macroeconómicas como demográficas, se alejan progresivamente del comportamiento efectivo del sistema, siempre lo hagan en el mismo sentido. Y, por supuesto, que éste sea favorable al tipo de reformas estructurales, paramétricas o complementarias cuya implementación, desarrollo o, incluso, recuperación, haya sido defendida por los centros de consenso en torno al análisis del sistema de pensiones.

Trasladado al debate actual, donde se confrontan unas previsiones de elevada tecnicidad ampliamente fundamentadas en términos metodológicos, es inevitable advertir, dentro del respetuoso debate, en torno a la posibilidad de que esta tendencia secular que resulta en una intensificación de los factores estresores del sistema pueda seguir estando presente. Todo ello máxime dada la conformidad inicial de las instancias comunitarias con las reformas estructurales del sistema implementadas en estos años recientes.

6. BIBLIOGRAFÍA

AIReF, *Documento Técnico sobre el impacto de las reformas del sistema de pensiones de 2021 y 2023*, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, 2023, fecha de consulta 13 abril 2023, en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2023/03/OPINI%C3%93N-SOSTENIBILIDAD/230324.-DT.2.23_-Evaluacio%CC%81n-impacto-reformas-sistema-de-pensiones-2021-y-2023.pdf.

AIReF, *Opinión sobre la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social*, AIReF, Madrid, 2019.

Bermejo Patón, F., Febrero Paños, E., y John McCombie, "The impact of pensions on employment: a comparative analysis of the UK and Spain", *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, Nº. 9, 2014, 28 págs.

Bermejo Patón. F., Febrero Paños. E., Uxó González, J., "La sostenibilidad del sistema español de pensiones. Una aproximación alternativa", *Estudios de economía aplicada*, Vol. 33, Nº 3, 2015, págs. 783-800.

Bermejo Patón. F., y Febrero Paños., "Effects of pension spending on income and employment. evidence from Spain during the economic crisis", *Documentos de Trabajo FUNCAS*, Nº. 775, 2016.

Conde Ruiz, J. I.; Gonzalez, C. I., *Reforma de pensiones 2011 en España: una primera valoración*, FEDEA, 2012, fecha de consulta 24 julio 2019, en https://ideas.repec.org/p/fda/fdacee/01-2012.html.

Conde Ruiz, J. I.; González Martínez, C. I., «Reforma de pensiones 2011 en España», *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, n.o 204, 2013, Servicio de Publicaciones, pp. 9-44.

de la Fuente, A.; García Díaz, M. A.; Sánchez, A. R., *La salud financiera del sistema público de pensiones español. Análisis retrospectivo, proyecciones de largo plazo y factores de riesgo*, FEDEA, 2017, fecha de consulta 24 julio 2019, en https://ideas.repec.org/p/fda/fdaeee/eee2017-04.html.

de la Fuente, A.; García Díaz, M. A.; Sánchez Martín, A. R., *El Mecanismo de Equidad Intergeneracional: una disposición poco equitativa, insuficiente y confusa*, FEDEA, Madrid, 2022, fecha de consulta 2 febrero 2022, en https://policy.fedea.net/el-mecanismo-de-equidad-intergeneracional/.

Devesa Carpio, E.; Devesa Carpio, M.; Encinas Goenechea, F. B.; García Díaz, M. A.; Meneu Gaya, R., *La revalorización de las pensiones con el IPC provocará un déficit permanente en el sistema contributivo de pensiones*, 2018, fecha de consulta 16 octubre 2018, en https://www.uv.es/pensiones/Factor-de-sostenibilidad.html].

Devesa Carpio, E.; Doménech, R.; Meneu Gaya, R., «La Reforma del Sistema de Pensiones de 2021 a 2023. Un Balance»:, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, n.o 2, 2023, pp. 177-193.

FEDEA, *Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI*, FEDEA, 2023.

Gómez Rufián, L.; Pérez del Prado, D., «El impacto de la subida del SMI sobre la desigualdad salarial», *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, n.o 36, 2023, Laborum, pp. 279-303.

González González, A., «Una reforma, sin recortes, que sostiene más y mejores pensiones», 2023, fecha de consulta 11 marzo 2023, en https://economistasfrentealacrisis.com/una-reforma-sin-recortes-que-sostiene-mas-y-mejores-pensiones/.

Hernández de Cos, P.; Jimeno Serrano, J. F..; Ramos, R., «El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma», *Documentos ocasionales - Banco de España*, n.o 1, 2017, pp. 1-51.

IMF, *Spain: selected issues*, International Monetary Fund, 2017, fecha de consulta en https://www.astrid-online.it/static/upload/imf_/imf_spain_selected-issues_10_2017.pdf.

MISSMI, *Informe Proyecciones del Gasto Público en Pensiones en España*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Madrid, 2023.

Ortega, G., «El futuro del sistema español de pensiones públicas contributivas», en *Las pensiones en España, 2018, Colegio de Economistas*, 2018, fecha de consulta 5 noviembre 2023, en https://www.economistas.es/Contenido/Consejo/Estudios%20y%20trabajos/CGE_Las%20pensiones%20en%20Espa%C3%B1a_26.09.18_.pdf].

Pérez del Prado, D., *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea, M.; Benítez Llamazares, N., «Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 467, 2022, pp. 119-147.

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Revolución 4.0 y pensiones públicas: cotizaciones de la Seguridad Social como prestación patrimonial pública y tributaria[1]

Industry 4.0 Revolution and Public Pensions: Social Security Contributions as a Public and Taxable Asset

Carlos David Aguilar Segado *Profesor de Derecho Financiero y Tributario*
Facultad de Derecho. Universidad de Málaga
https:/orcid.org/ 0000-0002-2744-4459

Cita Sugerida: AGUILAR SEGADO, C.D.: «Revolución 4.0 y pensiones públicas: cotizaciones de la Seguridad Social como prestación patrimonial pública y tributaria». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 251-260.

Resumen

La revolución industrial 4.0 está acelerando cambios en las economías mundiales, esto se revierte en una mayor productividad empresarial y en una mejora de las comunicaciones, sin embargo, también incide de manera negativa en determinadas variables económicas y sociales que son perjudiciales para el capital humano y para los ingresos públicos de las Administraciones Públicas que inciden de manera directa en las pensiones públicas.

Abstract

The fourth industrial revolution is accelerating changes in global economies, resulting in increased business productivity and improved communications. However, it also has a negative impact on certain economic and social variables that are detrimental to human capital and the public revenues of government entities, directly affecting public pensions.

Palabras clave

cotizaciones; Seguridad Social; prestación patrimonial pública; pensiones públicas; transformación digital; fiscalidad

Keywords

contributions; Social Security; public asset benefit; public pensions; digital transformation; taxation

1. LAS COTIZACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PENSIONES PÚBLICAS

1.1. CALIFICACIÓN COMO PRESTACIÓN PATRIMONIAL PÚBLICA TRIBUTARIA

Existe una vasta doctrina acerca de las cotizaciones de la Seguridad Social que pueden calificarse como prestaciones patrimoniales públicas. Al respecto, debe indicarse que la prestación patrimonial pública se encuentra regulada en el artículo 31.3 de la Constitución Española, que expresa lo que sigue: "Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley". Y que, según el artículo 31.1 de la Constitución Española, "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema

[1] Este artículo se relaciona con el Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-I00, "La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica" cuyos investigadores principales son Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea; los Proyectos dirigidos por Jóvenes Investigadores (I Plan Propio) concedido por la Comisión de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga, de referencia B1-2021_11 denominado "El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar", cuyo investigador principal es Miguel Ángel Gómez Salado. Ayudas (B.1); y el Proyecto de I+D+i del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2017) orientado a los Retos de la Sociedad Andaluza "Economía y fiscalidad frente al Envejecimiento Poblacional" (ref. SEJ-587), dirigido por Miguel Gutiérrez Bengoechea.

tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

El concepto de prestaciones patrimoniales públicas es sobremanera extenso, pues engloba diferentes prestaciones públicas coactivas, entre las cuales se destacan las tributarias, regidas por unos principios jurídico-materiales a nivel constitucional que no se encuentran identificadas con las demás prestaciones patrimoniales de carácter público. La obligatoriedad en su cumplimiento, deducida de la regulación constitucional, es una de las características de las prestaciones patrimoniales[2].

1.2. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS

Respecto a las cotizaciones a la Seguridad Social, para determinar la cuantía de la pensión se aplica a la base reguladora el porcentaje general correspondiente en función de los años cotizados; dependiendo del caso, el porcentaje adicional por prolongación de la vida laboral si se accede con una edad superior a la ordinaria en vigor; y el coeficiente reductor correspondiente en caso de jubilación anticipada.

En 2023, la base reguladora se obtiene del resultado de dividir 300 bases de cotización —meses cotizados o pagas ordinarias— entre 350 —suma de las 300 bases de cotización más 50 pagas extras, es decir, 2 pagas por cada año de los 25 cotizados—. Para cobrar el 100% de la jubilación se exigen, al menos, 37 años y 9 meses cotizados. A partir de 2027 serán necesarios 38 años y 6 meses cotizados[3].

[2] La Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, concluye en su Fundamento Jurídico 3º que la prestación patrimonial existe cuando haya una imposición coactiva de la prestación, esto es, el establecimiento unilateral de la obligación de pago. Eso sí, la prestación ha de tener una finalidad de interés público con independencia de la condición pública o privada del perceptor. Vid. Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, Pleno, Recurso de inconstitucionalidad 1405/1989: "La imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es, pues, en última instancia, el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley; por ello, bien puede concluirse que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público". BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996. Asimismo, Vid. Fundamento Jurídico 15º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1997, de 28 de octubre de 1997, Pleno, Recursos de inconstitucionalidad 2548/1992 y 553/1993 (acumulados): "Los tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos". BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997. Vid. Litago Lledó, R.: "El nuevo concepto legal de prestación patrimonial de carácter público", *Documentos: Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 163-164. Vid. Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N.: "Suficiencia y sostenibilidad en el Marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 467, CEF, Madrid, 2022, pp. 119-147.

[3] 65YMAS.COM: "Esto es lo que cobrarás de pensión de jubilación con 30 años cotizados en 2022", 2 de octubre de 2022. Recuperado de https://www.65ymas.com/economia/pensiones/importe-pension-jubilacion-tener-30-anos-cotizados_42743_102.html.

PORCENTAJE – JUBILACIÓN – AÑOS COTIZADOS								
PERIODO DE APLICACIÓN	PRIMEROS 15 AÑOS		AÑOS ADICIONALES				TOTAL	
	Años	%	MESES ADICIONALES	COEFICIENTE	%	AÑOS	AÑOS	%
2020 a 2022	15	50	1 al 106 146 restantes	0,21 0,19	22,26 27,74			
	15	50	**Total 252 meses**		**50,00**	**21**	**36**	**100**
2023 a 2026	15	50	1 al 49 209 restantes	0,21 0,19	10,29 39,71			
	15	50	**Total 258 meses**		**50,00**	**21,5**	**36,5**	**100**
A partir de 2027	15	50	1 al 248 16 restantes	0,19 0,18	47,12 2,88			
	15	50	**Total 264 meses**		**50,00**	**22**	**37**	**100**

(Fuente: Instituto BBVA de PENSIONES[4])

Como se muestra en la tabla anterior, el porcentaje para cobrar el 100% de la pensión dependerá del periodo de aplicación en una escala que comienza con el 50% a los quince años cotizados. De 2023 a 2026, para obtener el 50% restante, se aplicará un coeficiente de 0,21 para los meses del 1 al 49 y de 0,19 para los 209 meses restantes, en total, 258 meses. A partir de 2027, para obtener el 50% restante, se aplicará un coeficiente de 0,19 para los meses del 1 al 248 y de 0,18 para los 16 meses restantes, en total, 264 meses. Además, si el trabajador se ha jubilado con una edad superior a la establecida legalmente se aplicará un porcentaje adicional del 4% por año completo cotizado que podrá ser cobrado a tanto alzado o prorrateado.

Los trabajadores por cuenta ajena a tiempo parcial quedan exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, junto con los empresarios, a excepción de la incapacidad temporal derivada de dichas contingencias, a condición de que cumplan los requisitos de tener 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización o, en su defecto, 67 años de edad y 37 años de cotización[5].

1.3. EL IMPUESTO SOBRE LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS COMO REFUERZO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Impuesto sobre las Transacciones Financieras (en adelante, ITF) fue ideado por el Premio Nobel de Economía en 1981, James Tobin. En 1972, afirmó que debían gravarse las transacciones financieras internacionales mediante el tipo impositivo entre el 0,1% y el 1%. Se pretendía reducir la inestabilidad del sistema financiero internacional, que perjudicaba a los países en vías de desarrollo. La recaudación obtenida debía pasar a los países en vías de desarrollo a través del Banco Mundial. La propuesta no se llevó a cabo. En 2011, a través de la Comisión de la Unión Europea, se realizaba una propuesta de ITF con la finalidad de armonizar un tipo impositivo del 0,1% sobre el intercambio de divisas, a la que se sumó la contribución de manera justa al sostenimiento de las finanzas públicas.

Inicialmente no se aprobó por unanimidad, pero se logró su aprobación a través del procedimiento de cooperación reforzada, que permite la aprobación de leyes comunitarias al contar con el apoyo de 9 países como mínimo —finalmente, en este caso, se adhirieron 10 países, entre estos,

[4] INSTITUTO BBVA DE PENSIONES. "En 2023 se incrementará el número de años necesario para tener derecho a cobrar el 100% de la pensión", 6 de septiembre de 2022. Recuperado de https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/en-2023-se-incrementara-el-numero-de-anos-necesario-para-tener-derecho-a-cobrar-el-100-de-la-pension.html

[5] SEGURIDAD SOCIAL: "Régimen general. Jubilación ordinaria. Cuantía". Recuperado de https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28396/28475/40827.

España—[6]. Francia introdujo su ITF en 2012 con un tipo impositivo de 0,3%, mientras que Italia lo hizo en 2013 con un tipo impositivo de 0,2%.

Sin embargo, hoy en día, no hay un consenso entre los Estados miembros. Se busca la aprobación de la Tasa Tobin por parte de todos los países en 2024, de forma que entre en vigor en 2026, para proceder a la devolución de los 800.000 millones de euros del fondo de recuperación *Next Generation EU*, al considerar dicha tasa como una de las fuentes de financiación. Si lograran un acuerdo los 10 países, los ingresos de la tasa europea podrían ser transferidos a las arcas de la Unión Europea[7].

En 2020, España aprobó su impuesto nacional con un tipo impositivo de 0,2% sobre las operaciones de compra de acciones españolas, que son ejecutadas por operadores provenientes del sector financiero y que se aplicarán sobre el importe transaccionado, con la exclusión de la comisión del intermediario, pues éste liquidará el impuesto.

Respecto al objeto de gravamen, sería el resultante de aplicar a la compraventa de acciones o derivados financieros, para evitar los movimientos de carácter especulativo. El sujeto pasivo son los bancos, gestoras e intermediarios de carácter financiero que lleven a cabo las actividades financieras, con una capitalización en bolsa superior a 1.000 millones de euros —excluye a las PYMES—.

Este gravamen se produce independientemente de donde resida el intermediario y el adquiriente —este último puede ser una persona física o jurídica—, así, se evitaría el riesgo de deslocalización para reducir el coste adicional de la transacción. El criterio del principio de emisión, independiente del principio de residencia de los intervinientes en la operación, requiere de la cooperación internacional para una correcta aplicación del tributo.

Este impuesto produce una desfragmentación del mercado único en la Unión Europea, en el que se aprecia la continuidad de las Transacciones Financieras, sin embargo, en Francia se produjo una reducción del 20% sin observar un gran impacto sobre la liquidez del sistema financiero ni sobre la volatilidad de éste. En Italia no hubo un gran impacto sobre el volumen de transacciones, pero sí disminuyó la liquidez en el mercado financiero, así como el aumento de la volatilidad[8]. Ahora bien, en España hubo que atenerse al Informe Anual de Recaudación Tributaria 2021 para concluir si finalmente se produjo un impacto sobre su volumen, volatilidad y liquidez. La conclusión fue negativa: únicamente se recaudaron 266 millones de euros, es decir, el 30,7% de los 850 millones de euros previstos por el Gobierno de España[9]. El Informe Mensual de Recaudación Tributaria, de noviembre de 2022, reflejó un dato todavía peor que el anterior: se recaudaron sólo 26 millones de

[6] COMISIÓN EUROPEA: "Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece una cooperación reforzada en el ámbito del Impuesto sobre las Transacciones Financieras", 14 de febrero de 2013. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0071&from=EN.

[7] Valero, J.: "La tasa a las transacciones financieras busca renacer en Europa", *El Economista.* Recuperado de https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11060746/02/21/La-tasa-a-las-transacciones-financieras-busca-renacer-en-Europa.html.

[8] Esteller Moré, A.: "España estrena en enero su impuesto sobre transacciones financieras (y no se llama Tasa Tobin", *The Conversation,* 30 de octubre de 2020. Recuperado de https://theconversation.com/espana-estrena-en-enero-su-impuesto-sobre-transacciones-financieras-y-no-se-llama-tasa-tobin-148235.

[9] AGENCIA TRIBUTARIA: "Informe Anual de Recaudación Tributaria 2021", *Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas*, 2022. Recuperado de https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2021/IART21_es_es.pdf.
Ya en su primera liquidación, en los 5 primeros meses del año 2021, se ingresaron sólo 150 millones de euros, es decir, el 17,5% de la estimación del Gobierno de España de 850 millones de euros para el conjunto del año. Vid. Portella, N.: "Fracasa la recaudación de la tasa Tobin: solo un 17% de lo previsto", *El Nacional,* 5 de septiembre de 2021. Recuperado de https://www.elnacional.cat/es/economia/fracasa-la-recaudacion-de-la-tasa-tobin-solo-un-17-del-previsto_642218_102.html.

euros, es decir, el 7% de la estimación del Gobierno de España de 372 millones de euros para el conjunto del año[10].

Como referencia, si en España se alcanzara la franja alta de las previsiones, el importe podría servir para sufragar la revalorización de las pensiones conforme al IPC —aunque en su Exposición de Motivos no se hizo alusión de manera directa ni indirecta a las pensiones públicas—, así como la subida de las pensiones no contributivas y las pensiones mínimas y reforzar el sistema de protección de la Seguridad Social. No obstante, según los datos referidos, no sucedió como se había previsto.

2. LA REVOLUCIÓN 4.0: TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y ROBOTIZACIÓN DEL TRABAJO

2.1. MEDIDAS QUE INCIDEN EN LA FINANCIACIÓN POR COTIZACIÓN

En *El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social*[11] se proponen "medidas a corto-medio plazo", concretamente las "que inciden en la financiación por cotización". La primera guarda relación con las medidas que "aumentan cotizaciones en casos de destrucción de empleo por motivos de transformación digital en las empresas".

La medida a) de "obligar a las empresas a suscribir y financiar un convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores despedidos por la transformación digital de la empresa", en la que se podría "obligar a las empresas a suscribir y financiar un Convenio Especial con la Seguridad Social, al objeto de continuar cotizando por el trabajador despedido (despido colectivo y despido por causas objetivas) y mantenerlo cubierto frente a determinadas contingencias, desde la extinción de la prestación por desempleo que, en su caso, le corresponda percibir, hasta que encuentre un nuevo trabajo retribuido.

De hecho, existe una modalidad de Convenio Especial con la Seguridad Social previsto para situaciones similares, aunque limitado a los trabajadores con 55 años o más. Se trata de la modalidad de Convenio regulada en el artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003 y destinada a proteger, hasta el momento de acceder a la pensión de jubilación, a los trabajadores que tengan una edad igual o superior a la referida y hayan sido incluidos en un expediente de regulación de empleo".

La medida a) presenta una serie de ventajas: "En primer lugar, sería una medida recaudatoria, pues se evitaría que la recaudación de las cuotas sociales (vinculada a la existencia de trabajo humano) quedara mermada ante una reconversión tecnológica industrial, haciendo compatible progreso empresarial y bienestar social.

En segundo lugar, esta medida permitiría mantener un considerable nivel de protección social para quienes, como consecuencia de la robotización o automatización de su sector o empresa, se vieran expulsados del mercado laboral. Y es que, además de percibir la prestación por desempleo que, en su caso, les pudiera corresponder, seguirían cotizando al sistema hasta encontrar un nuevo empleo de cara a generar futuros derechos prestacionales".

Asimismo, presenta una serie de inconvenientes: "A primera vista, la aplicación imperativa de la medida podría desestimular que las empresas adoptaran procesos de transformación digital y mejoraran su posición competitiva en el mercado.

[10] AGENCIA TRIBUTARIA: "Informe Mensual de Recaudación Tributaria. Noviembre 2022", *Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas*, 2022. Recuperado de https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_mensuales_recaudacion_tributaria/2022/IMR_22_11_es_es.pdf.
Vid. De Antonio, J.: "Alerta en el Gobierno por los nuevos impuestos: Hacienda recauda un 83,5% menos con las tasas Tobin y Google", *La Razón*, 5 de diciembre de 2022. Recuperado de https://www.larazon.es/economia/20221205/tex4nkr7jzcxtkdlpvkqpxnjmm.html.

[11] VV. AA.: *El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social*, en Serrano Falcón, C. (coord.), Universidad de Granada y Fundación COTEC, Madrid, 2017, pp. 17-22.

Pero entendemos que el coste derivado para las empresas de la suscripción de Convenios con la Seguridad Social sería compensado con el aumento de beneficios económicos y el ahorro en costes laborales y de Seguridad Social que podrá llevar aparejada la automatización de sus procesos productivos.

En cualquier caso, cabría plantear la posibilidad de eximir de esta medida a aquellas empresas que, pese a haber acometido una reconversión tecnológica/digital, presenten y acrediten una situación económica vulnerable".

La medida c) de la "capitalización del importe de las prestaciones de jubilación y desempleo como consecuencia de procesos de automatización", que la doctrina propone introducir en el artículo 110 de la Ley General de la Seguridad Social lo siguiente:

"En materia de pensiones causadas por jubilación y prestaciones por desempleo, cuando los empresarios hayan llevado a cabo procesos de automatización robotizada o incorporación de sistemas de inteligencia artificial a sus procesos, que hayan supuesto una destrucción de empleo en los términos fijados reglamentariamente, se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones, debiendo los empresarios implicados constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el límite que reglamentariamente se determine, los capitales coste correspondientes"[12].

La medida c) presenta una serie de ventajas: "trasladar a las empresas el coste de las prestaciones que se devenguen como consecuencia de la destrucción de empleo por razón de procesos de automatización y robotización y consecuentemente, aliviar a medio plazo este peso para las arcas del sistema de Seguridad Social".

Asimismo, presenta una serie de inconvenientes: "este tipo de reforma constituiría un gravamen para las empresas que digitalizan sus procesos de producción, con el potencial riesgo que podría conllevar, lo que no sería conveniente en un entorno de competencia globalizada.

Como cualquier medida que encarezca potencialmente la mano de obra, sobre todo la de menor cualificación, podría tener como consecuencia ser un estímulo a la deslocalización de la actividad empresarial, ya fuera porque hubiera empresas que decidieran trasladar su producción fuera de nuestro país, ya por la no implantación de nuevas actividades empresariales en España.

Ante estos inconvenientes, cabría plantearse una vía intermedia: la regulación de este tipo de instrumentos como vías alternativas voluntarias para las empresas, y que pudieran asumirse en la negociación con la representación de los trabajadores de la reestructuración empresarial.

Ello podría facilitar la implantación de medidas dirigidas a la transformación digital de las empresas y minimizar sus costes laborales en términos de conflictividad laboral, así como las consecuencias de los procesos de reajuste de plantillas derivados de automatización de los procesos productivos, que podrían compensarse con incentivos fiscales diseñados a este fin"[13].

2.2. MEDIDAS DESTINADAS A AUMENTAR LAS COTIZACIONES RELACIONADAS CON LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Propone, asimismo, una serie de "medidas destinadas a aumentar las cotizaciones relacionadas con la transformación digital", como sería la "cotización especial de solidaridad en empresas robotizadas", tanto existentes como de nueva creación. En la que se describe cómo "la cotización por

[12] *Ibidem*. Para más información Vid. Quilez Moreno, J.M. y Aparicio Chofré, L.: "Robots e inteligencia artificial: ¿Debería exigirse algún tipo de cotización?", *Diario La Ley*, núm. 5, sección Ciberderecho, Madrid, 2017. Recuperado de https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAAMtMSbF1CTEAAAiMTY2NjU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDY0MTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAIUmy2A1AAAAWKE.

[13] *Ibidem*. Asimismo, Vid. Gutiérrez Bengoechea, M.: "Algunas notas sobre la fiscalidad del Establecimiento Permanente", *Revista técnica tributaria*, núm. 138, 2022, pp. 91-120.

solidaridad es una medida ya existente en nuestro sistema de Seguridad Social pero ligada al conocido como 'envejecimiento activo'.

Expresión con la que el art. 214 de la Ley General de la Seguridad Social alude a una modalidad de jubilación que fue introducida en el 2013 con el declarado propósito de reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y que consiste, en términos generales, en la posibilidad de que los pensionistas de jubilación que, además de otros requisitos, acrediten una larga carrera de cotización, puedan compatibilizar el percibo de su pensión con el desempeño de cualquier actividad profesional, por cuenta propia o ajena y a tiempo completo o parcial".

En lo que respecta a la cotización, en estos casos en que el pensionista compatibiliza el trabajo y la pensión, el art. 153 de la Ley General de la Seguridad Social refleja que tanto el pensionista, como trabajador, y su empleador estarían exentos de cotizar por todos los conceptos, salvo por causas de contingencias profesionales e incapacidad temporal. En cambio, sí se encontrarían sujetos a "una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 6 por ciento y del trabajador el 2 por ciento".

Con atención al contexto normativo en el cual se ubica esta figura legal y a la articulación que la propia medida recibe, es posible extraer dos conclusiones valiosas para el tema que ocupa esta sección[14].

En primer lugar, la "cotización especial de solidaridad" fue configurada como medida o correctivo económico destinado a compensar la deficiencia de ingresos que, paradójicamente, podría comportar para el sistema la propia promoción del denominado envejecimiento activo, al utilizar como estímulo unas obligaciones de cotización social limitadas.

En segundo lugar, "que la particularidad de esta cuota específica se encuentra en que su ingreso no revierte directamente sobre los derechos prestacionales del sujeto obligado a su pago (el pensionista-trabajador), sino que, como la propia denominación que recibe la cuota, atiende a la lógica pura de los sistemas financieros de reparto (principio de solidaridad) quedando destinada al sostenimiento genérico de las prestaciones de Seguridad Social.

Pues bien, extrapolando de su ámbito originario, pero manteniendo su propósito congénito y esencial de contener el deterioro económico del sistema de Seguridad Social, también se ha llegado a proponer la extensión de la cotización de solidaridad a las empresas robotizadas, esta vez como correctivo económico del perjuicio financiero que podría suponer para el sistema una posible destrucción de empleo.

En este caso, cabría plantear dos alternativas en lo que respecta a la imputación de la obligación de cotizar: o bien atribuirla a la propia empresa, de modo que ésta debería ingresar la totalidad de la cuota de solidaridad, o bien vincularla e imponerla, como cotización adicional, a cada uno de los trabajadores empleados por la empresa robotizada o digitalizada, procediendo en este caso su distribución entre empresa y trabajador.

En el primer supuesto, podría tomarse como base de cotización una cantidad fija y única para todas las empresas, equivalente a la base mínima anualmente establecida por el legislador para los trabajadores menores de 18 años, o una cantidad variable en función de la capacidad de económica de la empresa. Mientras que, en el segundo supuesto, se tomaría la base de cotización por contingencias comunes del trabajador en cuestión, tal y como viene establecido actualmente en el art. 153 LGSS".

[14] *Ibidem.* Para más información Vid. Gutiérrez Bengoechea, M.: "Avances tecnológicos versus mercado laboral y pensiones públicas", en Hinojosa Torralvo, J.J. y Cruz Padial, I.(dir.), y Sánchez-Archidona Hidalgo (coord.), *Tributos, servicios digitales y robótica*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 347-373.

Las dos conclusiones presentan una serie de ventajas: "Estaríamos ante una medida que, sin duda, contribuiría a contener el deterioro que la recaudación de cuotas sociales sufriría en los sectores de actividad más digitalizados ante una posible reducción de mano de obra".

Asimismo, presentan una serie de inconvenientes: "Uno de los principales inconvenientes sería el de delimitar qué deba entenderse por empresa robotizada o digitalizada a los efectos de exigirle esta cotización especial de solidaridad. Lo que, en principio, podría solventarse proponiendo su aplicación a aquellas empresas pertenecientes a sectores de actividad que presenten un mayor grado de digitalización o robotización.

Finalmente, aunque la imposición de esta nueva responsabilidad económica pudiera entrañar el riesgo de desincentivar la inversión empresarial en nueva tecnología, conviene tener en consideración que, en términos económicos, el coste que para las empresas podría suponer este tipo de cuotas sociales, sería en todo caso menor que el coste salarial y de Seguridad Social que, de ordinario, conlleva contratar y mantener en alta a un empleado"[15].

2.3. PENSIONES Y ROBOTIZACIÓN DEL TRABAJO

Sobre las pensiones y la robotización del trabajo JIMENO[16] apunta las siguientes ideas:

"1. Los sistemas públicos de pensiones van a sufrir una erosión de su pilar contributivo (bajo el que las prestaciones recibidas están en función de lo aportado al sistema de pensiones), mientras que ganarán peso las prestaciones universales y asistenciales (que ofrecen los mismos beneficios a toda la población en general, o según situaciones de necesidad determinadas, independientemente de lo aportado a dicho sistema).

2. No debe darse por garantizado que los avances tecnológicos van a provocar una aceleración del crecimiento económico en el futuro y, por tanto, que los recursos disponibles serán suficientes para cubrir todas las necesidades sociales indiscriminadamente.

3. Por tanto, estamos muy lejos de poder aspirar a una renta básica universal como principal mecanismo de redistribución y, en cualquier caso, dicho instrumento no cubriría todas las necesidades de redistribución a las que el Estado debe hacer frente".

El desarrollo de estos tres mensajes se realiza de la siguiente manera:

"En primer lugar, se repasa la finalidad y la situación actual de los sistemas públicos de pensiones y se argumenta por qué en el contexto demográfico, económico y tecnológico actual es necesario reconsiderar tanto la naturaleza de sus gastos como la financiación de los mismos.

En segundo lugar, se presenta el estado actual de la literatura económica acerca de algunas de las consecuencias de los cambios tecnológicos que son relevantes para el diseño futuro del sistema de pensiones.

Finalmente, se discute el papel que la renta básica universal puede jugar en dicho contexto".

Sobre las pensiones y la robotización del trabajo, JIMENO concluye lo que sigue:

"Las tendencias demográficas hacen inviables sistemas contributivos de jubilación con elevadas tasas de sustitución. Las tendencias tecnológicas pueden hacer reales escenarios en los que una buena parte de los trabajadores tengan dificultades para construir historiales laborales que les permitan acceder a prestaciones contributivas completas. Ambas tendencias combinadas llevan a preguntarse si en los Estados de Bienestar de los países avanzados sería posible y deseable expandir las prestaciones universales y reducir las contributivas a un papel de aseguramiento por contingencias

[15] *Ibidem*.

[16] Jimeno, J.F.: "Pensiones y robotización del trabajo: ¿justifican una renta mínima?", en Herce, J.A. (coord.), *Pensiones del futuro*, 1ª Edición, Instituto Santa Lucía, Madrid, 2020, pp. 174-193.

varias (jubilación, desempleo, incapacidad, etc.) de niveles de renta por encima de determinados umbrales (aquellos cubiertos por prestaciones universales).

En este escenario hay suficientes razones para considerar la introducción de una Renta Básica Universal. Sin embargo, en las condiciones actuales tal opción es impracticable. Su coste es excesivamente elevado y todavía, a pesar de la polarización del empleo, el trabajo sigue manteniendo un peso elevado en la producción. Si los robots acaban por hacer que este peso se reduzca sustancialmente está por ver y cualquier previsión al respecto no pasaría de ser una mera conjetura. Pero si lo acaban haciendo, habrá una mayor necesidad de redistribución de las rentas y en ese escenario la Renta Básica Universal 'ganará enteros'.

Tal escenario tiene los elementos utópicos de las previsiones optimistas de KEYNES y los distópicos de una sociedad en la que una élite controla los medios de producción y el resto de la población subsiste a través de transferencias sin poder trabajar. Mientras llegamos (o no) a tal situación, las prioridades en materia de reforma de las pensiones deben seguir siendo: la restauración de la sostenibilidad financiera de su pilar contributivo y la suficiencia de sus prestaciones universales"[17].

3. CONCLUSIONES

1ª. Las cotizaciones a la Seguridad Social se consideran prestaciones patrimoniales públicas y sirven como mecanismo de financiación de las pensiones públicas. El impuesto sobre las Transacciones Financieras debió servir como refuerzo al sistema de protección de la Seguridad Social, aunque como ya se expuso, esto no será así.

2ª. La robotización del trabajo, es decir, la Revolución 4.0, debe financiar las pensiones públicas. Existen una serie de medidas que inciden en la financiación por cotización y destinadas a aumentar las cotizaciones relacionadas con la transformación digital. Por tanto, se han de implementar estas medidas para que sirvan como mecanismo de financiación de las pensiones públicas.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA TRIBUTARIA: "Informe Anual de Recaudación Tributaria 2021", *Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas*, 2022. Recuperado de https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2021/IART21_es_es.pdf.

AGENCIA TRIBUTARIA: "Informe Mensual de Recaudación Tributaria. Noviembre 2022", *Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas*, 2022. Recuperado de https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_mensuales_recaudacion_tributaria/2022/IMR_22_11_es_es.pdf.

COMISIÓN EUROPEA: "Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece una cooperación reforzada en el ámbito del Impuesto sobre las Transacciones Financieras", 14 de febrero de 2013. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0071&from=EN.

De Antonio, J.: "Alerta en el Gobierno por los nuevos impuestos: Hacienda recauda un 83,5% menos con las tasas Tobin y Google", *La Razón*, 5 de diciembre de 2022. Recuperado de https://www.larazon.es/economia/20221205/tex4nkr7jzcxtkdlpvkqpxnjmm.html.

[17] *Ibidem*. La obra a la que Jimeno hace alusión es Keynes, J.M.: *Posibilidades económicas de nuestros nietos*, publicada en 1930.

Esteller Moré, A.: "España estrena en enero su impuesto sobre transacciones financieras (y no se llama Tasa Tobin", *The Conversation*, 30 de octubre de 2020. Recuperado de https://theconversation.com/espana-estrena-en-enero-su-impuesto-sobre-transacciones-financieras-y-no-se-llama-tasa-tobin-148235.

Gutiérrez Bengoechea, M.: "Algunas notas sobre la fiscalidad del Establecimiento Permanente", Revista técnica tributaria, núm. 138, 2022, pp. 91-120.

Gutiérrez Bengoechea, M.: "Avances tecnológicos versus mercado laboral y pensiones públicas", en Hinojosa Torralvo, J.J. y Cruz Padial, I.(dir.), y Sánchez-Archidona Hidalgo (coord.), *Tributos, servicios digitales y robótica*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 347-373.

INSTITUTO BBVA DE PENSIONES. "En 2023 se incrementará el número de años necesario para tener derecho a cobrar el 100% de la pensión", 6 de septiembre de 2022. Recuperado de https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/en-2023-se-incrementara-el-numero-de-anos-necesario-para-tener-derecho-a-cobrar-el-100-de-la-pension.html

Jimeno, J.F.: "Pensiones y robotización del trabajo: ¿justifican una renta mínima?", en Herce, J.A. (coord.), *Pensiones del futuro*, 1ª Edición, Instituto Santa Lucía, Madrid, 2020, pp. 174-193.

Keynes, J.M.: Posibilidades económicas de nuestros nietos, publicada en 1930.

Litago Lledó, R.: "El nuevo concepto legal de prestación patrimonial de carácter público", *Documentos: Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, p. 163-164.

Portella, N.: "Fracasa la recaudación de la tasa Tobin: solo un 17% de lo previsto", *El Nacional*, 5 de septiembre de 2021. Recuperado de https://www.elnacional.cat/es/economia/fracasa-la-recaudacion-de-la-tasa-tobin-solo-un-17-del-previsto_642218_102.html.

Quilez Moreno, J.M. y Aparicio Chofré, L.: "Robots e inteligencia artificial: ¿Debería exigirse algún tipo de cotización?", *Diario La Ley*, núm. 5, sección Ciberderecho, Madrid, 2017. Recuperado de https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTY2NjU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDY0MTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAIUmy2A1AAAAWKE.

SEGURIDAD SOCIAL: "Régimen general. Jubilación ordinaria. Cuantía". Recuperado de https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28396/28475/40827.

Valero, J.: "La tasa a las transacciones financieras busca renacer en Europa", El Economista. Recuperado de https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11060746/02/21/La-tasa-a-las-transacciones-financieras-busca-renacer-en-Europa.html.

Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N.: "Suficiencia y sostenibilidad en el Marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 467, CEF, Madrid, 2022, pp. 119-147.

VV. AA.: El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social, en Serrano Falcón, C. (coord.), Universidad de Granada y Fundación COTEC, Madrid, 2017, pp. 17-22.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

ALEJANDRO GALLART FOLCH (1893-1972): Los fundamentos políticos y científico-jurídicos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España

ALEJANDRO GALLART FOLCH (1893-1972): The political and scientific-legal foundations of Labour Law and Social Security in Spain

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
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L..: «ALEJANDRO GALLART FOLCH (1893-1972): Los fundamentos políticos y científico-jurídicos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 263-304

"Es en mi un ya viejo empeño el de contribuir, en la medida de mis modestas fuerzas, a orientar los llamados estudios sociales en España hacia el polo jurídico. País el nuestro, a la vez de juristas y de investigadores sociológicos, unos y otros han seguido, casi siempre, aminos divergentes. Ello da, preciso es confesarlo, un tono un poco anacrónico a buena parte de nuestra literatura jurídica y social. La rectificación indispensable no puede venir sino de un trabajo científico integral, a la vez jurídico y sociológico, aplicado a temas que, teniendo bien acusadas ambas facetas, resistan a toda posible desvinculación de ellas, temas que exijan que al análisis del aspecto social se aplique la técnica jurídica y al aspecto jurídico la crítica económico-social".

Alejandro Gallart Folch[1]

1. LA PERSONA Y LA OBRA

Alejandro Gallart Folch (Barcelona 1893-Buenos Aires 1972) ha sido, sin duda, en su calidad de jurista eminente, uno de los fundadores del Derecho del Trabajo en España. Aparte de los numerosos estudios que realizara, le corresponde el mérito innegable de haber hecho una sistematización y conceptualización ya clásica del Derecho Social del Trabajo[2] -sin duda la más rigurosa realizada hasta ese momento- y específicamente de una de sus instituciones más importantes y emblemáticas, cual es el convenio colectivo[3], y hacerlo, además, precisamente en una fase de muy

[1] Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Barcelona, Librería Bosch, 1932; 2ª ed., Estudio preliminar, "*La teoría del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*" (pp. XI-CLXIII), a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, p. CLXXI.

[2] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936.

[3] Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Barcelona, Librería Bosch, 1932; 2ª ed., Estudio preliminar, "*La teoría del convenio*

escasa elaboración científica en la doctrina española. Fue profesor en la Universidad de Barcelona (1917-1936), impartiendo docencia como profesor de Derecho Administrativo de la Escuela Social de Barcelona. Intervino en la vida política, siendo Diputado a Cortes por la Liga Catalana (1933) y Consejero de Trabajo del Gobierno de la Generalidad de Cataluña (1935). En una fase "oscura" de su vida –y en gran medida incoherente con su trayectoria anterior– llegó a actuar como asesor de cuestiones sociolaborales del llamado "Bando Nacional" (1936-1940), para después, en la postguerra, emigrar a Argentina (exilio seguramente más "interior" que "exterior"). Ciertamente, al estallar la guerra civil española apoyó al nuevo régimen franquista, fue asesor de la Junta de Burgos y en 1939 trabajo en el Ministerio de Acción Social. Poco después, se exilió a Argentina, donde fue asesor de varias empresas y público varios libros de Derecho del Trabajo, donde obtuvo un reconocimiento internacional como autoridad científica en la materia.

Sus dos obras más influyentes han sido su ya referido Manual *(Derecho Español del Trabajo*) y la monografía sobre *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*. Son, éstas, sus dos obras las más completas, acabadas, decisivas e influyentes, en nuestro país y en Latinoamérica. Su pensamiento originario podría definirse como el propio de un cierto "liberalismo social", impregnado de fuertes convicciones religiosas (destáquese aquí que fue miembro del Grupo de la Democracia Cristiana, y diputado en las segundas Cortes de la República), que le llevaron a un compromiso político e ideológico con la democracia cristiana, desde un subyacente republicanismo social. De manera que su singular "liberalismo social" quedaría impregnado de un fuerte contenido organicista y sobre todo corporativista, como se refleja en varias de sus obras[4].

A pesar de las ajustadas críticas que realiza al liberalismo individualista, entiende que afirmar categóricamente que el liberalismo es la Filosofía de la Burguesía, entendiendo que esta doctrina es una creación del espíritu burgués, su fórmula típica en la Economía y en la Política, es traspasar indebidamente este justo límite[5]. Respecto a la influencia del pensamiento social de la Iglesia es bien significativo que para él las doctrinas social-cristianas constituyen una base fundamental para el necesario reformismo social, y considera que para el nuevo movimiento de ideas en favor de la dicha reforma ha sido preciso que se produjese una crisis, más sentimental que ideológica, en este medio social, y a producirla ha contribuido dos hechos: uno el renacimiento de la concepción cristiana del trabajo y de las relaciones económicas, cuya manifestación más elocuente, en el mundo católico, son las encíclicas *Rerum Novarum* de León XIII y *Quadragesimo Anno* de Pío XI, y otro, el que estas clases dirigentes tuvieran conciencia de la inestabilidad de su posición superior[6].

En este sentido destacó el movimiento de "socialización" que inspiraba al Derecho social del Trabajo, frente al espíritu que informaba a las ramas clásicas de sentido individualista, todavía fuertemente acusado. Al mismo tiempo, consideró que el Derecho del Trabajo se desenvuelve fuera de las clásicas estructuras del Derecho privado. Es de subrayar la importancia que para el proceso de diferenciación del Derecho del Trabajo, como rama jurídica, concedió al surgimiento de fuentes del Derecho específicas de este sector del orden jurídico, y especialmente a la emergencia de una nueva fuente que le es propia y característica, a saber: la "norma colectiva profesional", que presente

colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho" (pp. XI-CLXIII), a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

[4] Así, paradigmáticamente, Gallart Folch, A.: *Derecho Administrativo y Procesal de las corporaciones de trabajo*, Barcelona, Bosch, 1929, y Gallart Folch, A.: «El corporativismo. Un capítulo inconcluso de la historia de las ideas sociales», en *Estudios, en memoria de A. M. Unsain*, Buenos Aires, 1954, pp. 165 y ss., donde observa, por otra parte, que en el periodo republicano se produjo una cierta continuidad de las estructuras corporativistas, con ciertas adaptaciones. Y efectivamente los Jurados Mixtos, creados en virtud de la Ley de 27 de noviembre de 1931, sería, en gran medida, los sucesores de los Comités Paritarios a los cuales sustituyen, sin abolir su finalidad integradora de cooperación entre el capital y el trabajo.

[5] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941.

[6] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936.

distintas formas, y tras de la cual palpita, según Gallart Folch, una nueva actividad productor de Derecho, que por su origen, su naturaleza y su dinamismo es completamente distinta y radicalmente inasimilable a las fuentes clásicas que imperan en el Derecho civil. El surgimiento de esa nueva fuente del Derecho entronca con el "espíritu colectivo", que preside en gran medida la tarea legislativa que no puede continuar preocupándose solamente del hombre individualmente considerado, sino que tiene que ocuparse también, muy especialmente, del hombre como componente de los grupos humanos constituidos en clases.

Junto a su labor, académica y profesional (fue abogado, profesor y Director de la Escuela Social de Barcelona, y profesor de las Semanas Sociales de España.), participó activamente en la actividad política, y especialmente en cometidos relacionados con la ordenación jurídico-política de las relaciones laborales: Fue, en efecto, vicedelegado regional de Trabajo y Consejo de Trabajo de la Generalidad de Cataluña en las segundas Cortes de la República Española. Antes de la República había formado parte de las Comisiones mixtas del Comercio, creadas en Barcelona y que fueron el antecedente de los Comités Paritarios, los cuales en la República se transformaron en los Jurados Mixtos. Por esa filosofía social presente en su pensamiento criticó acérrimamente la constitución de la sociedad basada fatalmente en un individualismo político-social. Por ello criticará, por inconsistente históricamente, la inhibición del Estado en el proceso de las relaciones económicas y sociales. De hecho nunca existió una "economía natural": "la supuesta espontaneidad económica, lograda por la separación de las esferas económica y política, no existió nunca, como tampoco existió nunca esta proclamada separación". La economía siempre estuvo amparada por un estatuto jurídico complejo que garantizaba coactivamente el respeto a una serie de instituciones de mercado, sin las cuales la economía no podría subsistir"[7].

Cuando en 1941escribía, entre nostalgia y desencanto del mundo un diagnóstico de su tiempo, se vivía en tiempos llenos de angustia, que invitan a todo espíritu reflexivo a una honda meditación sobre el ciclo histórico-político. Precisamente porque se vive en una época crítica, entre dos edades de la Historia, es por lo que se impone, como una estricta obligación de conciencia dar cuenta a nuestros contemporáneos, de cuantas observaciones útiles puedan surgir de estas meditaciones y muchas y muy útiles surgirán de cuantas se hagan con perfecta probidad intelectual, por limitada que sea la capacidad investigadora del desapasionado observador. En el desarrollo histórico la sustitución del "estatuto" por el "contrato" supuso un fracaso. Este proceso es contrarrestado con la legislación social y con las convenciones colectivas, que han tejido un nuevo "estatuto" que es el llamado a regir hoy las relaciones de los productores en todos los países civilizados. La idea y regreso, de "estatuto" a "contrato" y de "contrato" a "estatuto", es prueba de haberse cumplido un ciclo institucional completo. Ahora bien, la sucesión de las grandes etapas históricas muestra que las ideas tiene a veces un prolongado crepúsculo, y las brillantes ideas de la edad contemporánea tenía que tener necesariamente un lento y largo ocaso; el caso de sus propias "utopías"[8]. Y lo es en particular la "gran utopía de la edad contemporánea", la gran utopía de los individuos y grupos en sociedad entregados a su creación de reformadores de la política social, bajo la idea fuerza de la infalibilidad y justicia innata de las decisiones de la mayoría expresadas por medio de sufragio universal[9]. En la época moderna preside la "superstición del número", que parte de la supervaloración de la fuerza política que pueda

[7] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941, p. 145; Gallart Folch, A.: *Los principios fundamentales del Fuero del Trabajo*, con un prólogo de Francisco Sáenz de Tejada, Barón de Benasque, Barcelona, Ed. Bosch, 1939, pp. 53 y ss.

[8] Gallart Folch tiene una visión negativa de la "utopía", hasta tal punto es así que puede afirmar sin más que "el utopismo es un vicio del espíritu humano, como lo es también la injusticia y el error, pero es distinto de la primera y un especie del segundo. El género es el error, una de cuyas especies es la "utopía". Y sus consecuencias, cuando domina, suelen ser nocivas para los regímenes que padecen ese "error social". Cfr. Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941, p.19.

[9] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941; Gallart Folch, A.: *Los principios fundamentales del Fuero del Trabajo*, con un prólogo de Francisco Sáenz de Tejada, Barón de Benasque, Barcelona, Bosch, 1939, pp. 75 y ss.

representar la posesión de un considerable caudal electoral, constituido por una importante "masa pasiva" de votantes, es lo que ha engañado casi siempre a los partidos tanto de derecha como de izquierda. A lo que añade Gallart Folch, en sus reflexiones, que "también estos fanáticos electoralistas se equivocan cuando tratan de valorar las posibilidades de resistencia de las oligarquías minoritarias que detentan el poder. Estos núcleos "políticos" no sienten el aliento de un "ideal", pero como su caída del poder representa su total aniquilamiento político y con él la pérdida de sus medios de vida, aplican a la lucha política todas sus energías y todo su tiempo, y por ello su eficacia es muchas veces mayor a la sus numerosos atacantes que siente sólo tibiamente un incoloro ideal, y que no acometen con arrojo porque les falta, o entusiasmo por la conquista del poder, o verdadero interés en las cuestiones que se debaten"[10]. Para él no debe inducir a error al analizar la utópica superstición del predominio del número, la aparición de ese fenómeno capital, no sólo para la edad contemporánea, sino también para los periodos históricos que le siguen, que es la irrupción de las masas en el escenario de la vida pública y su gravitación poderosísima en todos los sectores de la actividad política[11].

2. PENSAMIENTO SOCIOPOLÍTICO Y JURÍDICO: LA APORTACIÓN DE GALLART FOLCH A LA REFORMA SOCIAL ESPAÑA

> *"La mejor manera de alcanzar la libertad es modificar la estructura de las instituciones sociales a fin de que no haya privilegios que sacrificar. Este alegato en favor de la libertad se basa, al fin de cuentas, en la simple consideración de que el mundo podrá ser mucho más feliz si se niega a construir sus instituciones basándose en la injusticia.[…]. Hemos sostenido que sólo por medio de la razón se puede alcanzar la verdad y que el apartarse del camino de la razón como método de convencer, indica siempre un deseo de proteger la injusticia. Cuando hay respeto por la razón, hay también respeto por la libertad"*
>
> Harold J. Laski[12]

Un problema vinculado a la gran utopía, según piensa el Gallart Folch maduro desencantado, es la disociación existente entre los marcos jurídicos e institucionales y la realidad de los hechos. Significativa, la explicación de una cierta anomalía social "radica en que las Constituciones son, sobre todo, manifestaciones de pura teorización utopista, que tienen un origen y desarrollo independiente de las realidades a que aluden, o que supone intentan encauzar y sistematizar. La historia constitucional, por su utopismo originario, es imposible que se concrete nunca en la vida política auténtica. El que se limita a leer los textos de las Constitucionales, lo tratados de derecho constitucional, las exposiciones magistrales de doctrina política, nada conoce de las actividades políticas reales. Aquella parte formal de la política, es puro escenario, sirve solo de telón de fondo, delante del cual se desarrollan los actos de la comedida o de la tragedia política. Los que actúan en las mismas no creen en la fingida corporeidad de esta ilusión escenográfica, aunque aludan a ella, con la misma seriedad con que los actores de la farsa teatral a la enmarañada selva o al altivo palacio que se yergue, pintado, a sus espaldas. Actores diestros también ellos, tienen cuidado de no apoyarse nunca en las corpulentas encinas o en los pétreos sillares de la escena, pues descubrirían al público que son de "trampa y cartón". La absoluta autonomía de la estructura formal, creada por la Constitución, en relación a la auténtica y real vida política es completa[13]. En su opinión "el final de la primera guerra europea del siglo XX provocó

[10] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941; Gallart Folch, A.: *Los principios fundamentales del Fuero del Trabajo*, con un prólogo de Francisco Sáenz de Tejada, Barón de Benasque, Barcelona, Bosch, 1939, pp. 95-96.

[11] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941, p. 98.

[12] Laski, H.J.: *La libertad en el Estado moderno,* trad. E. Warshaver, edición y estudio preliminar, "Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón" (pp.IX-XCVII), Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, pp. 184-195.

[13] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941, pp. 163-164.

un tardío y ficticio reverdecimiento de las ilusiones rusonianas. Las nuevas Constituciones parecían intentar, de buena fe, otra realización de la "utopía". En los jóvenes Estados creados por los tratados de paz se creyó que sería más fácil esta nueva experiencia y que en ellos tendría más probabilidades de éxito el ensayo. Era todo lo contrario. Se evidenció la agudización de la decadencia de los regímenes de inspiración rusoniana, las terribles crisis que padecen sus instituciones, las fuertes reacciones que por todas partes se dejan sentir y las disimuladas rectificaciones que se intentan y que tan escaso éxito tienen, no son sino síntomas de la caducidad de un "expediente" político ideado para "salvar las apariencia" de un sistema ideológico que ya pasó a la Historia"[14]. La vida política es un fenómeno múltiple, poliforme, complejo y sometido a las realidades de los intereses y del poder. Resulta harto significativa la asunción del realismo político y jurídico por parte del Gallart Folch maduro.

Ello se refleja casi explícitamente en su obra, no exenta de una cierta amargura de la experiencia vivida. Es un autor que desde el liberalismo social defendió la obligación del poder público de intervenir en la vida social y económica, superando la supuesta división de las dos esferas económica y social, por un lado, y por otro, la necesidad de establecer cauces jurídicos para la solución pacífica de los conflictos laborales. Cabe decir que ello se hizo desde una revalorización del papel del Derecho para la solución "al problema más angustioso de los tiempos presentes", que es la "cuestión social". Su labor se hizo, ciertamente, desde una ideología marcadamente armonicista, como lo demuestra su pretensión de realizar una reforma fundamental dirigida nada menos que a lograr la amistosa colaboración de todos los sectores sociales en la obra de la producción y de todos los elementos activos en la obra del Estado[15]. De ahí su defensa inicial, desde posiciones no autoritarias, de las instituciones corporativas y de los organismos paritarios: La integración en el Estado -afirma- de las fuerzas solidarizadas por el común trabajo no podía realizarse, en España, más que al través de una nueva organización *a base paritaria* que llamase a su seno a las representaciones del patronato y del obrerismo. La reglamentación corporativa del trabajo huye de toda denominación pactista, así, de la de contrato colectivo como de la de "ley profesional paccionada". Una y otra son expresiones de momentos de evolución entre el contrato y el acuerdo ya superados en la evolución de nuestra legislación social. Como en muchos liberales de su época caló en Gallart Folch el *pensamiento corporativista*, como ideología pretendidamente superadora de los conflictos sociales disolventes del cuerpo social. Era para él mismo un sueño utópico, pues era consciente de las realidades políticas y sociales presididas por el conflicto que les es inherente. Después comprobaría también el ocaso de su particular "utopía" corporativista, en el marco del clima utópico de su tiempo. Era el fracaso de una ilusión armonicista. Se necesita "despertar del ensueño utópico", de manera que la alucinación en que ha vivido el mundo durante siglo y medio se está disipando. Genera desconsuelo volver del ensueño utópico a la realidad. En el ámbito de las relaciones laborales llega a afirmar que el "espíritu de colaboración inexistente" entre trabajadores y empresarios "ha tratado de substituirse, desde arriba, por una legislación social coercitiva, o desde abajo por imposiciones sindicales perentorias. En uno y otro caso, las clases superiores han tenido que aceptar las limitaciones que se imponían a sus antes ilimitadas facultades". Más allá del desencuentro de clases, resulta insostenible el mantenimiento indefinido de los dogmas paralelos de la ideología imperante, pues no puede sostenerse la coexistencia entre igualdad política y desigualdad económica. Añade: "No queremos, en manera alguna, menospreciar la aportación que a la justicia social representa la obra de la Legislación de Trabajo y de la mediación del Estado en los conflictos sociales. Precisamente son rectificaciones de dos errores característicos de la "utopía" de la edad contemporánea: el desinteresamiento del Estado por las condiciones jurídicas y económicas de la relación patronal-obrera y la separación de la esfera social-económica de la esfera política. Pero, sin pecar de pesimistas, creemos que esta benéfica e indispensable acción estatal, ha entrado en un periodo difícil, en el que no ha de encontrar condiciones favorables para su desenvolvimiento y en el que, en cambio, los obstáculos, que siempre se opusieron

[14] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941, pp. 176-177.

[15] Gallart Folch, A.: *Derecho administrativo y procesal de las corporaciones de trabajo,* Barcelona, Librería Bosch, 1929; Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, Barcelona, Ed.Labor, 1936.

a su marcha, han de hacerse mayores. *La reforma social por concesión pactada o por imposición legal pudo desarrollarse normalmente mientras la creciente prosperidad industrial permitía al capital, sin desprenderse de su substancia, aumentar progresivamente las retribuciones obreras. El considerable aumento del volumen de los beneficios, hizo que tales ventajas obreras, no representaran en la generalidad de los casos disminución de la pare proporcional que en estos beneficios disfrutaba el capital, y en los contados casos en que disminuyó la cuota de participación del capital en los beneficios, la cifra absoluta, o sea la cantidad líquida realmente percibida por el empresario en este concepto, se mantuvo intacta o ascendió sensiblemente.* Pero la crisis económica que empezó hace doce años, destruyó esta feliz realidad y las halagüeñas perspectivas que se abrigaban para el porvenir. La actual guerra europea, y el general empobrecimiento del mundo, no permiten esperar que se restablezcan aquellas favorabilísimas condiciones que acompañaron a la reforma social, en los tiempos de apogeo… El progreso de la legislación social se detendrá o disminuirá su ritmo, sobre todo en los países que iban a la cabeza de la misma y que son precisamente los que más padecerán por el empobrecimiento colectivo acarreado por la guerra en que se encuentran envueltos. *La influencia de los factores económicos en la vida política se intensificará y la discusión de las leyes sociales se hará más agria o se dilatará indefinidamente…*". Entonces se rompe una "gran utopía". Aquí aparecen los estragos del sueño utópico en la "pasada edad contemporánea y este terrible pero interesantísimo período entre dos edades que nos ha tocado vivir, son demasiado patentes y terribles para que no sintamos el deseo ardiente de inmunizar, a la nueva edad que nace, contra contaminaciones de este tipo"[16].

2.1. Perspectiva de conjunto

En España el crecimiento de los seguros sociales había ido evolucionando lentamente, aprovechando también el impulso internacional (Conferencia Internacional del Trabajo de 1925) y la acción extraordinaria del INP. Pronto se planteó la necesidad de racionalización y consolidación, pero también la necesidad de la unificación para estructurarla como un verdadero régimen de previsión social[17]. El proceso de unificación de los seguros sociales había sido defendido desde hacía tiempo por la doctrina más solvente en la materia dentro del INP (Álvaro López Nuñez[18]; José Maluquer y Salvador[19], el "Padre" de la Seguridad Social en España; y el discípulo y sustituto de éste cuando sufrió una grave enfermedad, Inocencio Jiménez, Consejero Delegado del INP, junto con Jordana de Pozas y otros miembros de la élite del INP). Esa necesidad de una racionalización unificadora

[16] Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941, pp. 179 y ss. Del estado de perplejidad de Gallart Folch es reflejo el apoyo en autores tan discrepantes como H.J. Laski (un pensador brillante que transitó del liberalismo social al socialismo democrático) y Ludwig V. Mises (gran economista partidario firme del neoliberalismo económico). Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J.Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; *Ibid.,* "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *11*(1), (2021) pp. 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426. De mismo Harold J. Laski: Laski, H.J.: *A Grammar of Politics* (1925), London, Allen and Unwin. Trad.esp., T. González García, *La Gramática de la Política. El Estado moderno*, revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía política de Harold J. Laski (pp. XV-CXVIII)", a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002; LASKI, H.J.: *Democracy in Crisis* (1933), Chapel Hill, University of North Carolina Press, trad.esp., *La democracia en crisis,* trad.V.Herrero Ayllón, Madrid, Edersa, 1934. Asimismo, Mises, L.Von.: *Liberalismo,* trad. J. Reig Albiol, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1994. Véase Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold j. Laski,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

[17] Un estudio histórico completo puede encontrarse en Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007.

[18] Monereo Pérez, J.L.: "Catolicismo social y previsión social: Álvaro López Nuñez", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 152 (2011), pp. 907-944; Monereo Pérez, J.: "Álvaro López Nuñez" (1865-1936)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 3 (2015), pp. 253-280.

[19] Monereo Pérez, J.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Muluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007.

quedaría realzada a medida que se iban expandiendo los seguros sociales[20]. Esa unificación de los Seguros Sociales en la dirección de crear un sistema de seguridad social vendría inicialmente de la mano de la Ley de Bases de 1963 hasta llegar a la Constitución Española de 1978, tras sucesivos textos refundidos de la legislación de la Seguridad Social (1966, 1974, 1994, 2015). Este proceso, es obvio, no alcanzó a ser analizado por Gallart Folch.

Alejandro Gallart y Folch dominaba todos los núcleos temáticos –toda la literatura del Derecho Social y dentro de un enfoque interdisciplinar– propios de la disciplina del Derecho Social. En una de sus grandes obras realizaría una excelente exposición de síntesis sobre previsión social como factor de solución del problema social y el desarrollo de la legislación española sobre protección y previsión social. Para él tanto el Derecho del Trabajo como el Derecho de la Previsión Social encontraban los mismos factores del desenvolvimiento de la legislación social. En tal sentido los factores activos del desarrollo de una legislación especialmente dirigida a regular la relación de trabajo y la suerte de la clase trabajadora han sido y son todavía: la acción sindical obrera, la acción política obrera, el movimiento de ideas favorable a la intervención legislativa, la colaboración de las clases superiores, la imitación extranjera y el estímulo internacional[21].

La acción sindical de los trabajadores es uno de los factores del desarrollo de esta rama jurídica, que pronto alcanzaría a ser considera como un Derecho especial dentro del ordenamiento jurídico general. El hecho sindical con su enorme potencia y con sus manifestaciones externas más persuasivas, la huelga y otros mecanismos de presión colectiva, no podía permanecer ignorado por el Poder Público, que trató de ahogarlo en sus inicios, pero se vio obligado luego, a darle cauces legales: he aquí la primera actividad legislativa provocada por la actividad sindical. Pero la clase trabajadora, al luchar por sus propios intereses y derechos, no podría resignarse a usar sólo del arma sindical, sino que había de usar del *arma de la acción política que, en materia de reforma legal, había de tener efectos decisivos*. El advenimiento de las democracias y con ellos el predominio del "número" había de modificar sustancialmente las tendencias dominantes en los organismos legislativos. Esta influencia del factor obrero, en la vida política no fue inmediata, en primer lugar por el ritmo de estos fenómenos es siempre lento, y en segundo lugar porque al tiempo el factor trabajador pesó decisivamente en la política general de todos los países, donde influyeron los programas de los partidos y las reivindicaciones de los sindicatos[22].

Otro factor determinante del desarrollo de la legislación social es la fuerte corriente ideológica que en favor de la mejor de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores se produce en toda Europa desde mediados del siglo XIX, corriente que se orienta en forma de aspiración a una legislación protectora de las clases trabajadoras. Concurren diversas ideología (doctrina social-cristiana, doctrinas socialistas, republicanismo social, el liberalismo social, el solidarismo, el objetivismo, el institucionalismo, y otras novísimas escuelas, etcétera), que espolean la actividad legislativa en materia de trabajo y protección social. Esas ideologías crearon un ambiente favorable para el desarrollo de la legislación social. Por una u otra razón ofensiva o defensiva, este movimiento de ideas por su generalidad fue decisivo para colaborar en la obra de la reforma social, entre las élites

[20] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Ed. Comares, 2007, espec.,pp. 175 y ss.; Monereo Pérez, J.: "Álvaro López Nuñez (1865-1936)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 3 (2015), pp. 253-280; Monereo Pérez, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), pp. 267-301; Monereo Pérez, J.L.: "Luis Jordana de Pozas (1890-1983): La construcción y consolidación del Sistema de Previsión Social en España", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 7 (2016), pp. 229-247.

[21] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp.29 y ss.

[22] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 20-22.

de las distintas clases sociales. Este movimiento de ideas y su proyección institucional y legislativa se expande igualmente en el ámbito internacional. Al final de la segundad guerra mundial se da carta de naturaleza a un Tratado de Versalles, en su Parte XIII, se crea la OIT y se establece una Declaración de Derechos. La OIT constituye un ejemplo, único en la vida internacional, de estímulo y coordinación sistemática de la actividad legislativa de los diferentes Estados, en una rama del Derecho positivo. En el marco de la OIT se crea un Derecho social internacional uniforme que sirve de referente para las leyes de los Estados que ratifican las convenciones de trabajo. Subraya el papel del Instituto de Reformas Sociales y la labor realizada por su Presidente Gumersindo de Azcárate. Al tiempo van surgiendo leyes sociales se aprueba una Codificación parcial de lo existente: el Decreto-ley de 23 de agosto de 1926, aprueba el Código del Trabajo. En este instrumento legislativo se regula el contrato de trabajo. Este contrato es objeto, más tarde, de una Ley especial, la Ley especial, de 21 de noviembre de 1931, la ley social más importante, hasta ahora –afirmaría Gallart Folch–, del régimen republicano. También dentro del primer año de la República se legisla sobre sindicación, dictándose la Ley de Asociaciones profesionales de 8 de abril de 1932. Por último, el tercer periodo de la historia del Derecho español queda también caracterizado, en orden a la organización administrativa social, por la creación, coincidiendo con su punto de partida, de un departamento ministerial consagrado a esta materia. En efecto, por RD de 5 de mayo de 1920 se crea el Ministerio de Trabajo, que es objeto de diferentes reorganizaciones durante todo este periodo , que es asociado temporalmente a Comercio e Industria, después a Sanidad y después a Justicia, pero manteniendo siempre los servicios de Trabajo su organización, administrativamente independiente. EL Instituto de Reformas Sociales, de tan meritoria actuación, es disuelto por Decreto de 2 de junio de 1924, pasando todas sus atribuciones ejecutivas al Ministerio y la función consultiva al Consejo de Trabajo, que conserva sus servicios técnicos propios. La autonomía concedida a Cataluña por el Estatuto de 15 de septiembre de 1931, determina también el nacimiento de un organismo administrativo de Trabajo, con sus órganos asesores y técnicos correspondientes[23].

El desarrollo es expansivo tanto en la regulación del contrato de trabajo como de las relaciones colectivas/sindicales[24]. Para Gallart Folch el sindicalismo es un "hecho social", que luego es reconocido por el Derecho. Cuando el hecho sindical ha entrado en el campo del Derecho positivo, que lo reconoce, regula y encauza. A la cabeza de los textos españoles sobre Derecho sindical figura el art. 39 de la Constitución de la República que establece: "Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado. Los Sindicatos y Asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente con arreglo a esta ley"[25]. Uno de los cometidos principales de tales asociaciones es la celebración de pactos o convenciones colectivas de trabajo, que son normas colectivas de trabajo, es decir, fuentes de derecho objetivo que sobrepasan los esquemas de la contratación propia del derecho privado. Para él la explicación teórica satisfactoria de las convenciones colectivas de trabajo no podía encontrarse dentro de los límites rígidos de la concepción civilista de la relación de trabajo. Entiende que "la convención o pacto colectivo de condiciones de trabajo que es de naturaleza distinta del contrato y de la ley extendida estrictamente, tiene puntos de semejanza con el primero por su gestación y con la segunda por su carácter normativo genérico". Es así que se ha podido decir, muy acertadamente, que tiene el cuerpo de contrato y el alma de ley (Francesco Carnelutti). La convención o pacto colectivo de condiciones de trabajo es la norma disciplinar espontánea de las relaciones entre los trabajadores y patronos de una rama y zona de la actividad productora1, norma que se concreta en el acuerdo de la

[23] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp.22-42.

[24] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, sobre la regulación del contrato de trabajo, pp. 43 y ss., y respecto a las relaciones colectivas sindicales pp. 117 y ss.

[25] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 117 y ss.

asociaciones profesionales respectivas, que tiene un carácter innegablemente jurídico y que, por tanto, debe ser reconocido por el Derecho positivo estatal y articulado en el sistema de fuentes de Derecho de cada país. Es, por lo tanto, un acuerdo bilateral convenio entre las representaciones colectivas del capital y de la mano de obra de cada comunidad productora para regular, dentro de la misma, las condiciones de trabajo y otras cuestiones aferentes, y constituye un caso de la figura jurídica especial llamada "unión convencional normativa. La Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1932, aborda la definición de los pactos colectivos en su art. 12. Todo ello bajo el impulso de Largo Caballero. La Ley española de Contrato de Trabajo declara simplemente en su art. 12 que a las normas de los pactos colectivos "han de acomodarse los contratos de trabajo que celebren, sean éstos individuales y colectivos, los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión"[26].

Completando los instrumentos de acción colectiva, estudió la huelga y el lock-out como hechos sociales, primero, y después como instituciones jurídicas. Con gran lucidez y anticipación, define la huelga como la suspensión colectiva y concertada de trabajo realizada por iniciativa de los trabajadores, en una o varias empresas, oficios o ramas de trabajo con el fin de conseguir objetivos de orden profesional, político, o bien manifestarse en protesta contra determinadas actuaciones empresariales, gubernamentales u otras[27]. La huelga aun cuando tiene antecedentes históricos más antiguos, no se presenta como hecho social característico y general hasta el siglo XIX, de manera que resulta un fenómeno esencialmente moderno y data del régimen de libertad de mundo contemporáneo.

Dicho esto, Gallart Folch muestra en ese periodo sus reservas respecto de la huelga como derecho, lo que, según él, "constituye una verdadera paradoja jurídica". Es más: "La huelga es innegablemente, en el orden económico, un hecho anormal que no sólo perturba el libre juego de las leyes económicas, sino que causa un daño considerable a la economía general tanto patronal como obrero, de la rama de producción en que aparece. La huelga no puede realizarse sin que la acompañen, por lo menos, violencias de carácter moral, y casi siempre también, violencias de carácter físico" (sic). Considera que "no se puede hablar, en el Derecho interno, de derecho de huelga sino con la relatividad que, en Derecho internacional, se habla de derecho de la guerra. El paralelismo entre ambas situaciones es bien acusado" (sic). Ciertamente, los Estados democrático-liberales reconocen el llamado derecho de huelga, "pero se marca, en varios de ellos, la tendencia a limitar gradualmente el campo del mismo, empezando por declarar fuera de él las huelgas generales y aun aquellas que, no siéndolo, tengan una finalidad no profesional sino política". En el Derecho español la Ley de Huelgas de 27 de abril de 1909 (cuyos antecedentes son los proyectos de 1902, 1903, 1906 y 1908 y que lleva el refrendo ministerial de Juan de la Cierva, declara en su primer artículo que "tanto los patronos como los obreros pueden coligarse, declararse en huelga y acordar el paro para los efectos de sus respectivos intereses sin perjuicio de los derechos que dimanen de los contratos que hayan celebrado". Esto convertía a la huelga y al lock-out en una facultad que podía ejercerse al amparo de la Ley, siempre que tuviera motivos profesionales, o sea que era consagrada como un derecho, y tal consagración, se completaba en el art. 11, derogando de manera explícita el art. 556 del Código penal. Este *estatuto jurídico de la huelga como derecho* ha sido modificado y completado, si bien en aspectos de detalle, por la legislación posterior, en especial por la legislación sobre Comités paritarios y Jurados Mixtos. En le legislación social del trabajo de la Segunda República se reafirma la "huelga como derecho", no como simple libertad civil. En la legislación republicana, la Ley de Jurados Mixtos (texto refundido de 29 de agosto de 1935) es la que reguló en España la conciliación y el arbitraje en las huelgas y lock-outs, dedicando a ello su capítulo X ("Del procedimiento especial en los conflictos

[26] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 142 y ss.

[27] Por su parte, entiende Gallart Folch que el lock-out es un fenómeno social análogo caracterizado también por la suspensión colectiva y concertada del trabajo, pero de iniciativa patronal y cuyos objetivos son, casi siempre, de orden profesional o económico.

de trabajo"). Así, en nuestro país, se estableció en materia de conflictos de trabajo la conciliación obligatoria y el arbitraje voluntario[28].

En una época posterior –con la restauración de la democracia constitucional y su garantía a través de la aprobación de la Constitución Española de 1978–, se evidencia que el derecho a la huelga "sociopolítica" parece difícil que pueda resolverse negativamente teniendo en cuenta la función del sindicato como "actor político" en el sistema constitucional (paradigmáticamente, artículos 7 y 131 de la Constitución Española). Se tendrá que aceptar –como dijera Alejandro Gallart Folch[29]– que ciertos conflictos sociales adquieren proyecciones extralaborales que no pueden ser ignoradas por quienes intenten dar una explicación integral y un tratamiento jurídico adecuado a ese importantísimo fenómeno contemporáneo que es el sindicalismo y sus medios de acción. Por otra parte, la inherencia de la actividad política al fenómeno sindical es un hecho histórico innegable (reivindicación de los derechos políticos de sufragio, y de la misma garantía de los derechos de libertad sindical y de huelga, la demanda de regulación política estatal de los derechos genéricos y sociales de los trabajadores, los fenómenos de respuesta a intervenciones de los poderes públicos considerados contrarios a los intereses de las clases trabajadoras, etcétera)[30].

Conviene, por último, retener que la problemática de la huelga política depende de la función atribuida al sindicato en el sistema político, porque si se trata de un sindicalismo profesional (sindicalismo económico) que desatiende la actividad política y sin pretensiones de cambio social no tiene sentido disponer del arma de la huelga política como medida de presión frente a los poderes públicos. No es este el caso de nuestro sistema democrático de relaciones laborales, toda vez que en el texto constitucional la huelga está llamada a ocupar un papel privilegiado en orden a la realización de los principios de la democracia y de la igualdad sustancial. De este modo la huelga queda vinculada a la participación de los trabajadores en la organización social, económica y política del país[31].

[28] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 223 y ss.

[29] Cfr. Gallart Folch, A.: "Proyecciones extra-laborales en los conflictos colectivos de trabajo", en VV.AA.: *Contratti collettivi e controversie collettive di lavoro. Studi in memoria di Lodovico Barassi*, Padova, Cedam, 1965, pp. 213 y ss.

[30] En verdad, tras la negativa a ver una realidad tan evidente como esta se oculta una operación de política del Derecho bien definida: el científico social puede comprobar que la sustracción de la esfera de "lo político" del ámbito posible de la acción huelguística se inscribe en el intento de limitar las señas del fenómeno sindical. En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (A propósito de la STC 36/1993, de 8 de febrero", en VV.AA.: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán,* Presentación por J. M. Galiana Moreno y A.V. Sempere Navarro, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1994, pp. 221-240; Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.; *El derecho de huelga. Configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2019, pp. 261 y ss.
En realidad, los límites entre "lo político" y "lo económico" se van haciendo cada vez más difusos, y ello implica que el profesionalismo "puro" de las organizaciones sindicales no pasa de ser una "ilusión", ante la multiplicidad de las aspiraciones y facetas del sindicalismo ante la realidad de que los intereses de clase son ampliamente condicionados por elecciones de política económico-social general. Pero hay más: la legitimidad política y el hecho real de la huelga de imposición económico-política están vinculadas con la conocida tendencia hacia la implantación de modelos de regulación triangular, los llamados modelos neocorporativos democráticos de formación de las decisiones públicas. Cfr. Treu, T.: "L'attività politica del sindicato", en *Politica del Diritto*, núm. 2, 1975, pp. 177 y ss. En este sentido, Durán López, F.: "Derecho de huelga, sociedad civil y sociedad política", en Rivero Lamas (coord.) *et al*: *El derecho del trabajo ante el cambio social y político*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1977, p. 135; Durán López, F.: *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases,* Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pp. 109 y ss. Una reflexión comparada sobre la huelga política en Ramírez Martínez, J. M.: "La huelga política", en VV.AA.: *La huelga en España*, cuaderno núm. 2 del Instituto de Estudios Laborales, Madrid, 1975, pp. 41 y ss. Vid., en este orden de ideas, Pera, G.: "Il diritto di sciopero", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 3, 1986, p. 459.

[31] Se podría traer a colación a nuestro propósito las afirmaciones de la Corte Constitucional Italiana de 27 de diciembre de 1974, n. 290. El Tribunal realza que "*admitir que la huelga pueda tener la finalidad de exigir la realización de determinados actos políticos no significa en absoluto influir en las competencias constitucionales, haciendo partícipes de ellas a los sindicatos, ni significa tampoco otorgar a los trabajadores una posición privilegiada con respecto a los otros ciudadanos. Significa sólo resaltar lo que ya se desprende de la Constitución: que la huelga es*

2.2. La Previsión Social como derecho humano y como derecho social prestacional

A). La protección frente a los accidentes de trabajo, adquiere una doble dimensión en el derecho social del trabajo: en su dimensión preventiva y en su dimensión reparadora de aseguramiento social. Con pleno fundamento político social y jurídico, el derecho del trabajador a ser indemnizado por su patrono de las lesiones que sufra con ocasión o como consecuencia del trabajo que realiza es reconocido por las legislaciones de los Estados más avanzados. Pero dicho reconocimiento es relativamente reciente, pues no aparece de una manera categórica en el Derecho positivo hasta finales de la pasada centuria y primeros años de la presente (siglo veinte). La injusticia social que representaba dejar desvalida a la persona inutilizada en el trabajo había sido objeto de cobertura por otros cauces insatisfactorios[32]. La legislación moderna española en la materia tiene su centro de gravedad en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1990, con el impulso de Eduardo Dato. Con fecha de 28 de julio de 1900 se aprueba su Reglamento, completándose ambas disposiciones legales con los RR. OO de 2 de agosto de 1900 y 6 de noviembre de 1902 sobre mecanismos preventivos, con el RD de 8 de julio 1903 sobre determinación de incapacidades. Ese conjunto de medidas legislativas tenía una orientación social muy progresiva que fue todavía acentuada por obra de la jurisprudencia, consolidándose el nuevo avance con la promulgación de la Ley de 10 de enero de 1922, la cual vino a sustituir a la primera Ley española de Accidentes de Trabajo. Esta Ley, de singular importancia, incluyó definitivamente la imprudencia profesional (definida como "la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que éste inspira") entre los riesgos a que alcanzaba la responsabilidad empresarial, porque, como señalara el Ministro de Trabajo ante las Cortes, "el acto imprudente del obrero le lleva siempre a producir una energía y por tanto, a dar un mayor rendimiento a su actividad, y es natural, que si por dar ese mayor rendimiento vive en un ambiente, en una situación de imprudencia, aquella imprudencia no sirva para beneficiar al patrono, sino que sirva para amparar al obrero, ya que de ella se beneficia el patrono" (Diario de Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados, número 108).

Con la promulgación del Código de Trabajo, se operó una codificación parcial del "Derecho social" español, por otra parte, se trataba más de una recopilación legislativa que de una verdadera "codificación" en sentido técnico-jurídico. La Ley y el Reglamento de Accidentes de Trabajo y otras disposiciones entonces vigentes se vertieron en el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926 formando su libro III. El título I fue dedicado a las disposiciones fundamentales; el segundo, que es muy extenso, a las disposiciones reglamentarias; el tercero a las especiales del ramo de Guerra; y el cuarto a las

un medio que, valorado necesariamente en el marco de todos los instrumentos de presión utilizados por los diversos grupos sociales, resulta apto para favorecer la consecución de los fines a que se refiere el párrafo 2º del artículo 3 de la Constitución" [cfr. art. 9.2 CE]. Trasládese este razonamiento para la justificación de las huelgas sociopolíticas admitidas para la defensa de los intereses que le son propios a las clases trabajadores en el orden democrático instituido, quedando sólo excluidas las huelgas revolucionarias y aquellas que tuvieran por objeto obstaculizar el libre desarrollo de la actividad parlamentaria.

[32] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 277-281. En otra ocasión, distanciada en el tiempo, observa que la verdadera justicia es tratar desigualmente a los seres desiguales, y este aforismo lo ha llevado a la práctica la legislación actual de trabajo que trata de componer, con la superioridad jurídica que se atribuye al trabajador, la inferioridad económica en que se halla en relación al capitalista. En cambio, y para destacar la ineficacia de una organización basada en la libertad, para el logro de una mejor justicia social, podríamos citar la aguda frase de un escritor norteamericano sobre la constitución social de su país: "entre nosotros existen todas las desigualdades, menos las desigualdades de los títulos nobiliarios". Cfr. Gallart Folch, A.: *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1941, pp. 108-109. También hace suyas las reflexiones de Harold J. Laski, *La crisis de la democracia,* trad.V. Herrero Ayllón, Madrid, Edersa, 1934, p. 187, que se refiere a las fuerzas de poder real que condicionan la libertad y la dinámica de funcionamiento de la democracia constitucional. Véase, Laski, H.J.: *Democracy in Crisis* (1933), Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1933. Trad.esp., *La democracia en crisis*, trad.V. Herrero Ayllón, Madrid, Edersa, 1934. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.; "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, (2021), pp. 11(1), 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426

especiales referentes a Marina. Críticamente, expresa Gallart Folch, que es el relativo a accidentes de trabajo el libro más defectuoso del Código de Trabajo. Es lo cierto que una labor codificadora no consiste simplemente en compilar en una solo volumen o texto legislativo lo que aparece en varios. El mérito de todo trabajo de codificación consiste, precisamente, en la sistematización orgánica de los materiales legislativos anteriores que se refunden en una nueva redacción más ordenada y perfecta, a la vez que se completan las lagunas y se corrigen los defectos. En los dos primeros títulos del libro II del Código de Trabajo español se encontraban, casi intactos, los materiales aportados, y por tanto, este Código se caracterizaba por el desorden y por las repeticiones, es decir, por la *carencia total de sistema*.

Durante la Segunda República se mejoría esta regulación al amparo de la legislación internacional. En efecto, el factor internacional incidió en esta materia, como estimulador de la legislación social española. En la III Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en junio de 1921, se aprobó el Convenio sobre reparación de accidentes en la agricultura, que España ratificó en 1 de octubre de 1931, en virtud de la autorización concedida por Decreto de 9 de mayo del mismo año, convertida en Ley de 9 de septiembre. Para adaptar la legislación española al Convenio que iba a ratificarse, por Decreto de junio se promulgaron las Bases para la aplicación a la Agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo y por Decreto de 25 de agosto se publicó el correspondiente reglamento. No fue ésta la única iniciativa surgida a impulso internacional e insertada en nuestro ordenamiento jurídico durante la Segunda República, pues otra iniciativa internacional, el Convenio sobre reparación de accidentes de trabajo, aprobado en la IX Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Ginebra en 19 de mayo de 1925, en virtud de la autorización concedida por RD de 24 de mayo de 1928, obligó a revisar la legislación española sobre accidentes de trabajo en la industria y en el comercio, para establecer *indemnizaciones en forma de rentas o pensiones* en los casos de incapacidad permanente, reforma que se realizó por la Ley de Bases de 4 de julio de 1932, modificada en 13 de agosto del mismo año, publicándose el texto refundido de la legislación sobre Accidentes de Trabajo, por Decreto de 8 de octubre de 1932, texto que vino a sustituir a los títulos correspondientes del libro III del Código de Trabajo. El Reglamento de esta Ley fue publicado por Decreto de 31 de enero de 1933, adicionado y enmendado, posteriormente, por los Decretos de 30 de abril, 20 de junio y 13 de diciembre de 1934 y 17 de enero, 29 de marzo, 24 de junio, y 10 y 26 de julio de 1935. Es de destacar que estas normas legales, que sería los vigentes en la República, *establecieron además, como novedad, la obligatoriedad del seguro para cubrir el riesgo de muerte y de incapacidades permanentes*. Igualmente, en la sesión de la Conferencia Internacional de Trabajo de 1925 se aprobó una convención sobre reparación de enfermedades profesionales que España ratificó en 8 de abril de 1932.

Con todo, la legislación de accidentes de trabajo fue perfeccionada aunque manteniendo un núcleo esencial de origen, a saber: la definición legal de accidente de trabajo indemnizable, que surge de la combinación de los artículos 1º y 6º de los correspondientes Ley y Reglamento, a saber: se entiende "por accidente de trabajo toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena" siempre que "sea debida" a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente"[33].

Un elemento a retener –que es valorado positivamente por Gallart Folch–, aparte de las demás responsabilidades que incumben a los empresarios, realza que al concretarse la responsabilidad patronal por accidente de trabajo, queda en la legislación española "una sola supervivencia de la teoría de la culpa, en que anteriormente se fundamentó el derecho del obrero a ser indemnizado, y es la sanción que el art. 32 de la Ley de Accidentes de Trabajo impone, muy justamente, a los

[33] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 281 y ss., en particular p. 284. Gallart Folch realiza un examen caracterizador minucioso y riguroso de los caracteres tipológicos del accidente de trabajo, sobre lo que aquí no se puede entrar (*Ibid.,* pp. 284 y ss.). Para ello hace referencia a la mejor doctrina de la época.

patronos que no tengan instalados en sus máquinas y artefactos los aparatos de precaución declarados reglamentarios, sanción consistente en un recargo del 50 por ciento en las indemnizaciones que tengan que pagar los accidentes ocurridos en sus talleres. Claro está que para aplicar esta penalidad es preciso que conste, de manera fehaciente, cuál es el aparato que falta y la disposición que lo exige (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1933)"[34].

De la tutela preventiva y precautoria se pasa a la tutela reparadora de los siniestros o riesgos actualizados, de los accidentes de trabajo. Así, cuando el accidente de trabajo puede dar lugar a cuatro tipos diferentes de incapacidad, que de menor a mayor son los siguientes: incapacidad temporal, incapacidad permanente y parcial para la profesión habitual, e incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo. La legislación española, Ley y Reglamento, definen estas situaciones protegidas y sus requisitos[35]. También se establece un sistema de garantías y aseguramiento de los derechos del trabajador víctima de un accidente. Al sustituirse las indemnizaciones a cantidad alzado, por pensiones, la situación exigía un reforzamiento de las tutelas: el primer remedio de carácter general fue la creación por la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 del llamado Fondo de garantía, formado por diversas aportaciones y que respondía subsidiariamente de las indemnizaciones por incapacidad temporal absoluta o por muerte cuando el patrono responsable fuese insolvente. Este aseguramiento era muy limitado e imperfecto. El verdadero remedio era el establecer el *seguro obligatorio* de accidentes de trabajo; pero este seguro, que había sido establecido para los accidentes de mar por RD de 15 de octubre de 1919, no halló consagración genérica en la República hasta los Decretos de 12 de junio y 25 de agosto de 1931, que lo imponen para los trabajadores agrícolas y hasta la Ley vigente (cuyas bases son de 4 de julio de 1932 y cuyo texto refundido es de 8 de octubre del mismo año) que lo extiende a todas las demás ramas de la actividad productora (el Reglamento de esta Ley es de 31 de enero de 1933, habiendo sido una de sus disposiciones transitorias derogada por Decreto de 26 de julio de 1935). Tales riesgos puede cubrirlos el patrono, bien contratando directamente con la Caja Nacional de Seguro contra Accidentes del Trabajo, dependiente del Instituto Nacional de Previsión, bien mediante inscripción en una mutualidad patronal de accidentes de trabajo debidamente autorizada, bien mediante seguro contratado con una Sociedad de Seguro, legalmente constituida. No obstante el seguro, el trabajador y sus derechohabientes podrán ejercitar sus acciones directamente con el patrono, si así les conviniere; pero cuando dirijan la demanda contra la entidad aseguradora, deberán dirigirla, además, contra el empresario. El Fondo de garantía, después del establecimiento del seguro obligatorio ha pasado a ser una garantía subsidiaria de segundo grado, en el lugar del cual se sustituye la entidad aseguradora en el caso de que el riesgo esté asegurado, y a falta de uno y otra, actúa como garantía este Fondo especial que cubre los casos de muerte e incapacidad permanentes[36].

Esta protección legal de los trabajadores se opera tanto con vinculación directa al trabajo como "fuera" del trabajo a través también de la previsión social. Gallart Folch destaca que la previsión social es un factor relevante para la solución del problema social. Se trata de una de las vertientes más importantes de la justicia social. Para él toda política social bien orientada debe ir dirigida a disminuir, y si fuera posible a hacer desaparecer, la inseguridad e intranquilidad en el espíritu de la masa trabajadora, pues el Estado que practique tal política no sólo cumplirá un estricto deber de justicia social dando a la mano de obra lógica satisfacción material y moral a que tiene derecho, sino que también se fortalecerá interiormente evitando que prosperen, con el malestar de importantes sectores, los gérmenes de disolución social que pondrían en peligro su propia existencia. La envergadura del problema de la previsión social que aquí planteamos, que no ser resuelto sino con la intervención del Estado. La previsión social reviste tres formas: el ahorro, las mutualidades y los seguros sociales.

[34] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 298.

[35] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 298-313.

[36] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 313-315.

En cuanto a los seguros sociales la acción del Estado tiene que ser la preponderante, sin perjuicio de respetar, como mejora y complemento del régimen obligatorio, todas las iniciativas espontáneas. Señala, con Carlos González Posada, que el seguro social es la institución del Derecho Social del Trabajo que tiene por objeto proteger a los trabajadores, en los casos de pérdida o disminución de sus ingresos o de aumento de sus necesidades, mediante el reconocimiento de un derecho o ciertos beneficios cuya efectividad el Estado garantiza. El seguro social, en general, se ha manifestado bastante tardíamente en la historia de la reforma social realizada por vía legal. En primer lugar porque al planteamiento de los problemas de la previsión social ha precedido dentro del Derecho del Trabajo, el de otros más directamente relacionados con la regulación de las condiciones de trabajo y el régimen de actividades del trabajador dentro del taller, y en segundo lugar porque la iniciativa privada, en las dos formas de previsión, la mutualista o de socorros mutuos y la de los seguros privados mercantiles, trató de satisfacer, con mayor o menor éxito, estas necesidades, cuidando la caridad pública y privada, con este nombre o con el de asistencia social, de salvar el margen de casos de carencia de recursos no cubiertos por las dos citadas formas de previsión activa. Históricamente se ha transitado lentamente del sistema de libertad subsidiada al sistema de seguro obligatorio. El seguro social obligatorio es el predominante. Los riesgos a cubrir por los seguros sociales son genéricamente enumerados, los siguientes; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para forzoso, enfermedad, maternidad, invalidez prematura, vejez, muerte prematura y familia numerosa. Todos menos el último, son sucesos acaecidos en la familia trabajadora, que la privan temporal o definitivamente de su suporte económico. Todos, menos la maternidad y la familia numerosa, sucesos desgraciados. Se ha discutido la calificación de "riesgo" aplicada a la vejez por no tener el carácter de hecho imprevisible; pero tanto ella como la maternidad y la familia numerosa a las que tampoco cuadra el nombre de "riesgo", representan una eventualidad que afecta al presupuesto de la familia obrera y, por tanto, justo es que se acuda a compensarlo en un sistema de previsión que aspira a dar base económica suficiente al hogar obrero. La extensión en cuanto a las personas del seguro social es difícil de determinar en una forma apriorística. Baste decir que es propio de los trabajadores, y aun cuando este calificativo es de suyo tan amplio que, en sentido lato, comprende a la mayor parte de los habitantes de un país, su límite viene marcado claramente por la misma base ética de esta institución. El seguro social obligatorio se justifica en la necesidad de asegurar ciertas eventualidades, que un determinado sector social productor, por su debilidad económica y por su falta de educación social, no puede prever por los medios voluntarios: ahorro, mutualidad, seguro libre. Es, así, el correctivo necesario a la imprevisión inherente a tales sectores sociales y el complemento lógico del salario que insuficiente para el aseguramiento de los anteriormente citados riesgos, no merece el calificativo de "salario justo" (noción muy utilizada por la doctrina social de la Iglesia), si por otro medio, los seguros sociales, no se cubren estas contingencias. Por tanto, siempre que la retribución del trabajo sea suficientemente elevada para ofrecer margen, al que la disfruta, de formar, por el sistema que sea, las reservas económica necesarias, para las épocas de cesación temporal o definitiva del trabajo o para cubrir las necesidades extraordinarias de su hogar, huelga el seguro social porque, además de ser económicamente innecesario, se debe suponer que lo es también moralmente, pues el que perciba estos emolumentos figurará en una de las capas sociales en que por la ilustración dominante y aun por la tradición existente, es fuerte la tendencia al ahorro y al socorro mutuo, o a la capitalización y al seguro mercantil, según se trate de clase medida o de burguesía.[37]. He aquí que Gallart Folch continuaba siendo proclive al carácter subsidiario del seguro social, público y obligatorio, atendiendo a los niveles de renta del trabajador y la necesidad de liberar espacios de aseguramiento a los seguros mercantiles "libres"[38].

[37] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 347 y ss.

[38] Lo expresa nítidamente cuando señala que "ciertamente que es siempre difícil traducir este límite en cifras concretas de salario; pero tal discriminación es imprescindible, para que las cargas de previsión social sean soportables para las finanzas de los Estados y para que puedan subsistir actividades mercantiles perfectamente legítimas como son los seguros libres, y que, además, cumplen una labor social y moral digna de encomio". Cfr. Gallart Folch, A.:

Alejandro Gallart Folch constata también la tendencia a la expansión subjetiva; tendencia que se aprecia significativamente respecto a la atenuación de la condición de nacionalidad. Así puede afirmar, de nuevo con Carlos González Posada, que la nacionalidad se tiene cada vez menos en cuenta para la atribución subjetiva del derecho al seguro social dentro de un país. Algunos países los equiparan absolutamente a los nacionales; otros los someten al criterio de reciprocidad[39].

En relación a la organización financiera de los seguros sociales cree que deben tenerse muy en cuenta los cuatro principios siguientes que señala la OIT: autonomía financiera de la Caja o Cajas que practiquen el seguro; obligatoriedad del régimen de seguros sociales; garantía absoluta para las obligaciones que se contraen; y necesidad de tener en cuenta los factores psicológicos que atraigan hacia la organización del seguro la simpatía de la mayoría de los beneficiarios. Por otra parte, respecto al funcionamiento técnico del aseguramiento, dos criterios se debaten: el de reparto y el de la capitalización; pero, estima, que en una buena organización de la previsión social pueden ser aprovechados ambos[40].

Por último, otra tendencia que constata Gallart Folch es la relativa a la unificación de los seguros sociales, siendo necesario garantizar una mayor unidad y racionalización del sistema de aseguramiento social. Él apuesta por implantar un criterio ecléctico, que le parece más razonable, consistente en el establecer la independencia en lo actuarial y unidad en la administración del conjunto de los seguros o por lo menos coordinación de servicios[41].

En la organización de los seguros sociales en España el papel central lo ocupa el Instituto Nacional de Previsión (INP), creado por la Ley de 27 de febrero de 1908. Y esto es doblemente representativo porque, por primera vez, el Estado aparece como factor contributivo de la previsión social, y porque crea el órgano estatal autónomo que por sí o por sus Cajas colaboradoras habrá de ser, no sólo el eje, sino el principal propulsor de la política social española en materia de previsión social[42]. Los Estatutos del INP fueron publicados por RD de 24 de diciembre de 1908 y modificados por RR.DD de 26 de enero de 1909, 4 de marzo de 1922 y 4 de diciembre de 1931, ya en el marco de la Segunda República. En éste nuevo régimen democrático, la articulación de este organismo público con el Estad, no se mantiene, como cuando fue creado, a través del Ministerio de la Gobernación, sino a través del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión.

Los fines institucionales que fueron asignados al INP, desde sus orígenes, eran: difundir e inculcar la previsión social, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro; administrar las mutualidades de asociados que al efecto y voluntariamente se constituyese bajo aquel patronato, en las que condiciones más favorables a los mismos; y estimular y favorecer dicha práctica, procurando su bonificación por entidades oficiales y particulares. El Estado y el propio INP eran los primeros bonificadores, pues, conforme al art. 20 de la ley constitutiva, el saldo de cada ejercicio, integrado especialmente por la subvención del Estado, debía destinarse al fondo general de bonificación de pensiones. En consecuencia, con esta ley se inauguraban en España los seguros sociales, con el de vejez o retiro obrero, en la forma voluntaria de libertad subsidiada. No obstante, y siguiendo una línea evolutiva similar a otros países europeos comparables, de este sistema de libertad subsidiada

Derecho Español del Trabajo, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 305.

[39] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 365.

[40] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 367.

[41] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 308.

[42] José Maluquer y Salvador había llevado a cabo un enfoque similar, siendo un artífice de la política social. En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Ed. Comares, 2007, Capítulo IV ("El Maluquer menos conocido. La "ingeniería" aplicada a la solución de los problemas de la sociedad industrial: Maluquer artífice de la política Social"), pp. 295 y ss.

se pasó en España al régimen obligatorio, iniciándose también éste por el seguro de retiro obrero de vejez, extendiéndose después a la maternidad y últimamente a los accidentes de trabajo. En lo relativo al paro forzoso, no se ha pasado de la libertad subsidiada (no olvide que se reflexiona en la década de los años treinta de pasado siglo). Sin embargo, la línea expansiva era ya nítida, como también la tendencia indicada hacia la unificación de los seguros sociales obligatorios, y a reconducción a estos del régimen de libertad subsidiada[43].

En todo este desarrollo del proceso de construcción e institucionalización de la previsión social en España, Gallart Folch subrayará el papel de la Constitución de la Segunda República y su conexión con los tratados internacionales (cuya presencia ya era significativa desde la adhesión de nuestro país al Tratado de Versalles, con su Parte XIII, instituyente de la OIT). Pero ha sido desde el advenimiento de la República cuando el cumplimiento de preceptos constitucionales ha puesto como obligación constitucional de inmediato cumplimiento a resolver por la Cámara de los Diputados la ratificación de las convenciones aprobadas en Ginebra y entre ellas, las ya bastantes numerosas, referentes a Seguros sociales. Por dos Leyes que llevan ambas la fecha de 8 de abril de 1932 se ratificaron dos convenciones acordadas en la Conferencia Internacional de Trabajo de 1927: una sobre el seguro de enfermedad de los trabajadores de la Industria, del Comercio y los empleados domésticos, y otra sobre el mismo seguro en relación a los trabajadores agrícolas. Ambas ratificaciones fueron registradas el 29 de septiembre de 1932. Después se iría avanzando en el proceso de ratificación de numerosos convenios sobre seguros sociales emanados de la OIT[44].

Para la protección social en las dimensiones preventivas y reparadoras y para la mejora de las condiciones de vida de las clases trabajadoras es imprescindible la educación o más exactamente lo que Gallart Folch denominaría (antes insistiría en ello José Maluquer y Salvador[45]) la *"cultura social"*. La mejora de las condición general de los trabajadores está vinculada al ascenso en el nivel de cultura, y ello por una doble razón: porque el cultivo de su espíritu representa la satisfacción de una de las necesidades más fuertes sentidas por la masa trabajadora consciente, y porque "los progresos sociales más importantes, que son aquellos que tienen un sentido, no ya protector, sino *emancipador del proletariado",* no pueden ser logrados, si los trabajadores que habrían de ejercitar los nuevos derechos que se les reconocerán, no estuvieran preparados moral, económica y socialmente para ello. De ahí que se planteen, de este modo, dos problemas paralelos, pero distintos: el de la educación popular en general, y el de la cultura social. El primero es un problema que debe ser resuelto conjuntamente con el de la instrucción pública nacional, del que forma parte; el segundo es un problema especializado que requiere, por consiguiente, una solución específica.

Han existido –y existen todavía– dos cauces complementarios para contribuir a la cultura social. Históricamente, la solución la buscaron primero los grupos sociales espontáneos: asociaciones de protección de los trabajadores, patronatos, ya cívicos ya religiosos, mutualidades, sindicatos, partidos obreros, etcétera, toda vez que estos núcleos o colectividades sociales experimentaron la necesidad de formar sus cuadros de dirigentes, de coadyuvantes o de militantes, a la altura de la misión que se proponían realizar, y porque el trabajo social, tanto el sindical o de representación de clase, como el protector o de previsión y asistencia social, requería una preparación técnica que derivaba, lenta, pero necesariamente, hacia un profesionalismo social. No quedaba en fuera de este

[43] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 362 y ss.: seguro obligatorio de retiro obrero, seguro obligatorio de maternidad, subsidio a familias numerosas, régimen de libertad subsidiada en la previsión del paro forzoso Gallart Folch a partir de aquí realiza un somero análisis de los seguros sociales, partiendo de la centralidad del seguro obligatorio de retiro obrero (*Ibid.,* pp. 370 y ss.).

[44] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 385-388.

[45] Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Ed. Comares, 2007, Capítulo II ("El pensamiento socio-económico y político-jurídico de Maluquer: El reformismo social"),pp. 21 y ss.

objetivo la inquietud de los propios reformadoras que pensaban en la formación directiva de los trabajadores como condición de su participación activa en la vida social. Reformadores sociales como de diversas Escuelas, pero ante todo en España del krauso-institucionismo representado por figuras señeras como Nicolás Salmerón, Francisco Giner de los Ríos[46], Gumersindo de Azcárate, Leopoldo Palacios Morini, y los krausista de la Escuela de Oviedo (Adolfo G. Posada, Adolfo Álvarez Buylla, Leopoldo Alas "Clarin", entre otros)[47].

Ahora bien: el Estado no le era posible inhibirse de este problema. Emprendido el camino de las reformas sociales, no podía contemplar impasiblemente cómo fracasaban las más generosas por falta de cultura social colectiva, y este fracaso se manifestaba unas veces en que la reforma no pasaba del papel de los diarios oficiales en que se promulgaba, porque no existía una conciencia social que impusiera su eficaz aplicación, y otras, en que instituciones de paz social y de colaboración de clases eran convertidas en medios de protesta social y económico, por no existir el ambiente moral indispensable. De ahí que el Estado se viera obligado actuar –sirviendo, por lo demás, a los mandatos constitucionales– en este campo, para suplir, completar y aun enderezar la obra de las agrupaciones espontáneas que realizaban o debían realizar una obra de cultura social en el país, y para preparar a las personas que accedían ingentemente a las nuevas y complicadas funciones de su actuación pública, tan necesitadas de cultura para participar activamente en la vida social[48]. A esta exigencia de interés

[46] Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Ed. Atelier, 2023, espec., Capítulo 2.2 ("La reforma educativa (pedagógica) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida. Influencia de la antropología krausista"), pp. 104 y ss., *passim*.

[47] Una perspectiva de conjunto sobre estas corrientes de pensamiento crítico y su impulso en la reforma social y cultural en España puede encontrarse en Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[48] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 412-413, con referencia a Palacios Morini, L.: "Discurso pronunciado en la Escuela Social de Madrid en la inauguración del curso de conferencias 1934-1935 organizado por la Asociación de Graduados Sociales y Alumnos de la misma". Leopoldo Palacios pertenecía a la corriente del republicanismo social krausista-institucionista; y desde este enfoque ideológico abierto y plural tuvo un papel de enorme relevancia en el plano educativo, señaladamente en la Escuelas Sociales dependientes del Ministerio de Trabajo y creación de "Universidades Populares". Véase, asimismo, Palacios Morini,L.: *Las Universidades Populares,* Valencia, F. Sempere y Compañía, Editores, s/f. (1908). Está disponible una edición digital publicada en junio de 2002 con el patrocinio de la Fundación Municipal de Cultura de Gijón, cuando se celebró los veinte años de la fundación de la Universidad Popular de Gijón; Palacios Morini,L.: "La Cátedra de Giner", en *BILE,* L, tomo I, núm. 50 (1926), pp. 94-96; Palacios Morini,L.: "Enseñanza profesional y educación social", en *BILE,* XXXII, tomo I (1908), pp. 257-113; Palacios Morini,L.: "Un programa mínimo de política social", en *BILE,* XXXVIII, tomo I (1914), pp. 119-122. Sobre el pensamiento y la aportación de Palacios Morini, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 134 (2007), pp. 307-358.
Figura señera durante en materia de reforma educativa en las décadas de los años veinte y treinta (durante la Segunda República), fue sin duda L. Luzuriaga: Luzuriaga, L.: *La Institución Libre de Enseñanza y la educación en España,* Buenos Aires, Departamento Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1957; Luzuriaga, L.: *La preparación de los maestros,* Madrid, M.P.N.,1918; Luzuriaga, L.: *Ensayos de Pedagogía e Instrucción Pública,* Madrid, Librería de los Sucesores de Hernando, 1920; Luzuriaga, L.: *La Escuela Unificada,* Madrid, J.Cosano, 1922; *La escuela única,* Madrid, Revista de Pedagogía, 1931; Luzuriaga, L.: *Pedagogía,* Buenos Aires, Losada, 1950; Luzuriaga, L.: *La pedagogía contemporánea,* Buenos Aires, Universidad Nacional de Tucumán, 1942.
La insistencia en la educación fue muy importante en todas las grandes corrientes reformistas de su tiempo, aparte del krausismo (Giner de los Ríos, Azcárate, Posada, Álvarez Buylla, Morote, Leopoldo Palacios Moroni, Juan Uña y Sathou, etcétera), en el que el componente educativo fue persistente. Es el caso del Solidarismo (Leon Bourgeois; Emilio Durkheim, que, como se sabe, escribió varias obras fundamentales sobre educación), el socialismo de cátedra (Schmoller; Wagner, Brentano, Álvarez Buylla –krausista de ideología socialista–, etc.), el catolicismo social (Ketteler, el círculo de las Malinas, Sanz y Escartin, Severino Aznar, Álvaro López Nuñez, Inocencio Jiménez, Jordana de Pozas, etcétera) y el socialismo reformista, sea el socialismo jurídico democrático (Anton Menger, García Ormaechea, Ricardo Oyuelos, etcétera, asimismo, Fernando de los Ríos, Julián Besteiro, Lorenzo

público y de dinamización de la participación ciudadana en la vida pública de las clases trabajadores obedeció la organización por el Estado de la cultura social.

La organización española de la cultura social encuentra su primer precedente en el propio Instituto de Reformas Sociales que con motivo de su reorganización en 1919 creó una Sección de Cultura, que luego, cuando éste fue suprimido por el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera, quedó incorporada al Ministerio de Trabajo, creado en 1920 a iniciativa del presidente del Consejo de Ministros Eduardo Dato.

Sin embargo, habría que añadir que aunque fuera a través de la iniciativa privada la labor de extensión cultural desplegada por la Institución Libre de Enseñanza es ineludible[49] y en fecha anterior a aquella (aparte de la incorporación de personalidades importantes de ésta Institución en el mismo Instituto de Reformas Sociales, como es el caso más significativo de Gumersindo de Azcárate, Adolfo Álvarez Buylla y Adolfo Posada, entre otros)[50]. El RD-ley de 17 de agosto de 1925, al dar a esta sección una misión docente concreta, encargándola de organizar cursos, conferencias, excursiones, etcétera, crea el primer organismo de instrucción en los estudios sociales: la Escuela Social de Madrid, dependiendo de un Consejo de Cultura Social. Al amparo de estos artículos, por R.O de 7 de enero de 1928, se crea la Comisión Mixta de Publicaciones de los Organismos paritarios de Cataluña, que seguidamente de constituida, establece unos Estudios de Derecho Corporativo que son el germen de la Escuela Social de Barcelona, que fue crea finalmente por la misma Comisión poco tiempo después y cuyos Estatutos son aprobados por R.O de 26 de febrero de 1929, quedando también subordinada al Consejo de Cultura Social del Ministerio de Trabajo. Al publicarse, por RD-ley de 8 de marzo de 1929, el texto refundido del Derecho de Organización Corporativa Nacional se dedicó el capítulo XV a las Comisiones Mixtas de Publicaciones, que quedaban encargadas de la labor cultural y de publicidad de los organismos paritarios y con derecho a percibir una cuota sobre los presupuestos de dichos organismos.

Una vez terminado el período dictatorial (Dictadura del General Primo de Rivera), ocupa la cartera de del Ministerio de Trabajo un profesor de la Escuela Social de Madrid, Pedro de Sangro y Ros de Olano (perteneciente a la corriente del catolicismo social y discípulo de Adolfo Posada), que

Luzuriaga y Medina (artífice del programa educativo del PSOE durante la Segunda República y uno de los más distinguidos pedagogos de su época), estos últimos, al mismo tiempo krausistas y socialistas democráticos).
En muchos pensadores, hay que matizar, se puede afirmar que no tuvieron una "adscripción ideológica" absoluta, sino que recibieron la influencia de varias corrientes de pensamiento reformista, siendo, más bien, pensadores eclécticos. Un estudio sobre las corrientes ideológicas presentes en la reforma social en España en materia sociolaboral, en Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 133 y sigs., y 356 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Ed. Comares, 2007, espec., pp. 21 y ss., y 175 y ss.

[49] Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Ed. Atelier, 2023, capítulo 3 ("Institucionalismo social-liberal y reformismo social y jurídico en Giner de los Ríos"), pp. 159 y ss.

[50] Monereo Pérez, J.L: "El republicanismo democrático español y la política reforma social: Gumersindo de Azcárate", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, (2023), pp. 1-126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8006; *Ibid.,* GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (34), (2023), pp. 281-330. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/712; Monereo Pérez, J. L.: "ADOLFO ÁLVAREZ BUYLLA Y GONZÁLEZ ALEGRE (1850-1927): La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el "socialismo de la cátedra", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (24), (2020), pp. 295-330. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/427; Monereo Pérez, J.L: *El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada,* en Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica en un solo volumen y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. VII-CLXIII; Monereo Pérez, J.L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), (2022) pp. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330.

decide dar una forma orgánica a lo hasta entonces realizado en España en el fomento de la cultura social, y por Decreto de 19 de octubre de 1930 crea el Instituto de Cultura Social, al que se transfiere todas las funciones y cometidos del Servicio correspondiente del Ministerio y de las Comisiones Mixtas de Publicaciones. A dicho Instituto de Cultura Social se le asignaron como fines institucionales específicos: despertar el interés por el estudio de los problemas sociales, preparar a las personas que deben desempeñar funciones activas en la vida social, perfeccionar los conocimiento del personal que actúa en los organismos de trabajo, cooperar a formar un estado de conciencia colectivo en favor de la paz social (una cultura de prevención y tratamiento de los conflictos sociales), ofrecer ocasión de buen empleo del tiempo de ocio de los trabajadores, y propagar el conocimiento de los resultados de las experiencias de política social.

El cambio del régimen de la Dictadura por la democracia constitucional republicana supuso importantes modificaciones de orden administrativo en la organización cultural social, si bien en el orden técnico y docente no revistieron las realizadas gran importancia. El Instituto de Cultura Social fue suprimido y su organización pasó a constituir de nuevo un servicio del Ministerio de Trabajo. Las disposiciones fundamentales que rigieron en esta materia son, básicamente, la Orden del Ministerio de Trabajo de 31 de octubre de 1932, aprobando el Título IV y las tres primeras disposiciones transitorias del Reglamento de reorganización del Servicio de Cultura Social, redactado por la Subcomisión de Cultura Social del Consejo de Trabajo (no se olvide que Adolfo G. Posada, fue el Primer Presidente del Consejo de Trabajo de la República), y los artículos del 34 al 40 del Reglamento de los servicios generales del Ministerio de Trabajo, Justicia y anidad y de los especiales de Trabajo y Acción Social, publicados por Decreto de 30 de octubre de 1935. El Servicio de Cultura Social del Ministerio se dividió en tres secciones: Bibliográfica y de Informaciones; Publicaciones del Ministerio, y de Enseñanzas sociales. La organización cultural social de la Generalidad de Cataluña se rigió por un Decreto de la misma fecha de 3 de febrero de 1936[51].

En la IIª República la figura clave sería Inocencio Jiménez[52] en colaboración directa del INP y el Ministerio de Trabajo y Previsión (y dentro de sus estructurales institucionales, la Dirección General de Trabajo), a cuyo frente estaba Largo Caballero[53]. En el primer bienio (1931-1933) se impulsaría la unificación de los seguros sociales –aunque este objetivo no se alcanzaría por completo, entre otros motivos por el golpe de Estado que derivaría en Guerra Civil, que tanto frustró en números aspectos (incluidos los proyectos legislativos reformistas que no pudieron llevarse a cabo), entre ellos el avance de este proceso unificador, ejerciendo una fuerza disruptiva que lo retrasaría durante muchos años–[54]. Así se consolidó el llamado seguro de retiro obrero obligatorio (seguro de vejez obligatorio),

[51] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 414-417.

[52] Monereo Pérez, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), pp. 267-301; https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/375: Monereo Pérez, J.L.: "Práxedes Zancada y Ruata (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios desde el reformismo político y jurídico y en la deriva del partido reformista", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 26 (2021), pp. 283-315. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/456
Asimismo el estudio detenido de Samaniego Boneu, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La IIª República,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

[53] La labor de Largo Caballero al frente del Ministerio de Trabajo y Previsión es destacada por Samaniego Boneu, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, espec., págs. 7 y sigs., *passim*; en la perspectiva biográfica como hilo conductor, Fuentes, J.F.: *Francisco Largo Caballero. El Lenin Español,* Madrid, Síntesis, 2005, págs. 189 y sigs. ("Largo Caballero, Ministro de Trabajo").

[54] Se aprobó un Anteproyecto de Ley de 1935 de unificación de los seguros sociales distinguiendo entre riesgos a largo plazo (vejez, invalidez y muerte) y a corto plazo (enfermedad y maternidad). Este programa –inacabado– trataría de materializar la ratificación de los Convenios OIT, números 24 y 25. Esa *co-evolución* entre los programas y legislación del Derecho interno y del Derecho Internacional uniforme de la OIT había venido caracterizando –con

y materializó y perfeccionó el seguro de maternidad[55], el seguro de accidentes de trabajo (el cual ya había sufrido cambios de mejora en reformas anteriores al advenimiento de la IIª República)[56], el seguro social obligatorio de invalidez y el abordaje del seguro de paro[57] en una coyuntura de extensión del paro forzoso derivado de los efectos de la crisis económica (el crack de 1929). Hay en este desarrollo una línea de continuidad –no cuestionada en sus bases– y de innovación y mejora del estándar de protección dispensada en términos de cobertura objetiva y extensión subjetiva.

Se debe destacar el perfeccionamiento de los mecanismos de garantía de cumplimiento de la legislación sociolaboral: el reforzamiento de la Inspección de Trabajo y Previsión y la misma estructura de actuación del Ministerio de Trabajo y Previsión. Durante la IIª República –ya desde sus comienzos– se era consciente de que los derechos sociolaborales valen lo que valen sus garantías de efectividad y esto se conseguía a través de instituciones como la Inspección de Trabajo y Previsión, los Jurados Mixtos y los Tribunales Laborales… Así el Decreto de 9 de mayo de 1931, por el que se aprueba el Reglamento para el Servicio de Inspección de Trabajo; Decreto de 23 de junio de 1932, por el que aprueba el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo; o el Decreto de 24 de Noviembre de 1938, por el que se reorganizan las Inspecciones de Emigración. Entre medidas, con gobiernos conservadores, en la dirección continuista en esta materia, el Decreto de 9 de febrero de 1934, por el que se crea la Inspección de Trabajo en las Minas; y el Decreto de 28 de junio de 1935, sobre Inspección de los Seguros Sociales.

En el preámbulo del Decreto 9 de mayo de 1931, por el que aprueba el Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo (Gaceta de 12 de mayo), se afirmaba –eran palabras inspiradas por el propio Largo Caballero– que "Es evidente que la eficacia de las leyes sociales tiene su principal fundamento en la Inspección de Trabajo, encargada de realizar, en nombre del Estado, la función de vigilancia del cumplimiento de aquellas leyes y servir de verdadera garantía de los derechos de los trabajadores"; y quedaba claro su conexión con la normativa de la OIT: "se ha preparado la reforma, teniendo a la vista los acuerdos de la V Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra en el año 1923, para determinar los principios generales de la Inspección y las doctrinas establecidas por el Consejo de Trabajo, que interviene, por disposición de su Reglamento, en este servicio y por ello se ha podido formar una jurisprudencia interesantísima, ahora de muy provechosa aplicación". En el art. 1 se establece que "Será función esencial de la Inspección del Trabajo velar por el cumplimiento de

oscilaciones y altibajos a las relaciones de nuestro país con OIT, debe repararse en el dato de que España no deje de pertenecer y estar participando activamente en las sesiones y actividades de la OIT incluso durante el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera–.

[55] Decreto de 26 de mayo de 1931 del Seguro de Maternidad, que realmente no encontró aplicación efectiva en el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera. Debe subrayarse que lo que se instauró fue un "Seguro" Social de Enfermedad, por contraposición al "subsidio" de enfermedad establecido por la Dictadura de Primo de Rivera. El avance es considerable.

[56] El Decreto de 9 de mayo de 1931 ratifica el Convenio de Accidentes de Trabajo en la agricultura, y su Reglamento de aplicación de 28 de junio de 1931. A ello le seguirían varias normas de mejora y de adaptación al Convenio de la OIT de 1929 sobre accidentes de trabajo y la Ley sobre enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936; El Decreto de 29 de noviembre de 1931, que estableció la mutualidad de accidentes del mar y accidentes de trabajo.

[57] Bajo el Ministerio de Trabajo de Largo Caballero, se avanza –pero sin crear un verdadero seguro social de paro forzoso o de desempleo– con la aprobación del Decreto de 25 de mayo de 1931, y un Reglamento que establece la Caja Nacional contra el Paro Forzoso. También fue relevante la política de empleo a través de la política de fomento de Obras Públicas e impulsando a través del Ministerio de Trabajo y Previsión una Comisión Interministerial sobre el Fomento, Trabajo y Economía (Decreto Orgánico de 13 de noviembre de 1931) y la creación de un servicio público de colocación, nacional y gratuito (27 de noviembre de 1931). No se olvide tampoco las medidas educativas promovidas por el Gobierno de la República. Todo ello es lo que hoy denominaríamos políticas activas de empleo. De no haberse producido el golpe de Estado y la Guerra Civil provocada por él es posible que se hubiera avanzado mucho más en la década de los treinta respecto al Seguro de Paro, pero también respecto al desarrollo de todos los seguros sociales obligatorios en una dirección unificadora.

las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión"[58].

Hubo una cierta continuidad respecto a la situación precedente en lo que se refiere a las estructuras institucionales básicas de la Inspección del Trabajo y del Ministerio de Trabajo.

El Frente Popular actuó (1936) como bloque contra las derechas que en aquella época se enfocaba como dilema antagonista entre democracia o fascismo (o democracia o barbarie), pues era obvio el ascenso al poder de partidos de derechas y que una vez instalados en el poder político institucional establecían regímenes totalitarios de tipo fascista o nazi, que suprimirían el sistema de garantías constitucionales. La estrategia llevo al poder al heterogéneo bloque de partidos que formaban el Frente Popular. El gobierno de unidad nacional estaría presidido por Manuel Azaña, sucediéndose en el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión Social Enrique Ramos y Joan Lluhí Vallescà. En términos generales, se mantuvieron las estructuras institucionales precedentes (incluida la denominación ampliada formalmente del propio Ministerio de Trabajo). En cuanto a la labor de legislativa: se recuperó la senda de las políticas de reformas sociales, desmantelando buena parte de las leyes del bienio conservador en materia de Jurados Mixtos, de la Vivienda y de Paro, estableciendo la jornada de 40 o 44 horas en las empresas y se promulgó la Ley de Enfermedades Profesionales, y se llevaron a cabo algunas medidas en materia sanitaria. Y lo que no es menos importante, en lo que refleja de proyecto a seguir para establecer un sistema de previsión social articulado: se elaboró el *Anteproyecto de Unificación de Seguros Sociales, el cual lamentablemente no vería luz como Ley positiva en décadas*, y lamentablemente tardaría en llegar muchos años, debido al golpe de Estado militar y la Guerra Civil que provocó; su instauración se produciría ya durante una fase avanzada del régimen de la Dictadura franquista. Ciertamente, el golpe de Estado y la Guerra Civil cambió el curso de todos los procesos de reforma política y social. Se impuso la economía de guerra y el continuismos "sui generis" de "dos INP" concurrentes en las respectivas zona república y en la zona golpista (mal llamada "nacional", como tampoco hubo nada parecido a una suerte de "Alzamiento nacional", sino una sublevación o golpe de Estado militar contra el orden de la República democrática).

La actitud decididamente golpista –en las ideas y en los hechos– determinaron un cuestionamiento del reformismo socialista por los sindicatos y por el PSOE, postulándose una república socialista por una vía de aceleración democrática, lo cual suponía una mayor radicalidad en la transición hacia el socialismo. Ya no era suficiente el "lento camino" hacia las reformas como se defendía en la línea antes planteada por el austromarxista y socialista democrático Otto Bauer en la República Austriaca[59], y tras la experiencia del golpe de Estado institucional que se estaba gestando en Austria. La "República de trabajadores" de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justica (art. 1 de la Constitución de la Segunda República), debería ser una "República social" concebida, ésta, como la expresión de su máxima materialización política y jurídica. Esta era la posición de Largo Caballero y de sus asesores más influentes (Luis Araquistáin y Julio Álvarez

[58] El Decreto de 23 de junio de 1932, por el que se aprueba el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo (Gaceta 24 de junio), establecía en el Capítulo II ("De la Inspección del Trabajo) que "La Inspección del Trabajo se ejercerá por los funcionarios o entidades que a continuación se índica: Director general de Trabajo, Subdirector general de Trabajo, Servicio Central de la Inspección del Trabajo, Delegados provinciales de Trabajo, Inspectores provinciales y Auxiliares y los Vocales inspectores de los Jurados mixtos de Trabajo. En casos especiales y tratándose de industrias o establecimientos que no estén sometidos a la jurisdicción de un Jurado mixto determinado, ejercerán también las funciones de inspección, como elementos auxiliares de la misma, las Delegaciones del Consejo de Trabajo (configurado éste como un órgano consultivo de la política social). La función Inspectora inmediata en los trabajos de las minas, salvo la técnica de la explotación, será ejercida por los Inspectores provinciales y por Inspectores auxiliares mineros".

[59] Monereo Pérez, J.L.: "Otto Bauer y la democracia social y económica de la República austríaca" (I-II), en *Revista de derecho del trabajo,* núm. 33-34 (2021). Del mismo Bauer, BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra: Racionalización-Falsa racionalización,* revisión, edición y estudio preliminar «La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca» (pp. IX-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

de Vayo) avanzado el año 1934 ante el llamado "bienio negro" de los partidos de derecha[60] y que se consolida con el triunfo electoral del Frente Popular en 1936, que se asentaba en un programa de reformas sociales progresivas en la dirección de instaurar un socialismo democrático. La radicalización se hace patente ante los nos ocultados planes de golpe militar –apoyado por los grandes partidos de la derecha política y económica–[61]. Ideológicamente se comienza a utilizar la metáfora de "las dos Españas" (sic.) y del mal llamado "alzamiento nacional" (sic.) contra el Gobierno legítimo de la República. Se trata de una creación cultural, inventada y echada a rodar en un largo proceso de invención y construcción intelectual y de cultura histórico-ideológica y política[62]. En realidad nunca hubo "dos Españas", eso es un mito ideológico, no una realidad política. De este modo se acaba el sueño de la República como punto de encuentro pluralista de las diversas fuerzas políticas y sociales sometidas a unas reglas de juego establecidas en un Texto Constitucional muy avanzado, pues se situaba en la senda del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho.

Y efectivamente, el golpe de Estado contra la República democrática deriva en la Guerra Civil con las consecuencias terribles de todos conocida[63]. En ese periodo existía una situación de inestabilidad generalizada que hacía muy difícil la aplicación de la legislación vigente y la garantía de la paz social y política. El Gobierno republicano trató de fortalecer y recuperar el orden propio de un Estado de Derecho en permanente tensión.

Las consecuencias de la Guerra Civil y el descontrol dentro de la propia zona mantenida por la República, determinaron que se recuperase la centralidad del Estado republicano y la vigencia del orden legal y del Estado de Derecho[64]. En este contexto crítico, Largo Caballero en septiembre de 1936 reunirá los cargos de Presidente del Consejo de Ministros y de Ministro de la Guerra[65]. Largo Caballero decide ampliar los apoyos para dar preferencia a ganar la Guerra Civil sobre la revolución social –a la cual no renunciaba después de una posible victoria–. En coherencia, incorpora como colaboradores al PCE en el primer gabinete y después añade a los anarquistas en el segundo gabinete. Se trata de reforzar el Frente Popular y de afirmar el poder del Estado respecto de movimientos revolucionarios internos (los llamados "comités revolucionarios"); la apertura de la Cortes y el respeto a la legalidad republicana, aun en condiciones muy adversas. En este marco los esfuerzos de Largo Caballero para estructurar un bloque unitario las fuerzas democrática con la finalidad de hacer frente a la sublevación militar que estaba avanzando en la Guerra Civil por ellos provocada, condujeron a

[60] Sobre ese "bienio negro" se ha analizado como periodo de "restauración" sociopolítica y "bienio radical-Cedista". Cfr. Tuñón De Lara, M.: *La España del Siglo XX*, Librería Española, 1973, Capítulo IX, pp. 341 y ss. La referencia al bienio "negro" tenía que ver con la realidad política de la presencia de la oligarquía en el poder y con el desmantelamiento de las reformas del bienio republicano-socialista y asimismo con la deriva de la derecha política y económica hacia la ruta violente del golpe en el debate interno entre la ruta legista y la ruta violenta. En este sentido, Tuñon De Lara, M. (Dir.): *La crisis del Estado: Dictadura, República, Guerra*, Tomo IX, *Historia de España,* Barcelona, Labor, 1985, pp. 205-206 ("¿Por qué lo llamaron "negro"?).

[61] Viñas, A.: *¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2019, pp. 38 y ss.; Viñas, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021, pp. 179 y ss.

[62] Un historia de esa construcción con las sucesivas, contradictorias y enfrentadas historias de las "dos Españas", en JULIA, S.: *Historia de las dos Españas,* Madrid, Taurus-Santillana Ediciones Generales, 2004, pp. 9 y ss., y 409 y ss.

[63] Casanova, J.: *República y guerra civil,* Vol.8 de *Histórica de España,* Fontana, J. y Villares, R. (Dirs.), Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007; Viñas, A.: *¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2019; Viñas, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021; Viñas, A.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética,* Barcelona, Crítica, 2006; Viñas, A. y Hernández Sánchez, F.: *El desplome de la República,* Barcelona, Crítica, 2009.

[64] Para el contexto, véase Aróstegui, J.: "Guerra, poder y revolución. La República española y el impacto de la sublevación", en *AYER* 50 (2003), págs. 85-113. https://revistaayer.com/sites/default/files/articulos/50-4-ayer50_GuerraCivil_Moradiellos.pdf.

[65] Payne, S.G. (Ed.): *Política y sociedad en la España del Siglo XX*, Prólogo y edición de Staley G. Payne, Madrid, Akal, 1978.

hacer primar la legalidad republicana, pero también a engrosar el gobierno de coalición del Frente Popular con la entrada en el mismo de los anarquistas del CNT. Lo que presidirá, a partir de esta crítica realidad política, será la promulgación de una legislación condicionada por la excepcionalidad de la situación de Guerra civil[66].

Quizás, como en el primer bienio republicano-socialista, desde su Ministerio de Trabajo y Previsión, Largo Caballero mostraría su gran capacidad de organización, que ya había sido puesta en práctica desde su experiencia en el sindicalismo y su presencia en las instituciones. En su opinión la organización no era un simple instrumento o herramienta de ingeniería, pues entendía que era una política, esto es, una estrategia y un objetivo histórico. Sin organización como doctrina y sistema creía Largo Caballero que la clase trabajadora no alcanzaría ningún objetivo fundamental; y la expresión, habitual en él, "clase obrera organizada" constituyó un modo de pensar y de transmitir un ideario a las clases subalternas de la sociedad, las cuales tienen que estar organizadas para conseguir la instauración de una sociedad regulada más justa; tiene que constituirse en organizaciones modernas y eficientes y encontrarse en condiciones de cumplir su misión emancipadora ("clase organizada", es decir, encuadrada en organizaciones adecuadas, y poseedora de una cultura propia)[67]. El momento más decisivo de la historia y papel política de Largo Caballero no sólo sería el del primer bienio republicano-socialista, sino también aquel en el que tiene en sus manos el Gobierno de la República enfrentado a una sublevación militar de la que se ha derivado una guerra civil ya en pleno desarrollo. Una de las connotaciones fundamentales del Largo Caballero Presidente del Gobierno sería la de su ligamen a esa tradición que vinculaba la política y el sindicalismo que le permitió formular una gran proyecto de "unidad antifascista" frente a la sublevación militar. Después de la dimisión del Gobierno de José Giral, se reconocería unánimemente, en esa coyuntura, que la única persona capaz de dirigir un gobierno republicano y de unir al país contra una sublevación fascista era Francisco Largo Caballero[68]. Al efecto, Largo Caballero estableció un Gobierno integrado por sindicalistas, socialistas, republicanos (por entonces, representantes potenciales de las clases medias) y comunistas. Largo Caballero en su condición de presidente diseñaría una política de "alianza de clases" y de organizaciones políticas frente al fascismo en acción. Se proyecta aquí el pragmatismo en una coyuntura de excepción como la existente en septiembre de 1936, con la sublevación enfrente. El proyecto de Caballero fue unir a burguesía y clase trabajadora en la defensa de la república democrática reformista formaliza en la Constitución como Norma Fundamental del orden político y jurídico. Por consiguiente, el radicalismo de Largo Caballero, que le caracterizó en los meses anteriores, llegaba aquí a su límite posibilista, pues estaba firmemente convencido de que la guerra no se podía ganar

[66] Para todo este periodo de legislación sociolaboral de los dos Gobiernos de Largo Caballero, y el periodo subsiguiente del Gobierno republicano durante la presidencia de Juan Negrín, véase Villa Gil, L.E. De La.: "El Derecho del Trabajo en España durante la Segunda República", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* números 34-35-36 (1969), pp. 237-270; Villa Gil, L.E. De La.: *La formación histórica del derecho español del trabajo,* Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, pp. 290 y ss., y bibliografía allí citada; Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 345 y ss., y 358 y ss., y bibliografía allí citada. En la propia época, haciendo un balance la legislación sociolaboral Thomso-Civitas, véase MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN: *Labor realizada desde la proclamación de la República hasta el 8 de septiembre de 1932,* Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo, 1932.

[67] Aróstegui, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, págs. 25 - 33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A. ARÓSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, pp. 474 y ss.

[68] Pese a que al propio Presidente de la República, Manuel Azaña, no le acabase de convencer la idea, y tampoco a otras figuras dentro del propio socialismo ni, como sabemos bien hoy, a los ya presentes asesores soviéticos del Partido Comunista, Azaña no tuvo otro remedio que aceptar que la Presidencia del Gobierno republicano se encomendara a Francisco Largo Caballero, con lo cual comienza lo que se ha considerado siempre la etapa no más larga, pero sí la más importante de la República en guerra. Cfr. Aróstegui, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, pp. 25 - 33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A.

sin burguesía o, por lo menos, una capa importante de la burguesía, junto a la clase obrera. Ello suponía retomar con firmeza el Programa electoral del Frente Popular, y el abandono (o repliegue), ciertamente, de posiciones caballeristas previas –las de la primavera de 1936–, y la vieja idea de un socialismo gradualista que mantenía –como el mismo Caballero dijo en la campaña electoral del Frente Popular– que la República era una fase de la revolución burguesa, pero que tras ella había de venir la plasmación real por vía democrática de esta sociedad socialista. En un contexto de guerra, la posición de Largo Caballero sería la absoluta necesidad de forjar una firme *alianza de clases*, con partidos y de sindicatos, para poder dirigir la guerra contra el fascismo, porque con las divisiones que existían en este momento ese objetivo no era posible[69].

Se puede realizar un diagnóstico del ayer y de la defensa de la democracia constitucional, pluralista y *social* por Largo Caballero en un marco constitucional –como el consagrado en la Constitución de la IIª República Española–, que admite distintas opciones políticas no excluyentes. Pero a condición de respetar la forma política del Estado Social de Derecho y el estándar mundial de garantía de los derechos fundamentales. En la tradición del constitucionalismo democrático-social corporeizado en las constituciones democráticas del periodo de entre las dos guerras mundiales, se adopta la fórmula política indicada y se toma como referente el nuevo orden del Derecho Internacional (cfr. artículos 43, 44 y 46 de la Constitución Republican de 1931, paradigmáticamente)[70], que en lo social responda al modelo estándar en permanente construcción y renovación realizado por los instrumentos normativos de la OIT. Es en este contexto de legalidad/legitimidad constitucional en el que Largo Caballero impulsó decisivamente la construcción de un sistema democrático de relaciones laborales y una política de previsión social innovadora en su época (pero entroncando con las tendencias del constitucionalismo democrático social). Obedecía al desarrollo coherente del programa constitucional trazado imperativamente por la Constitución de la IIª República (especialmente por su art. 46, que constituye el centro neurálgico del bloque normativo regulador de la constitución social del trabajo en el Texto Constitucional de la República). Pretendía crear un "Código del Trabajo" de impronta constitucional situándolo en el nivel más elevado del configurado en las legislaciones europeas más avanzadas de la época. Es obvio que Largo Caballero quería ir más allá de una simple recopilación, pues concedía a ese nuevo "Código del Trabajo" la función de garantizar los derechos constitucionales y establecer la base de un sistema democrático de relaciones laborales y de protección social. En este plan organizado de construcción de la política social, tendría un papel central la legislación estatal (en conexión con la legislación de Derecho internacional uniforme de la OIT), pero también contando con el protagonismo de las instrumentos convencionales (normas convencionales de trabajo) elaborados

[69] La realidad vendría a demostrar que el proyecto de Caballero era difícil de realizar, y lo ocurrido en mayo de 1937 tiene, entre otras, esta significación: la del estallido y ruptura definitiva de este proyecto de unión sindical, política, obrera y burguesa frente al fascismo. De hecho, en los gobiernos siguientes de Juan Negrín el sindicalismo ya no tendrá un papel significativo. En el segundo Gobierno de Juan Negrín habría de nuevo un sindicalista, Segundo Blanco, pero aquella gran alianza con la CNT y con los grandes partidos, socialista, comunista, republicanos de izquierda, había estallado ya en el mes de mayo. A partir de entonces, el proyecto de gran alianza antifascista de Caballero experimentó una quiebra definitiva. Aróstegui, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, pp. 25 - 33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A; Graliml,H: *The Spanish Republic at War)* 1936-1939) Cambridge UP, 2002, pp. 79 y ss.

[70] Véase el Título III ("Derechos y deberes de los españoles"), artículos 25 a 50. El art. 46 está dirigido a garantizar por parte de la República un conjunto de derechos sociolaborales de "desmercantilización" del trabajo. En efecto, según establece la referida disposición: "El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. 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 a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".

por las organizaciones profesionales. La construcción del sistema democrático de relaciones laborales y del sistema de previsión social exigía necesariamente de la concurrencia del garantismo legal y de la regulación colectiva de los conflictos tanto en el campo de laboral de la producción como en el más amplio de la redistribución de la riqueza y de las rentas.

Para la racionalización y garantías de cumplimiento del nuevo arsenal normativo era preciso reforzar la Administración del Trabajo, desde los servicios centrales a las nuevas delegaciones provinciales, y asimismo con la potenciación de los medios disponibles por la Inspección del Trabajo, lo cual era una condición estimada como indispensable para alcanzar ese objetivo principialista. Todo ello iba unido –se insiste– a una *política social integral*, que comprendía tales elementos sociolaborales (tanto las condiciones de trabajo como de previsión social pública) y que incluía reformas estructurales en el orden económica y muy especialmente en una reforma agraria modernizadora que erradicara la precariedad severa de los trabajadores –campesinos y jornaleros– y destruyera la "constitución real agraria" (denunciada ya por Joaquín Costa)[71], que no era obra que el régimen del caciquismo. Éste impedía el trabajo digno, la productividad de todos los recursos agrarios –modernización del sector de la agricultura– y una distribución más equitativa y eficiente de las tierras por entonces dominadas a título de propiedad por la oligarquía terrateniente. En realidad los empresarios y sus organizaciones de intereses trataron de impedir la aplicación de las leyes sociolaborales que habían sido dictadas en el primer bienio republicano-socialista y este boicot produciría una enorme frustración de las esperanzas reivindicativas de las clases trabajadores creadas por el advenimiento del régimen republicano del cual se esperaba una mejora sistemática de las condiciones de vida y trabajo de las clases desposeídas en la ciudad y en el campo. Esta frustración social y política estará en la base de la huelga general de 1934, que derivaría en un proceso insurreccional, precipitado y encaminado, desde el inicio, al fracaso[72].

En definitiva, el gran legado de Largo Caballero reside ante todo en haber construido en ciernes –"in fieri"– una constitución democrático-social del trabajo (que incorpora todo el campo de la política sociolaboral, en cuanto constitución jurídica pensada para la integración de las clases trabajadoras) de base típicamente constitucional, en desarrollo de las previsiones (mandatos imperativos) de la Constitución de la IIª República Española. La Constitución República de 1931 y su desarrollo ante todo a través del impuso de Ministerio de Largo Caballero, sentó las bases fundamentales de lo que mucho tarde en nuestro país sería un auténtico Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social, como también aconteció con las experiencias contemporáneas de las Repúblicas democráticas de Weimar y de Austria de la época de entreguerras y con las constituciones de la segunda postguerra mundial. En estas tres experiencias de constitucionalización de los principios y derechos sociales fundamentales, el Derecho Social era concebido como la plasmación más típica de la forma política del Estado Social de Derecho. En definitiva, el programa constitucional y el desarrollo de las previsiones constitucionales no iba más allá de –y no era poco– de instaurar una forma avanzada del constitucionalismo democrático-social con Estado Social, con la esperanza de caminar hacia un socialismo democrático a través de un "lento camino de las reformas" sin abandonar la democracia parlamentaria[73]. Se puede comparar la Constitución Española de 1978 con la Constitución de la IIª

[71] Costa, J.: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, Editorial Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1902, 752 páginas (Reeditada, con Estudio Introductorio de Alfonso Orti, 2 vols., Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975). Véase también Costa, J.: *Oligarquía y caciquismo. Colectivismo agrario y otros escritos,* Madrid, Alianza editorial, 1984. Como es sabido, desde su propia peculiaridad, Costa estuvo vinculado al grupo Krausista y a la Institución Libre de Enseñanza Español. Fue uno de representantes del movimiento intelectual y político conocido como regeneracionismo en el ala progresista.

[72] Véase De Blas, A.: *El socialismo radical en la II República,* Madrid, Ed. Túcar, 1977, págs. 20 y sigs.; Aróstegui, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, pp. 301 y ss.

[73] Monereo Pérez, J.: *La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca,* estudio preliminar a Bauer,O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del

República y las Constituciones democrático-sociales más avanzadas de la segunda post-guerra mundial y su desarrollo por la legislación infraconstitucional; y así se podrá comprobar las coincidencias sustanciales en el "espíritu" y en la lógica interna del garantías sociales, pues, ciertamente, todas ellas se insertan en la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho.

Es lo cierto que la *constitucionalización de los derechos sociales* fundamentales en la Constitución de la Segunda República Española de 1931[74], constituye un factor fundamental para consideración del Derecho Social como un sector diferenciado del ordenamiento jurídico general. Esta nueva rama es realización de los principios y derechos constitucionalmente garantizados. Especialmente se constata que, por primera vez en España, se reconocen *en un Texto Constitucional* los derechos sociales fundamentales, entre ellos los derechos laborales y de previsión y protección social pública.

Conforme al art. 46 de la Constitución Segunda República: "El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. 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 a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".

Por otra parte, conforme al art. 15 de dicha Constitución republicana "Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1ª. Legislación penal, *social*, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España. La ejecución de las *leyes sociales* será

Derecho), 2021, pp. IX-XCV; Monereo Pérez,J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; Monereo Pérez, J.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*", Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020; Monereo Pérez, J.: *La democracia en crisis. Harold.J. Laski*", Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2005. En nuestro país desde el socialismo democrático, Monereo Pérez, J.: "Adolfo Álvarez Buylla y González Alegre (1850-1927): La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el "socialismo de cátedra"", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 24 (2020), pp. 295-330; Lamo De Espinosa, E. y Contreras, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro,* 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Sistema, 1990; Zapatero, V.: *Fernando de los Ríos. Biografía intelectual,* Valencia, Editorial Pre-Textos-Diputación de Granada, 2000; Monereo Pérez, J.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara Villar, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136., y las excelentes aportaciones recogidas en esta obra colectiva; Jiménez De Asúa,L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; Jiménez De Asúa,L.: "Los derechos individuales como garantía de libertad", en *Revista de Derecho Público,* 15 de febrero de 1934, pp. 33 y ss.; Fabra Ribas, A.: *Origen y carácter del movimiento laborista,* Madrid, Calpe, 1924; Fabra Ribas, A.: *La Organización Internacional del trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, 1925. No puede olvidarse la aportación desde el liberalismo social krausista (por tanto, un punto de vista social-liberal próximo, pero diverso al socialismo democrático, o al llamado "socialismo liberal") de la figura más importante del Derecho público en nuestro país, Adolfo Posada, sobre su apuesta por el constitucionalismo democrático-social republicano con el Estado Social de Derecho, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., pp. 477 y ss. ("El Derecho como técnica específica de integración social: los derechos sociales de ciudadanía en el pensamiento de Adolfo Posada y su función en la Constitución Social").

[74] Aprobada en el Palacio de las Cortes Constituyentes a nueve de Diciembre de mil novecientos treinta y uno y firmada por el Presidente, Julián Besteiro.

inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia.

[...] 7ª. Bases mínimas de la legislación sanitaria interior.

8ª. *Régimen de seguros generales y sociales*.

[...] 12ª. Socialización de riquezas naturales y empresas económicas, delimitándose por la legislación la propiedad y las facultades del Estado y de las regiones".

El fenómeno de asimilación en los Textos Constitucionales de los principios jurídicos y derechos laborales fundamentales tiene una trascendencia extraordinaria para la consolidación del Derecho del Trabajo como pieza clave del sistema político del Estado social formalizado en dichas normas fundamentales, especialmente si se tiene en cuenta el valor político y jurídico de la Constitución en la sociedad moderna. Es opinión ampliamente compartida aquella que ve en la Constitución un instrumento jurídico fundamental de organización de una comunidad política[75]. Con un criterio "decisionista" Carl Schmitt[76] considera que la Constitución es la decisión política fundamental sobre la forma y modo de la unidad política, sobre la forma de existencia política concreta, de un pueblo ya existente. Con todo, la Constitución de la democracia pluralista expresa jurídicamente un orden consensuado de equilibrios sobre los pilares fundamentales en que se basa la comunidad política en un determinado estado de civilización.

La dimensión jurídico-política de la Constitución formaliza jurídicamente un orden determinado dentro de la sociedad estatal que se impone como fuerza vinculante bilateral. La proyección de esta significación jurídico-política en el surgimiento del Derecho del Trabajo es evidente: Hay un determinado momento histórico en que el poder político consideró necesario para el mantenimiento del orden social imperante el establecimiento en los textos constitucionales de principios y derechos en torno al hecho social trabajo profesional por cuenta ajena. El constitucionalismo social construye un Estado social de Derecho sin cuestionar, y dejando esencialmente intactas, las estructuras de la propiedad y las reglas institucionales (incluidas, naturalmente, las jurídicas) que aseguran el principio de libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado (frecuentemente adjetivado como "social").

La identificación histórica de este proceso de recepción o asimilación de valores económicos y sociales nos conducirá irremisiblemente al período en que surge el llamado "constitucionalismo social" y su corolario el Estado social democrático, cristalización jurídica del profundo proceso de revisión del constitucionalismo liberal-individualista y el modelo liberal de Estado de Derecho a él correspondiente. Ambos fenómenos serían el reflejo jurídico y político de los profundos cambios operados en las estructuras capitalistas y en la correlación entre las fuerzas sociales y políticas. En suma, esta transformación de las estructuras políticas y jurídicas se corresponde históricamente

[75] Cfr. Sanchez Agesta*: Principios de Teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1979, pp. 329 y ss.; Perez Serrano,N.: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 454-455; Loewestein;K.: *Teoría de la Constitución*, A.Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 2ª ed, 1979, pp.149 y ss.; Kägi, W.: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental. Investigación sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional,* Madrid, Ed. Dykinson, 2005, capítulo 5.

[76] Cfr. Schmitt,C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza editorial, 1982, pp.45 y ss. Para el debate en la República de Weimar, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller y Otto Kirchheimer, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, pp.19 y ss., y 80 y ss.; *Ibid., Los fundamentos de la democracia. La Teoría Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, pp. 232 y ss., 388 y ss.; *Ibid., Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, pp. 241 y ss., 277 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a Kirchheimer, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos,* edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, pp. 17-185.

con un intento de adaptación del Estado tradicional (liberal burgués) que había fracasado política y económicamente a las exigencias de una sociedad industrial de tipo neocapitalista. Como se ha podido decir expresivamente el capitalismo renunciará a ser liberal individualista para poder subsistir como capitalismo[77]. Pero ha de advertirse que la diferenciación histórica entre el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social no implica un cambio absoluto de los valores jurídico-políticos vigentes en el primero, sino más bien una revisión de algunos de los postulados liberales para permitir la adaptación del sistema político a las nuevas condiciones históricas del capitalismo a partir del período comprendido entre las dos guerras mundiales. Del mismo modo se afirma[78] que puede establecerse la distinción entre dos modalidades de Estado de Derecho: el liberal y el social, bien entendido que esta última no significa la ruptura con la primera, sino un intento de adaptación de las notas clásicas del Estado de Derecho a su nuevo contenido y a sus condiciones ambientales. En el fondo, el fenómeno histórico al que se viene aludiendo puede describirse como el paso del "Estado del capital" (propio del sistema liberal) al "Estado capitalista" (propio del sistema neocapitalista institucionalizado como "Estado social democrático")[79], o "Estado de pluralidad de clases"[80].

Como se quiera es lo cierto que, la Constitución "forma" el Derecho del Trabajo en tanto que la constitucionalización (o proceso de incorporación) de los principios del ordenamiento laboral es un dato básico para conocer su caracterización como un sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico general. La recepción constitucional de determinados derechos subjetivos del ciudadano-trabajador y la consagración de principios jurídico-laborales en la norma fundamental o fuente que constituye el ordenamiento jurídico general va a implicar que los principios y derechos laborales adquieran el mismo rango formal y material que los que venían inspirando el ordenamiento general. Se ha podido decir expresivamente que la Constitución da al trabajo humano igual consideración y jerarquía que otras materias del orden político-jurídico, lo que deriva del hecho de que el trabajo se estima como elemento esencial del orden social vigente en un momento dado. De ahí que sea la propia Constitución quien formalice los principios básicos de la ordenación jurídica del trabajo por cuenta ajena y dependiente. Producida la constitucionalización del Derecho del Trabajo, el trabajo que constituye su objeto se fundará en la valoración jurídico-política que haya alcanzado dentro del sistema constitucional. Es así que la categoría de los derechos sociales fundamentes (considerados ahora como derechos de la ciudadanía) se convierte en el *fundamento y límite* del Derecho del Trabajo tanto en su dimensión heterónoma (estatal) como en su vertiente autónoma (autonomía colectiva)[81]. Pero existe, además, un dato sustancialmente político que debe quedar realzado: las constituciones sociales, construyendo un sistema político de Estado social y democrático de derecho venían a introducir una nueva forma de legitimación del poder establecido: una legitimación basada en la racionalidad jurídica del procedimiento democrático (legitimación formal) y en la realización del principio de Estado social ("cláusula" del Estado social) recogida en la Constitución y sobrepuesta al propio Estado "constituido" (se trata de una legitimación "sustancial" o "material"). En su traslado a la empresa (antes núcleo "vacío de Derecho") el reconocimiento de los derechos laborales (los que

[77] Bayón Chacón, G.: *Las crisis de la sociedad capitalista y el intervencionismo estatal,* Madrid, Ed. Rialp, 1961.

[78] Cfr. Garcia Pelayo,M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza editorial, 1977, pp. 54.; *Ibid., Derecho constitucional comparado*, 2ª ed, Madrid, Revista de Occidente, 1964, pp. 141 y ss.

[79] Vid. Galgano,F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, trad. de M.Broseta Pont y Carmen Albordh Bataller, Valencia, 1980, pp. 43 y ss.; Monereo Pérez,J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía,* Estudio preliminar a Ripert,G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, pp. XIII-CL; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., pp. 460 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *1*, (2021) 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525; Jessop, B.: *El Estado: pasado, presente, futuro,* Madrid, Los Libros de la Catarata, 2017.

[80] Giannini, M.S.: *El poder público: Estados y administraciones públicas,* Madrid, Ed. Civitas, 1991.

[81] Vid. Monereo Pérez,J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I y II), cit.

atienden a las condiciones de trabajo y a la negociación colectiva) de participación limitada en la dirección de la empresa supondría una reducción o atenuación del poder absoluto detentado por el empleador en el lugar de trabajo, situación legitimada sin límite alguno con base a un indiferenciado contrato civil de arrendamiento de servicios basado en la autonomía individual y la igualdad formal de los ciudadanos como sujetos contratantes). La nueva ordenación "constitucional" del trabajo supuso, pues, la mejora de las condiciones laborales y de vida de los trabajadores, pero al mismo tiempo comportó como contrapartida una nueva forma de legitimación (no basada sólo en el procedimiento) del orden social establecido en el capitalismo intervenido y un intento para controlar y racionalizar jurídicamente los conflictos dimanante del mundo del trabajo.

Frente a los textos constitucionales promulgados en el siglo XIX (Constituciones liberales) que reconocían en su parte dogmática derechos y deberes del individuo (del *ciudadano indiferenciado)*, de la personalidad del hombre, el constitucionalismo social del siglo XX proclamará junto a ellos los llamados derechos sociales y económicos del trabajador: los derechos laborales. Hay, pues, una *equiparación* jurídico-política de los derechos de la persona y los derechos subjetivos del ciudadano en su condición de trabajador profesional por cuenta ajena y dependiente. Por ello es legítimo afirmar que se hace de los derechos del trabajador derechos análogos a los del ciudadano[82]; pero atendiendo a los principios de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales[83]. Para lo cual el derecho constitucional tiene la función de organizar las instituciones de la democracia y la democracia en las relaciones de trabajo no puede ser otra cosa que hacer de los derechos de los trabajadores derechos análogos a los del ciudadano.

Pero hay más: la norma fundamental no se limita a crear el Derecho del Trabajo sino que también tiene una virtualidad "conformadora" del mismo. La Constitución "conforma" el ordenamiento laboral, porque estructura y delimita los principios jurídicos y derechos laborales en ella reconocidos. El ordenamiento laboral, su desarrollo, dependerá de la modalidad de su reconocimiento constitucional. Ciertamente, el texto constitucional define y da un determinado valor y alcance jurídico-político a los principios y derechos laborales normados. Es así que la Constitución dicta los *principios unificantes* del ordenamiento laboral. Pero la conformación del sistema por ella construido según los principios constitucionales significa una unidad dinámica, abierta hacia el futuro y lleva de conflictos y antinomias, atravesada por lógicas contrapuestas en el contexto de una sociedad cada vez más compleja y pluriconflictual.

La Constitución determina la existencia de una o varias fuentes de producción (monismo o pluralismo jurídico) y, traslativamente, la existencia de una o varias fuentes jurídico-positivas

[82] Vid. Lyon-Caen,G.: "Constitucionalización del Derecho del Trabajo", en VVAA.*: Los trabajadores y la Constitución*, Madrid 1980, pp. 31 y ss., en particular p. 31.

[83] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, pp. 137 y ss. ("Los principios de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales"); *Ibid.,* "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 45 (2017). En el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales adquiere un papel central el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales. Este principio enlaza con la idea-fuerza de que los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana. En los sistemas jurídicos actuales y en el pensamiento contemporáneo prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. Este principio de indivisibilidad presupone que los derechos fundamentales forman un bloque unitario y no pueden ser situados en una estricta relación jerárquica. Tales derechos se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídica social. Dicha indivisibilidad e interdependencia se debe vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). Por otra parte, y en este marco analítico, es importante reconsiderar el llamado principio de no regresión o irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales.

(fuentes de origen estatal y fuentes de origen profesional); establece y define un determinado sistema de fuentes. Por otra parte, consagra unos derechos subjetivos, que se atribuyen al individuo y al ciudadano en cuanto trabajador ("hombre contextualizado" en la formación social).

Pues bien: dado que se debe admitir la supremacía (superlegalidad formal y material de la Constitución)[84] de la Constitución (su fuerza vinculante) sobre el Estado y los sujetos privados, ha de afirmarse consiguientemente que el Estado y los poderes sociales con facultad normativa creadora en la regulación jurídica de las relaciones de trabajo quedan vinculados por lo declarado y establecido en la Constitución y han de respetar cuando proceda a regular las relaciones laborales, la conformación de los derechos laborales y su contenido esencial. Este carácter conformador de la Constitución supone que el Derecho del Trabajo desarrollado en la legislación estatal o en las normas paccionadas no puede ser sustancialmente distinto del querido por la Constitución.

La Constitución como formadora y conformadora del Derecho del Trabajo implica que éste alcanza su definitiva consolidación en un plano formal como sector diferenciado del sistema jurídico[85].

El constitucionalismo social de la Iª Postguerra Mundial (1919-1938) es, en cierto modo, un intento de formalizar o racionalizar en la norma fundamental todo un proceso de revisión social y democrática que los regímenes políticos liberales habían experimentado *de hecho* en el último siglo, junto con el intento de instaurar una nueva modalidad de Estado capitalista: el llamado Estado social de Derecho, llamado a corregir los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva. Para ello era necesario un replanteamiento de las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la sociedad en la línea de suprimir la inhibición del Estado frente a determinados problemas económicos y sociales: El Estado deviene de Estado gendarme a Estado gestor, a fin de desempeñar una función reguladora e interventora en los procesos económicos y en los conflictos sociales propios del naciente sistema neocapitalista[86].

El Estado liberal ha derivado históricamente en Estado social, forma esta última en la que, aun manteniéndose en su integridad la estructura de las relaciones civiles y políticas que habían venido organizándose desde la revolución liberal (o incluso, perfeccionándola con frecuencia), el Estado asume el compromiso de no asistir pasivamente al enfrentamiento (esto es no sólo reprimiendo sino también formalizando, ordenando e integrando o, en otros términos, juridificando el conflicto) entre individuos y clases en el terreno económico y social, interviniendo en este ámbito con vistas a asegurar a

[84] Véase García De Enterría, E.: "La Constitución como norma jurídica", ANUARIO DE DERECHO CIVIL (1979) Fascículo 2-3, pp. 291-341. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-20029100342; García De Enterría, E.: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Ed. Civitas, 2006.

[85] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 116-121.

[86] Estamos nuevamente frente al Estado capitalista contrapuesto en lo político al Estado del capital. Cfr. Galgano,F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, trad. M. Broseta Pont y C.Alborch Bataller, Valencia, 1980, pp. 41 y 55; Garcia Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 21 y ss.; Jessop, B.: *El Estado: pasado, presente, futuro,* 2017; Streeck, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política en el neoliberalismo saliente,* Madrid, Katz Editores, 2023. Wolfgang Streeck muestra cómo nuevo orden mundial proclamado por las grandes potencias mundiales tras el colapso de la Unión Soviética resultó ser ingobernable por medios democráticos, y una combinación de tecnocracia y dominio del mercado tomó su lugar planteando problemas de gobernabilidad y crisis sistémicas aceleradas. Pero el régimen económico y político surgido de la globalización ha fracasado en lo económico y perdido apoyo y legitimidad en lo político, es decir, se están ante el declive del orden mundial neoliberal, el cual no es hegemónico y permanece estancado entre el globalismo y la democracia. La utopía de "un mundo, un mercado"' se demostró irrealizable, al tiempo, y la democracia constitucional nacional resultó fácil de dañar pero difícil de suprimir. Analizando el conflicto entre las fuerzas de la globalización y las de la democracia, Streeck indaga aquí en la posibilidad de que los Estados y las sociedades retomen el control de su destino colectivo. Para ello, traza las líneas maestras de un sistema estatal que permita la gobernanza democrática dentro de Estados-nación soberanos y la cooperación pacífica entre ellos. Sin por ello incurrir en la utopía contraría de ignorar la realidad existencial de la mundialización, que no debe ser confundida con la globalización neoliberal.

todos los ciudadanos un mínimo de bienestar. No obstante, el Estado social provee a estos objetivos de pacificación social mediante instrumentos que no pretenden transformar (más bien todo lo contrario) radicalmente la estructura económica general y sí sólo corregir algunas de sus disfuncionalidades, amparando -no tanto con una finalidad altruista o filantrópica como de pacificación y estabilización social- a los más débiles económicamente[87]. En los ámbitos económico y social se toma conciencia de la insuficiencia del libre juego de las fuerzas económicas y de los supuestos mecanismos espontáneos de regulación de las relaciones sociales con los consiguientes desequilibrios y disfuncionalidades tanto en lo económico (crisis cíclicas) como en lo social (recrudecimiento de los conflictos de clase).

El Estado social de Derecho, como Estado capitalista moderno, está llamado a realizar tanto una función política (en cuanto que es la organización política de la sociedad capitalista) como, al propio tiempo, una función económica (ordena la economía; garantizando las condiciones de reproducción del sistema capitalista e interviene como agente directo -empresario público- en las relaciones económicas, pero asumiendo parcelas básicas para el buen funcionamiento de la economía)[88].

En este período las principales innovaciones de un movimiento constitucionalizador que aspira, en la fundación o renovación de sus Estados, a recuperar el "retraso histórico" son la expresa limitación en los textos constitucionales de los poderes de gobierno, la hegemonía de los parlamentos y la proclamación de los "derechos sociales" junto a los tradicionales derechos liberales.

Manifestaciones fundacionales de este constitucionalismo social que inserta en los textos constitucionales los derechos socio-laborales son, significadamente, la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y la más influyente Constitución alemana de Weimar (1919). La primera en su art. 123 reconoce y sistematiza los más importantes derechos laborales y sociales; la segunda, en los artículos 157 y siguientes establece un exhaustivo reconocimiento de los derechos laborales[89]. Importa subrayar el dato jurídico de que los principios laborales adquieren el rango de "derechos". En esta línea del constitucionalismo de entreguerras se inscribe la Constitución Española de 1931, que dispensa una protección especial al trabajo y establece todo un programa jurídico laboral de la República (cfr. artículos 33, 39 y 46, especialmente). Excepción hecha de la anticipadora Constitución Mexicana de 1917, las constituciones de este período lo que hacen es incorporar los derechos y principios que iban siendo proclamados por las organizaciones internacionales, fundamentalmente la OIT a partir de su creación en 1919 en la Parte XIII del Tratado de Versalles.

Con ello se formaliza una revisión profunda del modelo liberal individualista precedente, lo que queda de manifiesto en el reconocimiento no sólo de una libertad genérica de asociación, sino también el específico laboral de sindicación y en el reconocimiento generalizado de otros derechos subjetivos de contenido laboral. Pero, no obstante la amplitud en el reconocimiento, el desarrollo de estos principios y derechos laborales por la legislación estatal fue insatisfactorio y de cualquier modo

---

[87] Cfr. Pizzorusso,A.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, vol. I, trad. J.Jimenez Campo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 24-25.

[88] Vid. Galgano,F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., p. 43. Cfr. Brunhoff,S.: "Estado y capital", Madrid 1978; Offe,C.: *Contradicciones den el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza editorial, 1990, esp.pp.41 y ss.; Jessop,B.: *Estado: pasado, presente, futuro,* Madrid, Los Libros de la Catarata, 2017.

[89] El aspecto formador del Derecho del Trabajo en la Constitución de Weimar queda evidenciado en el art. 157, según el cual "La mano de obra gozará de la protección especial del Reich. Se establecerá en todo el Reich un derecho obrero uniforme". Un estudio excelente de la Constitución de Weimar, en Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución,* Madrid, Alianza editorial, 1983, pp. 45 y ss.; Heller,H.: *Escritos Políticos*, trad.A.López Pina, Madrid, Alianza editorial, 1985, espec., pp.269 y ss. Dentro del mismo período hay que dejar constancia del constitucionalismo socialista, de signo distinto al constitucionalismo social que incorpora derechos de orden social y laboral. Cfr. las Constituciones de la Unión Soviética de 1918, 1924 y 1936: se trataba de un constitucionalismo que supuso en sus inicios una garantía especialmente reforzada de determinados derechos económicos y sociales, aunque tendía a reducir el papel de los sindicatos libres y de la autonomía colectiva. Sobre la evolución del constitucionalismo soviético desde 1917 a 1977, véase el excelente estudio de Biscaretti Di Ruffia,P. y Crespi Reghizzi,G.: *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, 1979, pp. 64 y ss.

el constitucionalismo social estaba pensado, sobre todo, para la formación de un derecho laboral de origen básicamente estatal (en un proteccionismo del Estado respecto a las clases trabajadoras) y no tanto en un fomento de la creación generalizada de normas de origen profesional, pese a que sin duda se reconocía el derecho a la negociación colectiva como corolario -como elemento integrante de la acción sindical- de la misma proclamación de la libertad sindical colectiva.

Con todo, se perfecciona la política del Derecho diseñada para la conservación del orden social del capitalismo avanzado: el doble intento (o propósito) de la mejora sistemática de las condiciones de existencia de los trabajadores (y de los ciudadanos en general) a cambio del mantenimiento sustancialmente intacto de las estructuras capitalistas. Es ésta una opción claramente integradora de la clase trabajadora en la sociedad capitalista a través de una política reformas[90] impulsado por una dualidad de fuentes de poder: el Estado (y poderes públicos en general) y la autonomía colectiva. Si la legislación laboral del siglo XIX era esencialmente asistemática (aunque obedecía a la misma lógica pacificadora), el Derecho del Trabajo moderno -construido desde la juridificación de sus principios ancilares en las constituciones sociales- intenta afrontar la institucionalización del conflicto laboral desde una mayor "racionalidad" jurídica e institucional. Sin embargo la crisis estructural producida a partir de los setenta pondrá de manifiesto la precariedad de ese intento racionalizador cuando de se trata de proyectar al Derecho del Trabajo, situado siempre en posición de contraste con el ordenamiento jurídico general.

De todo lo expuesto parece obligado deducir que la constitucionalización de los derechos laborales marca el tránsito definitivo de la legislación social (el llamado "derecho obrero") al Derecho del Trabajo: la constitucionalización del Derecho del Trabajo constituye una etapa fundamental para su consolidación como sector diferenciado del orden jurídico. De ahí que en la Constitución de los países avanzados se formaliza un sistema de democracia pluralista y en coherencia con ello un modelo democrático y conflictual de relaciones laborales.

Ahora bien, llegados aquí conviene puntualizar que si bien la constitucionalización de los derechos laborales constituye un factor histórico decisivo en la consolidación del Derecho del Trabajo y determinante de su desarrollo en cuanto que predetermina formalmente las opciones legislativas ordinarias y protege los derechos laborales frente a los acontecimientos históricos que se suceden a veces existen preceptos que proclaman principios de contenido socio-laboral que difícilmente pueden ser directamente invocados. Además como por desgracia suele ser frecuente en la praxis jurídica el desarrollo legislativo de un derecho laboral constitucionalizado puede hacer ineficaz su ejercicio[91].

Siendo el Derecho del Trabajo un sector diferenciado del ordenamiento jurídico general una especificación de los principios y derechos constitucionalmente consagrados, es manifiesto que el Derecho del Trabajo participa en la misma constitución de las relaciones de producción; expresa y codifica las relaciones de producción al mismo tiempo que las enmascara y posibilita su reproducción. Pero los conflictos de clases determinan contradictoriamente la formación y el contenido del Derecho del Trabajo inscrito en el derecho establecido[92]. Refutando la alternativa demasiado fácil y falsa según

[90] Dirigidas hacia una relativa desmercantilización de los mecanismos de satisfacción de las necesidades humanas y hacia una también relativa desmercantilización del trabajo, incidiendo así sobre el libre juego de las fuerzas de poder operantes en el mercado. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Cap. I.2. ("Los modelos de Estado del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna"), pp. 27 y ss., Capítulo II ("La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: el trabajo y su ordenación jurídica"), pp. 45 y ss., Capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía: los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"), pp. 159 y ss.

[91] Cfr. Lyon-Caen,G.: "Constitucionalización del Derecho del Trabajo", cit., pp. 32-33.

[92] Esta perspectiva dualista (punto de vista interno y punto de vista externo) de contemplación del Derecho del Trabajo como fenómeno jurídico aporta criterios válidos para la explicación social del Derecho como "fenómeno jurídico", sin descuidar el análisis estrictamente jurídico. En otras palabras: deja lugar a la dogmática jurídica que contempla al Derecho, en lo que le es específico como realidad diferenciada, desde la perspectiva interna o normativa; el ser

la cual el Derecho del Trabajo sería el derecho de la protección de los trabajadores o el derecho que rige solamente la explotación de la fuerza de trabajo, se llega a la conclusión de que el Derecho del Trabajo puede ser la apuesta y el resultado de una lucha cotidiana por un nuevo derecho en el marco de una transformación global de la sociedad. Las nuevas construcciones alternativas no deben limitarse a ensanchar el sistema jurídico-político en beneficio de los trabajadores en cuanto tales (lo que es tanto como perpetuar su situación subordinada al capital en todos los ámbitos de la vida social), sino también en beneficio de los trabajadores en tanto que ciudadanos. No sólo se trata de ensalzar al trabajador y sus derechos, sino también de potenciar al ciudadano y su libertad y autonomía. En la relación jurídica de trabajo queda implicada la misma persona del trabajador, lo que hace apremiante la tutela del propio trabajador, a fin de restablecer progresivamente su libertad y dignidad personal[93].

No cabe duda tampoco del hecho de que ese Derecho del Trabajo esencialmente contradictorio puede dar acogida -con todas las limitaciones que se deducen del sistema establecido- a la lucha permanente por un ordenamiento laboral que contribuya a afirmar la concepción del trabajo del hombre como realización de su personalidad como quería H. Sinzheimer[94], sin la máxima supeditación a las puras exigencias económicas que imperan en el capitalismo histórico[95]. Sin embargo, no conviene olvidar que esta idea-fuerza emancipatoria se opone "hic el nunc" a la realidad jurídica de que el contrato de trabajo se construye sobre la base de una especial subordinación del trabajador individual a las exigencias de la organización productiva (en suma, a la empresa capitalista)[96]. Por lo demás, el Derecho del Trabajo tiende a encubrir esa realidad de la subordinación tras la técnica del contrato, que considera concluido entre iguales. Este fue un dato subrayado ya por los fundadores del Derecho del Trabajo moderno[97]. El propio ordenamiento laboral destacará en el ámbito jurídico la subordinación

un orden normativo que regula un determinado sistema social. La perspectiva interna y externa del Derecho son facetas de la realidad del Derecho, pero la "comprensión" del sentido objetivo del Derecho positivo no puede quedar disuelta o absorbida en la "explicación" del sentido social. Entender lo contrario supondría incurrir en una confusión metodológica entre las diversas ciencias sociales que imposibilitaría el conocimiento científico del Derecho también, en lo que le es esencial, como conjunto de normas. La diferenciación entre "explicación" y "compresión" utilizada en el texto se inspira en la construcción que en el marco general de la teoría de las ciencias sociales formula Wright, G.H.V.: *Explicación y comprensión*, trad.L.Vega Reñon, Madrid, Ed. Tecnos, 1987. En la perspectiva jurídica, Monereo Pérez, J.L.: "Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho", en *Revista de Derecho Social,* núm. 37 (2007), pp. 11-52.

[93] Cfr. Lyon-Caen,G.: "La crisis actuelle du droit du travail", en *Le Droit capitaliste du Travail*, Grenoble, Presses universitaires, 1980, p. 259. Se observa críticamente en esta obra colectiva que el Derecho del Trabajo es unilateralmente favorable a los trabajadores y que goza de un estatuto especial en el ordenamiento jurídico. Al estudiar la génesis del derecho del trabajo, los autores ponen de relieve su estatuto real y las condiciones en las que se produjo. Sin negar que su existencia es, en muchos aspectos, útil para los trabajadores, esta obra colectiva pretende demostrar que el Derecho del trabajo sigue siendo el instrumento de dominación de las relaciones de producción del capitalismo avanzado. Las crisis y las reestructuraciones de las economías capitalistas conduce a un cuestionamiento notable de las garantías jurídicas de los asalariados, lo que pone de relieve el carácter contradictorio de esta rama social del Derecho. Esto debería animar a defender un cuerpo jurídico cuyo desarrollo es inseparable de la extensión de la democracia.

[94] Sinzheimer,H.: "El hombre en el Derecho del Trabajo (1930", en Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, cit., pp.79 y ss.

[95] Para esta noción véase Vallerstein,I.: *El capitalismo histórico*, trad.P.López Máñez, Madrid, Siglo veintiuno de España editoriales, 1988; JESSOP,B.: *Estado: pasado, presente, futuro,* Madrid, Los Libros de la Catarata, 2017

[96] Como reconocería el propio Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, traducción y nota preliminar a .Jesús María Galiana Moreno, "IN MEMORIAM", a cargo de F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2019.

[97] Cfr.Sinzheimer,H.: "La esencia del Derecho del Trabajo", en *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, cit., pags.69 y sigs., el cual se apoyaba explícitamente su concepción sobre las elaboraciones de K.Marx. Según el autor "el especial interés del Derecho del Trabajo radica en que se trata de del trabajo dependiente. La dependencia es el gran problema del Derecho del Trabajo (...). La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se aparta, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales" (*Ibid.,* pp.74-75). Pero el elemento de la dependencia no era extraño, aunque con otra connotación, a O.Gierke, A.Menger o Salvioli. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España, estudio preliminar a Menger, A.: El Derecho civil y los pobres, trad. Adolfo Posada, Granada, Ed. Comares (Col.

del trabajador como elemento definitorio del contrato de trabajo. De este modo el Derecho del Trabajo viene a garantizar el poder de dirección (en su más amplio sentido que incluye al poder disciplinario) del empresario (cfr. artículos 1.1, 5, 20.1 y 58 ET)[98].

Estas constituciones democrático-sociales garantizan los derechos sociales como derechos análogos a los tradicionales "liberales", derechos civiles y políticos. Se reconocen como derechos de la personas; esto es, derechos de ciudadanía no necesariamente vinculada a la condición de nacionalidad de sus titulares. La ciudadanía social se inserta en el cuadro de la ciudadanía plena o integral y ésta hace referencia a la cualidad de pertenecer a una determinada comunidad política. La ciudadanía adquiere una *configuración dual*: desde el punto de vista "formal", la ciudadanía hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política; desde el punto de vista "sustancial", la ciudadanía remite a la atribución al ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado[99]. La noción de ciudanía plena remite a la clásica triada que integra las tres dimensiones de la ciudadanía; a saber: la *ciudadanía política,* que se vincula con el principio participativo, y comprende los derechos políticos electorales y de participación institucional); la *ciudadanía civil*, ligada al principio de libertad, y que encuentra una expresión fundamentalmente en la libertad de contratación y asunción de obligaciones en las relaciones intersubjetivas; y, por último, la *ciudadanía social*, vinculada al principio fundamental de igualdad sustancial y configurada del modo en que se acaba de hacer aquí. Por su parte, la llamada *ciudadanía industrial*, que entronca tanto con el principio participativo como con el principio de libertad y queda vinculada al ejercicio de los derechos sindicales y en general al reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales en la empresa (en el lugar de trabajo) y el sistema de empresas. Esta ciudadanía adjetivada de "industrial" viene a ser un "tertium genus" situado en la misma frontera entre la ciudadanía política y la ciudadanía civil[100]. Ahora bien, estamos no ante compartimentos estancos, sino ante dimensiones de la ciudadanía integral cuyo eje fundamental reside en el principio de dignidad humana base de todos los derechos y libertades fundamentales[101].

Llegados a este punto interesa poner de relieve que el art.9.2 de la Constitución constituye una norma clave en materia de reconocimiento constitucional de la ciudadanía plena. La noción de ciudadanía plena en sus diversas dimensiones se consagra en la Constitución Española de 1978. Especialmente se ha de hacer notar el bloque normativo regulador formado por el Preámbulo y el Título Preliminar

Crítica del Derecho), 1998.*Ibid., Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, capítulo I ("Los fundamentos doctrinales del Derecho Social: la contribución del socialismo jurídico"), pp. 21 y ss., Capítulo 4 ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"), pp. 191 y ss.; *Ibid.,* "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *10*(2), (2020) pp. 682-735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080 ; Salvioli, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, traducción de Ricardo Oyuelos, estudio preliminar de Bartolomé Clavero, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979.

[98] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp.134 y ss.; *Ibid., Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Tecnos, 1996, pp. 15 y ss., y 27 y ss.

[99] Para esta distinción entre noción formal y noción sustancial de ciudadanía, véase Bottomore,T.: "Citizenship and Social Class, Forty yers on", en *Citizenship and Social Class*, Londres, pp.55 y ss., en particular pp.66 y ss.; ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de ciudadanía"), pp. 159 y ss.

[100] Como apuntara Marshall la ciudadanía industrial aparece como una figura paralela a la ciudadanía política. Vid. Marshall,T.H.: "Citizenship and Social Class", Cambridge", 1950. Para la comprensión del debate sobre la ciudadanía, véase Zolo,D. (Dir.): *La cittadinanza. Appartenenza, identita', Diritti"*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp.3 y ss.

[101] Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Ed. Laborum, 2019, pp. 9 y ss., 161 y ss., y 235 y ss.; *Ibid.,* "La dignidad de la persona como eje del sistema de Derechos Fundamentales[art. 10 CE y Normas concordantes]", en Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F. Álvarez Cortés, (Dirs.): *Derechos laborales fundamentales inespecíficos,* López Insua, B. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2020, pp. 1-186.

del texto constitucional. Emblemático es el art.9.2 CE, que reconoce en síntesis las distintas vertientes de la ciudadanía (las "constitucionaliza"): ciudadanía política (participación política), ciudadanía civil (principio de liberta) y ciudadanía social (enunciada como principio de igualdad sustancial)[102]. Es obvio que ello se relaciona con la cláusula del Estado social expresamente acogida por nuestro Texto Fundamental (art.1.1 CE.[103]) y, como una manifestación de la misma, la consagración de los derechos fundamentales no sólo civiles y políticos, sino también de carácter eminentemente social. El constituyente ha establecido así una vinculación de los derechos fundamentales con la situación real de poder o de los titulares, abandonando la configuración tradicional de los derechos como meras posiciones jurídicas individuales independientes de las condiciones reales necesarias para su realización social efectiva. En esta perspectiva el principio constitucional de Estado social se traduce en la opción constitucional por el disfrute efectivo por los ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por los derechos fundamentales. Ello supone la imputación al Estado (o, en general, a los poderes públicos[104]) de la responsabilidad de procurar que existan las condiciones que permitan hacer realidad ese disfrute de los derechos por los individuos en cuanto pertenecientes a la comunidad política. Y todo ello en la idea de que en el Estado democrático existe un sistema de derechos en virtud de la cual los derechos sociales son necesarios para la efectividad de los derechos civiles y políticos.

Por eso, no es de extrañar que inicialmente se reconociera por el propio Tribunal Constitucional a la cláusula de Estado social como principio directamente aplicable desde la Constitución Española,

[102] Reténgase que el art.9.2 CE es una reformulación del art.3 de la Constitución Italiana, que formulara el principio consagrado por C.Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976) de la "constitución material". Véase, Mortati, C.: "Il lavoro nella costituzione", en Mortati, C.: *Il diritto del lavoro,* Milán, Giuffrè, 1954, pp. 149 y ss.; Mortati, C.: "Comento all' articolo 1 della Costituzione", en *Comentario della Costituzione. I Principi fondamentali,* a cura di Giussppe Branca, Bologna-Roma, Ed. Zanichelli, 1975, pp. 1 y ss.; Mortati, C.: "Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica", en *Raccolta di scritti,* vol. III, Milán, Ed. Giuffrè, 1972, pp. 142 y ss.; Mortati, C.: "La Repubblica è fundata sul lavoro", en *Politica del Diritto,* 1975; Mortati. C. "Voz 'Costituzione (dottrine generali)" en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI., Milán, Ed. Giuffré, 1962. Sobre su la concepción de Mortati, véase Zagrebelsky. G. *Premessa a la Costituzione in senso materiale",* en *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Ed. Giuffré, 1998.
Principio de "constitución material" que se vincula con la categoría de ciudadanía plena. La noción de ciudadanía social -con todas la matizaciones que se puedan y deban hacer- es tributaria de las construcciones de Marshall,T.H.: "Citizenship and Social Class and other essays", Cambridge 1950, no existe traducción al castellano, pero sí en legua italiana: "Cittadinanza e classe sociale", Torino, 1976. Vid. Smend, R.: "Constitución y Derecho constitucional", Madrid, 1985, págs.225 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de ciudadanía"), pp. 159 y ss. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *4*, (2022) pp. 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622

[103] "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

[104] En la actualidad la forma "Estado" no es el único modelo de la unidad política, ello se relacionado con la creación de nuevas instancias de poder político "supraestatal", como es el caso de la Unión Europea. Este fenómeno hizo decir, nada menos que a C.Schmitt ("Prólogo", de marzo de 1963, del autor a su *El concepto de lo político*, trad.R.Agapito, Madrid, Alianza editorial, 1991, p.40), y con palabras realmente bellas, que "La época de la estatalidad toca ahora a su fin. No vale la pena desperdiciar más palabras en ello. Termina así toda una superestructura de conceptos referidos al Estado, erigida a lo largo de un trabajo intelectual de cuatro siglos por una ciencia del derecho internacional y del Estado 'europacéntrica'". El resultado es que el Estado como modelo de la unidad política, el Estado como portador del más asombrosos de todos los monopolios, el de la decisión política, esa joya de la forma europea y del racionalismo occidental, queda destronada. Sin embargo se mantiene sus conceptos, que quedan incluso como conceptos clásicos. Bien es verdad que en la actualidad el término clásico suena en general un tanto equívoco y ambivalente, por no decir irónico". Para un completo estudio de la concepción schmittiana, puede consultarse, *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Capítulo II, pp. 241 y ss., Capítulo III, pp. 277 y ss.

"que no sólo ha de informar el ordenamiento, sino que es capaz de comportar deberes positivos para los poderes públicos"[105].

Por otra parte, conviene reparar en el dato de que el texto constitucional se preocupa de *garantizar*[106] un núcleo básico de derechos sociales asociados a la ciudadanía plena, que son la cristalización refleja de principios fundamentales del ordenamiento constitucional: principio participativo, principio de libertad e igualdad[107]. Se ha subrayar que "el concepto de desmercantilización aplicado a la política social hace referencia al *grado en el que los individuos o las familias pueden mantener un nivel de vida socialmente aceptable independientemente de su participación en el mercado.* La prestación social asegura al individuo la atribución de recursos económicos *fuera de la lógica del mercado* y de la integración de las rentas del trabajo. El Estado del Bienestar (forma evolucionada de Estado Social de Derecho) ahonda la libertad real del individuo al reducir su dependencia del mercado. El problema en el cuadro de la política social reside en establecer el grado satisfactorio de *inmunidad de mercado* que sería deseable y permisible en el marco del sistema establecido, lo que remite a los índices de cobertura protectora garantizados en extensión e intensidad". Los derechos sociales se fundan en la igualdad y solidaridad social[108].

Entre los derechos sociales (que forman parte del "status" democrático de ciudadanía social[109], que asumen la función en el orden constitucional de institutos de desmercantilización y

[105] Cfr. Parejo Alfonso,L.: *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 1983, pp .63-64, con referencia a las SSTC de 16 de marzo y 18 de abril de 1981. Consúltese también Pérez Royo,J.: "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.10 (1984), pp.157 y ss.

[106] En sentido de, Ferrajoli,L.: *Derecho y Razón*, trad.P.Andrés Ibañez y otros, Madrid, Ed. Trotta, 1995, esp.págs.851 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch". *Lex Social, Revista De Derechos Sociales 12* (1)*,* (2022) pp. 166-273. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6323. Ampliamente, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europa,* Granada, Ed. Comares, 2017, 1005 páginas.

[107] Principio participativo (ciudadanía política y su proyección como ciudanía industrial en la empresa), principio de igualdad (ciudanía social), y, en fin, principio de libertad (ciudadanía civil). Para la reconstrucción del texto constitucional con base a los principios fundamentales que lo informan y que en ella misma se consagran, véase por todos Pizzorusso, A.: *Lecciones de Derecho constitucional*, trad. J.Jiménez Campo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp.101 y ss.

[108] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, Capítulo I.2 ("Los modelos de Estados del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna"), pp. 27-44, en particular p. 41.

[109] Nótese que desde esta perspectiva los derechos asociados a la ciudadanía no tienen una consideración aislada sino que forman un sistema por su pertenencia a la ciudadanía y a la función político-constitucional que esta ocupa en la dinámica de funcionamiento de la formación social.
Como se ha dicho la ciudadanía se compone de tres momentos o elementos constitutivos: la ciudadanía política, la ciudadanía civil y la ciudadanía social. Cfr. Marshall,T.H.: *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge, 1950, traducida al castellano, Marshall,T.H.: *Ciudadanía y clase social,* Madrid, Alianza Editorial, edición acompañada de un estudio monográfico del gran sociólogo Tom Bottomore.
Consúltese, asimismo, los ensayos recogidos en ZOLO, D.(Coord.): *La cittadinanza. Appartenenza, Identitá, Diritti*, Roma-Bari, 1994; Monereo Pérez, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19 (1985), pp. 7-46; Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Capítulos I y III. Exhaustivamente, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa,* Granada, Ed. Comares, 2012: *Ibid., El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014; *Ibid., La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europa,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.

de neutralización de los resultados negativos producidos por el mercado[110], se halla naturalmente el *derecho a la Seguridad Social* que se concede precisamente como derecho atribuido a los individuos en su condición de "ciudadanos"[111]. Lo que comporta que éstos tienen un conjunto de expectativas o pretensiones que en calidad de ciudadanos expresan frente al Estado para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. Estas pretensiones se resumen a veces en el "derecho" esencialmente a una cuota mínima de ingreso que no es proporcionar al valor de mercado del sujeto titular; aunque la ciudadanía social no se agota en ello[112]. Lo mismo se puede decir del reconocimiento de la ciudadanía "industrial"[113], es decir, penetración de la Constitución y de los derechos y libertades constitucionales fundamentales en la empresa y Administraciones públicas[114].

La Constitución Española, como es sabido, afirma el carácter social del Estado y, en consecuencia, se inscribe en la línea del intervencionismo estatal propio de los textos del constitucionalismo social contemporáneo, lo que se pone de manifiesto a lo largo de su articulado (así, por ejemplo, los artículos 1.1, 7, 9.2, 10, apartados 1º y 2º, 28, apartados 1º y 2º, 35.1, 37, 40, 41,

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es decir en la perspectiva de los "derechos" y "libertades", se configura la ciudadanía social como un conjunto de situaciones subjetivas activas garantizadas por el ordenamiento jurídico (ciudadanía como dotación de derechos y libertades de acción).

[110] La idea de desmercantilización del trabajo se halla presente implícitamente en el art.427 del Tratado de Versalles cuando declaró el principio de que la mano de obra no podía ser considerada como una mercancía (bien o artículo de comercio). Véase Monereo Pérez, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19 (1985), pp. 7-46; Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, Capítulo I.2 ("Los modelos de Estados del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna"), pp. 27-44, capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de ciudadanía"), pp. 159 y ss. La referencia expresa al art. 427 del Tratado de Versalles, *Ibid.,* p. 163, nota 13.

[111] Entendiendo el concepto no sólo enmarcado en el Estado-Nación, sino "político general" de status de pertenencia a la una comunidad política nacional o internacional; por lo que el concepto de ciudanía no debe suponer necesariamente un "derecho de exclusión" de los "extranjeros".
En el fondo lo esencial en la teoría de la ciudadanía sobre el Estado de Bienestar es la calidad de miembro pleno de la comunidad, idea que enlaza con la noción de igualdad. Vid. Harris,D.: *La justificación del Estado de Bienestar*, trad.J.J.Ferández Cainzos, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), 1990, pp.347 y 366.
Por lo demás, la noción de ciudadanía adquiere en el marco de la Unión política Europea una dimensión supranacional y supraestatal, en tanto que se ha reconocido en el sistema de los Tratados fundacionales una ciudadanía europea, aunque ciertamente se trata de una ciudadanía incompleta. En efecto, conforme al art. 20 TFUE (antiguo artículo 17 TCE): "1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos".

[112] Vid. Barcellona, P.: "Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social", Olivas, E. (Coord.): *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Ed. Trotta, 1991, pp.29 y ss.

[113] Que ha de ser relacionada con la ciudadanía política general y su conexión con la esfera de la sociedad civil a la que complementa de forma paralela. Esta idea está ya presenten en la concepción de MARSHALL.

[114] Sobre el tema en una perspectiva general y jurídico-laboral, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de ciudadanía"), pp. 159 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Ed. Laborum, 2019, pp. 9 y ss., 161 y ss., y 235 y ss.

43, 44.1, 47, 49, 50, 128.1, 129.2, 131, apartados 1º y 2º, de la CE). De ahí que la CE, art. 41, proclame que la Seguridad Social es una función del Estado orientada a otorgar prestaciones "suficientes" ante situaciones de necesidad, y solamente deje un espacio de libre iniciativa y gestión en el ámbito de la protección complementaria libre[115].

3. BIBLIOGRAFÍA

3.1. Obras de Alejandro Gallart Folch (Selección)

— *Derecho administrativo y procesal de las corporaciones de Trabajo,* Barcelona, Bosch, 1929.

— *Derecho Español del Trabajo*, con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Ed. Labor, 1936.

— *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Barcelona, Librería Bosch, 1932.

— *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, 2ª ed., edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

— *El ocaso de una gran utopía*, Buenos Aires, Ed. Espasa-Calpe, 1941.

— *Los principios fundamentales del Fuero del Trabajo*, con un prólogo de Francisco Sáenz de Tejada, Barón de Benasque, Barcelona, Ed. Bosch, 1939.

— *Derecho Administrativo y Procesal de las corporaciones de trabajo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1929.

— «El corporativismo. Un capítulo inconcluso de la historia de las ideas sociales», en *Estudios, en memoria de A. M. Unsain*, Buenos Aires, 1954, pp. 165 y ss.

— *El sindicalismo como fenómeno social y problema jurídico*, Buenos Aires, Ed. Víctor P. de Zavalia, 1958.

— "Proyecciones extra-laborales en los conflictos colectivos de trabajo", en VV.AA.: *Contratti collettivi e controversie collettive di lavoro. Studi in memoria di Lodovico Barassi,* Padova, Cedam, 1965.

3.2. Obras sobre Alejandro Gallart Folch y su época (Selección)

Alonso Olea,M.: "Cien años de Seguridad Social", en *Papeles de Economía Española,* núms.12-13 (1992).

Arendt, H.: *Los orígenes del totalitarismo,* 2 volúmenes, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1994.

[115] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS. CEF*, núm. 429 (2018); *Ibid.,* "La Seguridad Social en la Constitución Española", en Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social,* Tomo I, Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, Á.L. (Coords), Murcia, Ed. Laborum, 2017, pp. 95-120; *Ibid., Público y privado en el sistema de pensiones. Estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Ed. Tecnos, 1996, Capítulo I. III ("El sistema de pensiones en el marco de la ciudadanía social. La ciudadanía social en el sistema constitucional"), pp. 39 y ss.; *Ibid., La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social,* Barcelona, Ed. Atelier, 2022, pp. 53 y ss.

Borrajo Dacruz,E.: "De la previsión social a la protección social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 3 (1989).

Cuesta Bustillo, J.: *Los seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Universidad de Salamanca, 1988.

— "La previsión social pública en España, 1919-1939", en VV.AA.: *La previsión social en la historia,* Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Ed. Siglo XXI, 2009.

De La Villa Gil,L.E.: *La formación histórica del Derecho del Trabajo en España,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

Del Peso Calvo, C.: *De la protección gremial al vigente sistema de seguridad social. Apuntes históricos comentados,* Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1967.

González Posada, C.: *El régimen de Seguros Sociales,* Madrid, Ed. Edersa, 1929 (3ª ed., Madrid, Ed. Edersa, 1936).

Martín Valverde, A.: "La formación del Derecho del Trabajo en España", Estudio preliminar a la recopilación legislativa VV.AA.: *La legislación social en la Historia de España*, Madrid, Ed. Congreso de los Diputados, 1987.

Monereo Perez, J.L.: *La teoría del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*, Estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, edición a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. XI-CLXIII.

— *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999.

— *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Prólogo de Fernando Valdés-Dal-Ré, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

— *El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada,* en Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica en un solo volumen y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. VII-CLXIII.

— "El Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político-jurídica", en *Cien Años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión,* Tortuero Plaza, J.L. (Dir. y Coord.), Madrid, Ed. Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

— "El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", en *Nueva revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009).

— *El catolicismo social en España: Eduardo Sanz y Escartín,* Granada, Ed. Comares, 2010.

— "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en CÁMARA,G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su Tiempo*, Granada, Ed. Universidad de Granada, 2000.

— "Cuestión social y reforma moral: las 'corporaciones profesionales' en Durkheim", Estudio preliminar a Durkheim,E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho,* trad. Estela Canto, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

— "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim", Estudio preliminar a DURKHEIM,E.: *Sociología y filosofía,* versión castellana de José María Bolaño (hijo) y revisión de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

— "El fascismo y la crisis política de Europa", Estudio preliminar a HELLER,H.: *Europa y el fascismo,* Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

— *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Muluquer y Salvador,* Granada, Ed. Comares, 2007.

— *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

— El *catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed.Comares, 2010.

— "El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II)", en *Revista de derecho constitucional europeo,* Año 8, núm. 15-16 (2011), pp. 543-632. https://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/13GinerRios.htm https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/10JLMonereo.htm.

— "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos; organicismo y corporativismo social", en *Civistas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), pp. 279-338.

— "Catolicismo Social y Previsión Social: Álvaro López Núñez", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 152 (2011), pp.907-944.

— "Álvaro López Nuñez. Clásico de la Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 3 (2015).

— "Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del se*guro social y su institucionalización en España", en* Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, núm. 13 (2017). https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/263

— "García Ormaechea, R. (1876-1938): "Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservadora en la política de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 14 (2018), págs. 283-301. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/279/290

— "Ricardo Oyuelos y Pérez (1865-1932): Política Social y Seguridad Social desde el socialismo jurídico", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 6 (2016), págs. 305-323.

— "La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionismo de Giner de los Ríos", *Ábaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales* (Número Monográfico. *Enseñanza humanista y regeneración social. El legado de Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza*), núm, 4. 90, 2016, pp. 14-36. *JSTOR*, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 1 Oct. 2022

— "José Canalejas Y Méndez (1854-1912): los orígenes de la Reforma Social desde el Liberalismo Social Moderado". (2022). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *30*, 295-324. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/570

— *Democracia pluralista y derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

— "Eduardo Aunós Pérez (1894-1967): Corporativismo y regeneracionismo autoritario en la política de protección y aseguramiento social". Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 27 (2021): 257-300. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/471

— "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), (2022) pp. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

— "Francisco Giner de Los Ríos (1839-1919): El institucionismo liberal krausista y la protección social en España. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (32), (2022), pp. 261-324. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/613

— "El republicanismo democrático español y la política reforma social: Gumersindo de Azcárate", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, (2023), pp. 1-126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8006

— "Gumersindo de Azcárate Y Menéndez (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (34), (2023), pp. 281-330. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/712

— "Eduardo Dato Iradier (1856-1921): Reformismo conservador y nacimiento de los seguros sociales en España". *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *29*, (2022) pp. 311-350. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/543

— "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021) pp. 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426

— "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), pp. 267-301. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/375

— "Severino Aznar y Embid (1870-1959): política y Seguridad Social desde el catolicismo social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 5 (2015). https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/76

— "Ricardo Oyuelos y Pérez (1865-1943c.): Política Social y Seguridad Social desde el Socialismo Jurídico", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 6 (2016). https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/93

— "Luis Jordana de Pozas (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España", en Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, núm. 7 (2016). https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/107/109

— "Práxedes Zancada y Ruata (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios desde el reformismo político y jurídico y en la deriva del partido reformista", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 26 (2021), pp. 283-315. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/456

— "Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de Trabajo y Previsión en la IIª República Española". *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *28*, (2021) pp. 265-314. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

— *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Ed. Atelier, 2023

Monereo Pérez, J.L, y Calvo González, J.: "Ricardo Oyuelos Pérez: del reformismo democrático y social a la utopía social corporativa", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 121 (2004), pp. 5-26.

Monereo Pérez, J.L, y Peláez Albendea, M.: "Gallart Folch, Alexandre", en Domingo, R. (ed.): *Juristas Universales del S. XX,* Tomo IV, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 755.

Monereo Pérez, J.L, y Peláez Albendea, M.: "Alejandro Gallart Folch", *Real Academia de la Historia.* https://dbe.rah.es/biografias/10105/alejandro-gallart-folch

Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* 2 ª ed., ampliada y revisada, Madrid, Ed.Civitas, 2009.

Palacio Morena, J.I.: *La institucionalización de la Reforma Social en España,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

Palacios,L-E.: *La regulación colectiva del contrato de trabajo,* Madrid, Ed. Sobrinos de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos. 1922.

Palomeque López, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923),* 7ª edición, revisada, Madrid, Ed. Tecnos, 2011.

Polanyi, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico,* trad. de J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, Ed.La Piqueta, 1989.

Samaniego Boneu, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La IIª República,* Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

Strauss, L.: *Liberalismo antiguo y moderno*, Buenos Aires-Madrid, Katz Editores, 2007.

Skinner, Q.: *Democracia: el viaje inacabado,* Barcelona, Ed. Tusquets,1995.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*
Abreviatura: 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 la propia página web de la revista http://revista.laborum.es. Es aconsejable que el autor/a o autores cursen su alta en la revista. Para ello únicamente tiene que entrar en la siguiente dirección de internet: revista.laborum.es y en el margen derecho superior se encuentran las ventanas para darse de alta (seguir las indicaciones). Solamente tiene que hacerlo una vez y a partir de ese momento ya podrá enviarnos sus colaboraciones y seguir su curso (registro, remisión a evaluadores, aceptación, fecha de su publicación, etc.).

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor/a del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar. Dicha identificación del documento se anonimizará con posterioridad al fin de que su sistema de revisión por pares sea de doble ciego.

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 tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: – Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, 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/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno

de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/1doycda

Tercer 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/a o autores dentro del propio artículo.

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.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

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, bibliografía, etc.).

Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, 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 Pie 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).

Referencias bibliográficas

Los apellidos de los autores/as citados/as han de ir solo en mayúscula la primera letra y versales. Los nombres solo se identifican con las iniciales en mayúscula.

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 enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el 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. Las secciones Editorial, las Crónicas (de Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social; y de Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social), así como Clásicos de la Seguridad Social se encuentran excluidos del proceso de revisión por pares de doble ciego.

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, siempre que se envíe el trabajo en plazo.

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.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se

detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

Los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia de "todos los derechos reservados" hasta que transcurra un año desde su publicación (período de embargo), momento a partir del cual se publican los trabajos bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

*Las secciones que no están sujetas a período de embargo se publican directamente bajo una licencia CC BY-NC-ND 4.0.

Recuérdese que las secciones Editorial; Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; Crónica de Doctrina Administrativa de Seguridad Social y Clásicos de la Seguridad Social, se ofrecen en abierto. Las secciones Estudios Doctrinales; Estudios de Doctrina Judicial; Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; y Economía y Sociología, se ofrecen también en abierto transcurridos doce meses desde la publicación de cada número.

Por medio de la firma de la Carta de originalidad y de cesión de derechos de autor se ceden en exclusiva, durante un año a partir de la fecha de publicación, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (distribución, comunicación pública, reproducción y transformación) a Ediciones Laborum, S.L. No obstante, sí que se les permite a los autores/as publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico), siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada y, en todo caso, cuando haya transcurrido el período de embargo inicial de 12 meses.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

«Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum» se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: Commitée on Publication Ethics: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.
- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.
- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.
- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.
- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.
- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la

coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

- Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.
- Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.
- Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.
- Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.
- Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.
- Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la 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 la República/Montevideo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

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



Orientación y enfoque metodológico

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

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

Los contenidos incluyen:

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

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

- *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*
- *Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*
- *Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social*
- *Clásicos de la Seguridad Social*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Ediciones Laborum

ISSN 2387-0370