Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1er Trimestre 2024 nº 38

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

Propuestas de mejora para la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes formuladas por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) (Análisis técnico jurídico y de política del Derecho)
José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises
Cristina Sánchez-Rodas Navarro

El accidente de trabajo de los teletrabajadores: qué dice la jurisprudencia ante el mutismo del legislador
Rubén López Fernández

Neurodiversidad, trastorno del espectro autista y prestación para el cuidado de menores con enfermedad grave
Isabel Marín Moral

La protección social de los trabajadores del mar frente a la digitalización: ¿oportunidad o amenaza?
Sandys Menoya Zayas

Personas mayores, fragilidad y autonomía
José Delgado Ruiz

Estudios de Doctrina Judicial

De nuevo sobre el varón discriminado por la privación del complemento de maternidad
Inmaculada Ballester Pastor

Jubilación flexible y trabajo a tiempo parcial de escasa entidad a tenor de la STS 563/2023, de 19 de septiembre
Francisco Miguel Ortiz González-Conde

Incapacidad permanente y visión monocular: la relevancia de los riesgos laborales propios de la profesión habitual a la hora de determinar su grado. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 731/2023, de 10 de octubre
Silvia Fernández Martínez

¿Debe verse reducida la cuantía del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a un progenitor si el otro se encuentra percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género?
Cristina Ramírez Bandera

El tiempo en suspensión por ERTE COVID no computa como cotizado a efectos de nueva prestación por desempleo
Diego Velasco Fernández

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

La ley portuguesa de bases generales de la Seguridad Social y sus contextos normativos internacional y nacional de aplicación
Mário Silveiro de Barros

Employment of people with disabilities: European experience and ways of improvement in Ukraine
Oleg M. Yaroshenko, Halia I. Chanysheva, Nataliia O. Melnychuk, Kostiantyn Yu. Melnyk yYuliia Yu. Ivchuk

Estudio doctrinal sobre la lucha contra el fraude en la Seguridad Social por las instituciones y los estados miembros de la Unión Europea
Miguel Ángel Muñoz Ariza

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

Panorama actual en materia de bonificaciones e incentivos a la Seguridad Social derivado de los recientes cambios normativos
Ana Belén García Calvo y Jesús María Prieto Valbuena

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Tendencias recientes en materia de pluriempleo y pluriactividad a la luz de la encuesta de población activa
Luis Gómez Rufián

Clásicos de la Seguridad Social

NICOLÁS SALMERÓN Y ALONSO (1837-1908): Reformas jurídico-sociales, culturales y políticas en el republicanismo social moderado
José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1er Trimestre 2024 Nº 38

© 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

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.

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 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 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*
Elena Lasaosa Irigoyen, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Juan Carlos Álvarez Cortes, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga*
María del Rosario Cristóbal Roncero, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
David Montoya Medina, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante*
Magdalena Llompart Bennàssar, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Baleares*
María José Cervilla Garzón, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Cádiz*
María del Carmen Grau Pineda, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de las Palmas*
Francisco Javier Fernández Orrico, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández*
Francisco Javier Garate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Santiago de Compostela*
Inmaculada Benavente Torres, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Jordi García Viña, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Rodríguez Ramos, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Margarita Arenas Viruez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pablo de Olavide*
Jesús Baz Rodríguez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Noemí Serrano Argüello, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Elisa Cuadros Garrido, *Profesora Contratado Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Julen Llorens Espada, *Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra*
Ferrán Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Juan Miguel Díaz Rodríguez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Isabel Villar Cañada, Profesora *Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Juan Romero Coronado, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

EDITOR:
Ediciones Laborum

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

Contenido

EDITORIAL **13**

PROPUESTAS DE MEJORA PARA LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES FORMULADAS POR LA ASOCIACIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO (AMAT) (ANÁLISIS TÉCNICO JURÍDICO Y DE POLÍTICA DEL DERECHO) **15**

José Luis Monereo Pérez

Guillermo Rodríguez Iniesta

1. EL PROBLEMA JURÍDICO PRÁCTICO 16
2. ANALISIS DE LAS PROPUESTAS CONCRETAS DE REFORMA LEGISLATIVA Y LA COMPLEJIDAD JURÍDICA E INSTITUCIONAL DE LAS MISMAS 19
3. UNA VALORACIÓN FINAL SOBRE EL INFORME 30

ESTUDIOS DOCTRINALES **39**

LOS CONCEPTOS DE TRABAJADOR/A EN LA DIRECTIVA 2019/1158, RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES: ZONAS GRISES **41**

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

1. INTRODUCCIÓN 41
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA DIRECTIVA 2019/1158 42
3. DETERMINAR EL CONCEPTO DE TRABAJADOR/A ¿ES COMPETENCIA NACIONAL O DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA? 44
4. LOS CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES DE TRABAJADOR/A EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 45
5. EXÉGESIS DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR/A A EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS ANTERIORES A LA DIRECTIVA 2019/1158 48
6. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158: ¿POR QUÉ CITA SOLO A LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL, TRABAJADORES CON CONTRATOS TEMPORALES Y TRABAJADORES EN MISIÓN? 52
7. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 EN ESPAÑA: ZONAS GRISES 53
8. ¿RECAERÁ EL COSTE ECONÓMICO DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN LOS EMPLEADORES O EN EL ESTADO? 60
9. CONCLUSIONES 61
10. BIBLIOGRAFÍA 62

EL ACCIDENTE DE TRABAJO DE LOS TELETRABAJADORES: QUÉ DICE LA JURISPRUDENCIA ANTE EL MUTISMO DEL LEGISLADOR **65**

Rubén López Fernández

1. INTRODUCCIÓN 66
2. LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO EN MATERIA PREVENTIVA PARA CON SUS TELETRABAJADORES 69
3. LA TRASLACIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO A LAS ACTIVIDADES EN RÉGIMEN DE TELETRABAJO 73
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, ¿PODRÍA EXTRAPOLARSE A LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS TELETRABAJADORES? 76
5. CONCLUSIONES 85
6. BIBLIOGRAFÍA 87

NEURODIVERSIDAD, TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA Y PRESTACIÓN PARA EL CUIDADO DE MENORES CON ENFERMEDAD GRAVE 89
Isabel Marín Moral
1. INTRODUCCIÓN 89
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SUBSIDIO PARA EL CUIDADO DE MENORES CON ENFERMEDAD GRAVE (CUME) 90
3. LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA CUIDADO DE MENOR CON CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE COMO REQUISITO PARA LA PRESTACIÓN CUME 93
4. LA ENFERMEDAD GRAVE Y EL AUTISMO 96
5. ¿CUÁNDO EL AUTISMO TIENE LA CONSIDERACIÓN DE (ENFERMEDAD) "GRAVE"? 104
6. LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL INGRESO HOSPITALARIO EN LA PRESTACIÓN CUME Y EL AUTISMO 105
7. LA NECESIDAD DE CUIDADO DIRECTO, CONTINUO Y PERMANENTE Y LA ASISTENCIA DEL MENOR AL COLEGIO 107
8. CONCLUSIONES 110
9. BIBLIOGRAFÍA 111

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR FRENTE A LA DIGITALIZACIÓN: ¿OPORTUNIDAD O AMENAZA? 113
Sandys Menoya Zayas
1. INTRODUCCIÓN 113
2. LA DIGITALIZACIÓN Y SU IMPACTO EN EL TRABAJO 116
3. HACIA UNA CONVERGENCIA NECESARIA ENTRE LA DIGITALIZACIÓN Y EL TRABAJO EN EL SECTOR MARÍTIMO. PERSPECTIVAS Y RETOS PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL 122
4. A MODO DE REFLEXIONES FINALES 125
5. REFERENCIAS 126
6. WEBGRAFÍA 129

PERSONAS MAYORES, FRAGILIDAD Y AUTONOMÍA 131
José Delgado Ruiz
1. PREMISAS Y PLANTEAMIENTO 131
2. LA PROGRESIVA PROTECCIÓN SOCIAL 133
3. UNA TOMA DE CONCIENCIA INEVITABLE 134
4. ENVEJECIMIENTO Y LONGEVIDAD 136
5. EL CAMBIO DE MODELO 137
6. EDAD Y DISCAPACIDAD 139
7. LA PRESTACIÓN DE CUIDADOS 141
8. EL COMPROMISO COLECTIVO 143
9. PARTICIPAR Y ENSEÑAR APRENDIENDO 145
10. BIBLIOGRAFÍA 146

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 147

DE NUEVO SOBRE EL VARÓN DISCRIMINADO POR LA PRIVACIÓN DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD. EL ALTO TRIBUNAL EN SU SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2023 ADAPTA SU DOCTRINA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023 Y RECONOCE EL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN DE 1800 EUROS 149
Inmaculada Ballester Pastor
1. EL PORQUÉ DEL ABSURDO DE ABONAR EL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD A LOS VARONES 150

2. DE NUEVO EL DISPARATE: EL VARÓN DOBLEMENTE DISCRIMINADO -AHORA POR LA ENTIDAD GESTORA REACIA A RECONOCERLE EL COMPLEMENTO EN VÍA ADMINISTRATIVA- TIENE DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN DE 1800 EUROS SEGÚN EL ALTO TRIBUNAL....154
3. EL ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD A LOS VARONES SEGÚN LA DOCTRINA JUDICIAL....156
4. EL ORIGEN DEL VIRAJE DE LA DOCTRINA DEL ALTO TRIBUNAL: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA POR EL AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2022....159
5. LA STS DE 17 DE MAYO DE 2023, Nº 361/2023: HAY QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PERO SU REPARACIÓN CONSISTE EN LA RETROACCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL COMPLEMENTO EN LA FECHA DEL HECHO CAUSANTE....161
6. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023: LA RESOLUCIÓN DISCRIMINATORIA DEL INSS EXIGE UNA REPARACIÓN PECUNIARIA EFECTIVA, DISUASORIA Y PROPORCIONADA QUE INCLUYA COSTAS Y HONORARIOS DE ABOGADOS....162
7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2023: EL VARÓN DOBLEMENTE DISCRIMINADO TIENE DERECHO A PERCIBIR UNA INDEMNIZACIÓN DE 1800 EUROS QUE COMPENSEN LOS DAÑOS POR ACUDIR A JUICIO....164
8. EPÍLOGO....167
9. BIBLIOGRAFÍA....169

JUBILACIÓN FLEXIBLE Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL DE ESCASA ENTIDAD A TENOR DE LA STS 563/2023, DE 19 DE SEPTIEMBRE (REC. 4115/2020)....171
Francisco Miguel Ortiz González-Conde
1. INTRODUCCIÓN....171
2. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE....173
3. LA DOCTRINA RELACIONADA....174
4. LOS FUNDAMENTOS DE LA STS 563/2023....176
5. CONCLUSIONES....178
6. BIBLIOGRAFÍA....178

INCAPACIDAD PERMANENTE Y VISIÓN MONOCULAR: LA RELEVANCIA DE LOS RIESGOS LABORALES PROPIOS DE LA PROFESIÓN HABITUAL A LA HORA DE DETERMINAR SU GRADO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023, DE 10 DE OCTUBRE....181
Silvia Fernández Martínez
1. INTRODUCCIÓN....181
2. SUPUESTO DE HECHO....182
3. DOCTRINA JUDICIAL: EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN CUANDO SE DISCUTE LA CALIFICACIÓN DEL GRADO DE IP Y RELEVANCIA DE LA DIMENSIÓN PREVENTIVA....183
4. CONCLUSIONES....187
5. BIBLIOGRAFÍA....188

¿DEBE VERSE REDUCIDA LA CUANTÍA DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA RECONOCIDO A UN PROGENITOR SI EL OTRO SE ENCUENTRA PERCIBIENDO SIMULTÁNEAMENTE EL COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO? COMENTARIO A LA STS 461/2023, DE 29 DE JUNIO 189
Cristina Ramírez Bandera
1. INTRODUCCIÓN 190
2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y LITIGIOSIDAD JUDICIAL 191
3. LA COMPATIBILIDAD DE LA PERCEPCIÓN SIMULTÁNEA DEL COMPLEMENTO ANTERIOR Y DEL COMPLEMENTO POSTERIOR AL RDL 3/2021 POR AMBOS PROGENITORES: LA STS 461/2023, DE 29 DE JUNIO 197
4. CONCLUSIÓN CRÍTICA 200
5. BIBLIOGRAFÍA 202

EL TIEMPO EN SUSPENSIÓN POR ERTE COVID NO COMPUTA COMO COTIZADO A EFECTOS DE NUEVA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. COMENTARIO A LA STS 980/2023, DE 16 DE NOVIEMBRE 205
Diego Velasco Fernández
1. INTRODUCCIÓN. DESEMPLEO, ERTE Y COVID-19 206
2. SUPUESTO DE HECHO 207
3. EL DOBLE ESCENARIO DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO COTIZADO A EFECTOS DE DESEMPLEO ANTE LAS SUSPENSIONES POR ERTE. 207
4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA STS 980/2023, DE 16 DE NOVIEMBRE. RESOLUCIÓN DEL CASO 211
5. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL 213
6. BIBLIOGRAFÍA 217

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 219

LA LEY PORTUGUESA DE BASES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS CONTEXTOS NORMATIVOS INTERNACIONAL Y NACIONAL DE APLICACIÓN 221
Mário Silveiro de Barros
1. LA LEY PORTUGUESA DE BASES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 221
2. EL CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA LEY PORTUGUESA DE BASES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 225
3. EL CONTEXTO NORMATIVO NACIONAL DE LA LEY PORTUGUESA DE BASES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 229
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA 235

EMPLOYMENT OF PEOPLE WITH DISABILITIES: EUROPEAN EXPERIENCE AND WAYS OF IMPROVEMENT IN UKRAINE 237
Oleg M. Yaroshenko
Halia I. Chanysheva
Nataliia O. Melnychuk
Kostiantyn Yu. Melnyk
Yuliia Yu. Ivchuk
1. INTRODUCTION 237
2. MATERIALS AND METHODS 239
3. RESULTS 240
4. DISCUSSION 246

5. CONCLUSIONS 249
6. BIBLIOGRAPHY....251
7. LAW REFERENCES....254

ESTUDIO DOCTRINAL SOBRE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL POR LAS INSTITUCIONES Y LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA 255
Miguel Ángel Muñoz Ariza
1. INTRODUCCIÓN....255
2. LUCHA CONTRA EL FRAUDE DENTRO DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA....256
3. TRABAJO NO DECLARADO EN LOS ESTADOS MIEMBROS 260
4. ITALIA....268
5. CONCLUSIONES....272
6. BIBLIOGRAFÍA 275

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 277
María Nieves Moreno Vida

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS....279
1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 279
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA....300
3. RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS 315

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 319

DOCTRINA ADMINISTRATIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES....321
Andrés Ramón Trillo García
1. ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 321
2. INCAPACIDAD TEMPORAL....322
3. JUBILACIÓN....324
4. VIUDEDAD 326
5. SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR....327

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL....329
Javier Aibar Bernad
1. BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL....329
2. NOTICIAS SOBRE LA GESTION EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES....333

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL 341

PANORAMA ACTUAL EN MATERIA DE BONIFICACIONES E INCENTIVOS A LA SEGURIDAD SOCIAL DERIVADO DE LOS RECIENTES CAMBIOS NORMATIVOS 343

Ana Belén García Calvo

Jesús María Prieto Valbuena

1. INTRODUCCIÓN A LA REFORMA DE LAS BONIFICACIONES: BREVE REFERENCIA A SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FINANCIACIÓN 343
2. PRINCIPIOS ORDENADORES DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA IMPULSAR LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA. LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA APLICACIÓN DE UNA NUEVA NORMATIVA 345
3. BENEFICIARIOS DE LOS INCENTIVOS. REQUISITOS PARA EL ACCESO A LOS MISMOS Y FORMAS DE ACREDITACIÓN 346
4. LAS BONIFICACIONES REGULADAS EN LA NUEVA NORMATIVA. PRINCIPALES BONIFICACIONES QUE CONTINÚAN VIGENTES 351
5. EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MUJERES, LA PIEDRA ANGULAR DEL NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR ¿UNO DE LOS GRANDES PASOS ATRÁS EN LA CONCILIACIÓN Y EL ACCESO DE LA MUJER AL MERCADO DE TRABAJO?, CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA NUEVA REGULACIÓN 358
6. OTRAS BONIFICACIONES INCLUIDAS EN LA NORMA 361
7. VALORACIÓN FINAL DE LA NORMA 361
8. BIOGRAFÍA 362

REAL DECRETO 1011/2023, DE 5 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICAN 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, APROBADO POR EL REAL DECRETO 928/1998, DE 14 DE MAYO, Y EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO 138/2000, DE 4 DE FEBRERO, EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA 363

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 365

TENDENCIAS RECIENTES EN MATERIA DE PLURIEMPLEO Y PLURIACTIVIDAD A LA LUZ DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA 367

Luis Gómez Rufián

1. INTRODUCCIÓN: EL REVUELO CAUSADO POR EL PLURIEMPLEO 367
2. PLURIEMPLEO Y PLURIACTIVIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL 368
3. CARACTERÍSTICAS PERSONALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON MÁS DE UN EMPLEO 373
4. ESPECIFICIDADES JURÍDICO-LABORALES Y SECTORIALES 377
5. REFLEXIONES FINALES 384
6. BIBLIOGRAFÍA 385

NICOLÁS SALMERÓN Y ALONSO (1837-1908): REFORMAS JURÍDICO-SOCIALES, CULTURALES Y POLÍTICAS EN EL REPUBLICANISMO SOCIAL MODERADO 389

José Luis Monereo Pérez

1. TRAYECTORIA Y PENSAMIENTO DE NICOLÁS SALMERÓN 389
2. REFORMA POLÍTICA VERSUS REFORMA SOCIAL 412
3. DIMENSIÓN FILOSÓFICA DEL PENSAMIENTO DE NICOLÁS SALMERÓN 433
4. BIBLIOGRAFÍA 442

Editorial

Laborum

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Propuestas de mejora para la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes formuladas por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT[1])
(Análisis técnico jurídico y de política del Derecho)

Proposals for improving the management of temporary disability due to common contingencies formulated by the Association of Mutual Societies for Workplace Accidents
(Technical, legal and policy-based analysis of the law)

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.: «Propuestas de mejora para la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes formuladas por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) (Análisis técnico jurídico y de política del Derecho)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 15-38.

"ARGANTE.—La razón de que, encontrándome enfermo —porque yo estoy enfermo—, quiero tener un hijo médico, pariente de médicos, para que entre todos busquen remedios a mi enfermedad. Quiero tener en mi familia el manantial de recursos que me es tan necesario; quien me observe y me recete.
ANTONIA.—Eso es ponerse en razón. Cuando se discute pacíficamente, da gusto. Pero con la mano sobre el corazón, señor, ¿es verdad que estáis enfermo?"
El Enfermo Imaginario. Jean-Baptiste Poquelin "Molière". Escena V

"Las ideas de justicia y seguridad jurídica se hallan al lado de los pensamientos supraindividuales del bien común como componentes de la idea del Derecho […]. Bien común, justicia y seguridad jurídica ejercen el condominio sobre el Derecho; no a partir de una armonía sin tensiones, sino, al contrario, en una relación de tensión viva"

Gustav Radbruch[2]

[1] Desde 1986 AMAT se presenta como una entidad sin ánimo de lucro integrada en distintas asociaciones nacionales e internacionales que tiene como misión la representación "patronal de todas las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social que existen en territorio español", véase https://www.amat.es/quienes-somos/ [consultado en 12 febrero 2024].

[2] Radbruch, G.: "El fin del Derecho", en Radbruch, G.: *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho,* edición y estudio preliminar, "Gustav Radbruch: un

1. EL PROBLEMA JURÍDICO PRÁCTICO

A finales de noviembre de 2023 AMAT presentaba su informe sobre *"Absentismo Laboral derivado de la Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes (ITCC)* en el que hacía avance de los tres primeros trimestres de 2023 y del ejercicio 2022 y presentaba –entre otras- estas cifras:





modelo de jurídicas crítico en el constitucionalismo democrático social" (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, p. 55

y venía a concluir que r*esultaba "necesario que, por parte del legislador, se reflexione con cierta urgencia sobre la viabilidad del actual modelo de gestión de la prestación de ITCC, y se impulsen todas aquellas medidas orientadas a una mejor gestión y control del absentismo laboral derivado de la ITCC, preservando siempre los derechos de los Trabajadores, pero dirigidas a evitar, además de todos los gastos que son innecesarios, el uso inadecuado de esta prestación por parte de una minoría de los mismos, así como a reducir las cargas administrativas y burocráticas que, en muchos casos, conducen a una duración superior de los procesos a lo que realmente sería necesario …"*[3].

Pronto la prensa se haría eco de ello, con títulos más o menos acertados, pero indicativos de la preocupación que tal informe suscitaba, por ejemplo:

> *"El absentismo se dispara un 66% con Sánchez y se acerca al gasto en pensiones: costará 142.000 millones en 2023. Crecerá otro 15% más este año y solo en prestaciones se abonarán 25.000 millones. El 12% de los trabajadores acumula el 60% de las bajas."*[4]
> *"El coste del absentismo laboral ascenderá a 25.000 millones en 2023. Las Mutuas piden recuperar el plan que las habilitaba para atajar este problema. Supone un gasto innecesario de 2.370 millos para la Seguridad Social y las empresas.*"[5]

El informe consta de un total de 8 apartados: Introducción; Evolución de los indicadores de gestión de la ITCC; Coste estimado del absentismo derivado de ITCC; Avance del absentismo por ITCC (tres primeros trimestres de 2023); Compendio de propuestas de mejoras para la gestión y el control de la ITCC; Incidencias a resolver en el control de la ITCC y con el Instituto Nacional de la Seguridad Social; Financiación de la ITCC y sus efectos en las cuentas de las Mutuas y en los Presupuestos de la Seguridad Social; y uno final de Anexos: Anexo I relativo al control en la gestión de la ITCC a nivel territorial y Listas de Espera del Sistema Nacional de Salud (con anexos I.I y I.II) y un Anexo II de indicadores de ITCC del Sector de Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (con un total de 18 cuadros o tablas).

Se trata de un interesante estudio del que aquí solo nos ocuparemos de analizar lo que en el mismo se denomina "Compendio de propuestas de mejoras para la gestión y el control de la ITCC"[6].

Comienza recordando el importante déficit que la Seguridad Social viene arrastrando, desde el ejercicio 2011 y que por ello atendiendo a las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020, se han venido acordando diversas reformas en el régimen jurídico del sistema de Seguridad Social[7].

El RD-ley 2/2023, de 16 marzo, introdujo modificaciones relativas a la gestión de la Incapacidad Temporal, pero no dirigidas directamente a la gestión y control del absentismo. Las medidas allí introducidas buscaban la agilización de los procesos de baja laboral por ITCC, otorgando competencias a la Inspección Médica del INSS, vía asunción del control de los procesos de Incapacidad

[3] El informe se puede consultar en https://amat.es/wp-content/uploads/2021/03/informe-sobre-absentismo.pdf.

[4] https://www.larazon.es/economia/absentismo-dispara-66-sanchez-acerca-gasto-pensiones-costara-142000-millones-2023_20231120655ac31332499c00014e26ac.html

[5] https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12544998/11/23/el-coste-del-absentismo-laboral-ascendera-a-25000-millones-en-2023.html.

[6] Recogido en el apartado 5, páginas 30 a 49.

[7] Especial hincapié se hace en las reformas introducidas por el RD RD-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, sobre los gastos impropios de la Seguridad Social y su financiación vía impuestos, revisión de la pensión de jubilación que permita aproximar al máximo la edad real de jubilación a la edad prevista legalmente, desincentivando la jubilación anticipada, y promoviendo el alargamiento voluntario de la vida laboral más allá de dicha edad legal de jubilación, entre otras medidas.

Temporal a partir de los 365 días hasta los 545 días, sin necesidad de la intervención de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI). Por otro lado, se suprimirá la posibilidad de que las Mutuas puedan realizar propuestas de alta al INSS en supuestos de denegación por parte de los Servicios Públicos de Salud (SPS). Lo que según el informe tendrá un efecto negativo ya que supondrá un alargamiento de las bajas y además penalizará a las empresas ya que tendrán que mantener el pago delegado de la prestación desde los 365 días hasta los 545 o hasta el alta médica del trabajador.

El informe recuerda la Recomendación 9 del Pacto de Toledo:

> "*Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social cumplen un destacado papel dentro del sistema asumiendo la cobertura de las prestaciones correspondientes a las contingencias profesionales y colaborando en la gestión de otras prestaciones, como la incapacidad temporal.*
> *En aras de reforzar su eficiencia es necesario completar el proceso de modernización y transparencia en su funcionamiento, incluyendo la regla de paridad en la composición de sus órganos de gobierno, así como* dotarlas de cierto margen de flexibilidad en el uso de sus recursos que resulte compatible con un estricto control por la Seguridad Social*, en idénticas condiciones al resto de los servicios que la componen*[8].

Y también el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, suscrito entre CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, el 10 de mayo de 2023, para el período 2023 a 2025, por el que las Organizaciones firmantes manifiestan su preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de Contingencias Comunes[9], que en su capítulo VII, señala que

> *"Las Organizaciones empresariales y sindicales firmantes de este Acuerdo manifestamos nuestra preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En ese sentido, deseamos establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras.*
> *Ante esta situación, exhortamos a la negociación colectiva a:*
> *Establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos.*
> *Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones.*
> *Igualmente, las Organizaciones firmantes de este Acuerdo consideramos que el aprovechamiento de los recursos de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social contribuye al objetivo de mejorar los tiempos de espera, la atención sanitaria de las personas trabajadoras y la recuperación de su salud, así como a reducir la lista de espera en el Sistema público.*
> *Al objeto de cumplir esta finalidad, las Organizaciones signatarias instamos a las administraciones con competencias en la materia a desarrollar convenios con dichas Mutuas, encaminados a realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en procesos de IT por contingencias comunes de origen traumatológico. Todo ello se llevará a cabo con respeto de las garantías de intimidad, sigilo, confidencialidad, consentimiento informado y coordinación con el profesional sanitario del Sistema público de salud.*
> *Asimismo, instamos a que se activen ámbitos tripartitos nacionales y autonómicos para:*
> *Analizar la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el seguimiento de las causas, la incidencia y duración de los procesos.*

[8] Lo destacado en negrita así se recoge en el Informe que se analiza.

[9] Publicado por Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo (BOE 31 de mayo).

Estudiar el impacto que la respuesta del Sistema Nacional de Salud, en cada uno de los ámbitos, tiene en los procesos de IT.
Establecer líneas de actuación dirigidas a proteger la salud de las personas trabajadoras y así reducir el número de procesos y su duración, incluido el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones."

Partiendo de ello, el informe contiene una propuesta general la de impulsar una experiencia piloto en alguna Comunidad Autónoma, consistente en que:

"*las Mutuas realicen la asistencia sanitaria y el alta médica en procesos traumatológicos cuando el médico de la Mutua entienda que el trabajador ha superado su enfermedad, o bien, está recuperado de su accidente no laboral*".

El informe sostiene, que las medidas a tomar deben estar orientadas afrontar los problemas provocados por:

— Laberinto burocrático entre entidades gestoras de la Seguridad Social, Servicios Públicos de Salud (SPS) de las CC.AA., Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA y Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

— La excesiva carga asistencial en los SPS.

— El uso abusivo de la prestación por parte de algunos trabajadores.

— El alargamiento de los procesos de ITCC, especialmente los de duración superior a 365 días.

Como se es consciente de la complejidad de las reformas normativas que necesariamente tendrían que adoptarse, parte de que se podría impulsar una experiencia piloto en alguna comunidad autónoma y que allí los servicios médicos de las Mutuas asuman la atención sanitaria y el alta médica de los procesos traumatológicos. Con ello se afirma que se aliviaría la saturación existente en los SPS y se recuperaría la salud de los trabajadores lo antes posible. Este programa tendría como repercusión el acortamiento de la duración de los procesos de baja laboral por ITCC y se reducirían las listas de espera. La experiencia sería voluntaria para los trabajadores y con posibilidad en caso de desacuerdo con el alta médica de acudir a la Inspección Médica del Servicio Públicos de Salud de su Comunidad Autónoma para su validación y/o rectificación del alta emitida por el médico de la Mutua.

2. ANALISIS DE LAS PROPUESTAS CONCRETAS DE REFORMA LEGISLATIVA Y LA COMPLEJIDAD JURÍDICA E INSTITUCIONAL DE LAS MISMAS

Las concretas propuestas se centran en los siguientes puntos:

A) Propuestas relativas a la asistencia sanitaria

B) Propuestas sobre el control y seguimiento del procedimiento de propuestas de alta.

C) Propuestas de mejora en materia de gestión de la Incapacidad Permanente.

D) Propuestas de mejora en materia de Seguridad Social para reducir el gasto de prestaciones de ITCC.

E) Otras propuestas.

A) Competencia en materia de atención sanitaria y emisión de altas médicas en los procesos de ITCC

Esta propuesta se concreta en lo siguiente:

a) Reconocer la competencia de las Mutuas para prestar asistencia sanitaria y emitir altas médicas en los procesos de ITCC

Aunque aparentemente se plantea como competencia general para los procesos de ITCC, en realidad luego lo reduce ("al menos" se dice en informe) a las patologías traumáticas y osteo-articulares.

Como fundamento o razón para ello se hace valer:

— Su acreditada solvencia de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y sus medios para poder gestionar estos procesos de ITCC y, por tanto, realizar los tratamientos adecuados para garantizar la mejor recuperación de la salud de los Trabajadores, y poder emitir el alta médica que, en todo caso, sería revisable por el INSS.

— Las previsiones del art. 82.1 LGSS que señala que las prestaciones y los servicios atribuidos a la gestión de las Mutuas se dispensarán a favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia adheridos, con el mismo alcance que dispensan las Entidades Gestoras.

Si bien, eso no se indica en el informe, no debe olvidarse el último inciso del apartado 1 de dicho artículo, que señala que dichas actividades deben llevarse a cabo, conforme a las particularidades del resto de apartados del art. 82 LGSS, que precisa el alcance de la intervención de las mismas.

— Dará mayor calidad asistencial para el trabajador pues se acortarían las duraciones innecesarias de los procesos; se reducirían las listas de espera, y se minimizaría la carga burocrática, con lo que se contribuiría a reducir los costes económicos y sociales que están siendo asumidos por las empresas y los trabajadores, así como por el Sistema de la Seguridad Social. Ahora bien (así se reconoce) debería venir aparejado al reconocimiento de tal competencia la modificación del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, en relación a normar un procedimiento de revisión de las altas médicas acordadas por los médicos de las Mutuas.

b) Posibilidad de que las Mutuas puedan prestar asistencia sanitaria simplemente con el consentimiento del trabajador sin necesidad de autorización del SPS

Aquí ocurre igual que en el apartado anterior, la propuesta luego se reduce a las patologías traumatológicas.

Se plantea, sustituir el actual régimen de autorizaciones previas para llevar a cabo pruebas, tratamientos e intervenciones quirúrgicas simplemente con la conformidad del interesado (se entiende trabajador) y con una comunicación a los SPS. Y ello sería sin necesidad de vincularlo a acuerdos o convenios del SPS con las Mutuas[10].

[10] Se invoca que eso ya lo ampara el art. 82.4, d) LGSS

En los términos que se platea es distinta de la medida anterior, es decir con independencia de que se les reconozca competencia plena en la gestión de la atención sanitaria en los procesos de ITCC (en realidad parece que se presenta como alternativa).

Se supone (así se dice) que ello llevaría asociado una mejor y más pronta recuperación de los trabajadores, sin perjuicio de garantizar todos sus derechos ya que se prevé el consentimiento expreso del trabajador y que no haya oposición del SPS (mediante respuesta expresa negativa del mismo).

c) Otras medidas relacionadas con la asistencia sanitaria

— Se propone crear una figura de enlace entre las Mutuas y los Centros de Atención Primaria para el control y seguimiento de las bajas por ITCC.

— Facultar a las Mutuas para mantener el tratamiento (generalmente rehabilitador) en procesos traumatológicos más allá de la fecha de alta medida.

— Establecimiento de instrumentos objetivos y basados en la evidencia científica que eviten la reiteración de pruebas o interconsultas especializadas.

— Establecer modelos basados en la inteligencia artificial y grandes datos orientados al acortamiento de la duración innecesaria de procesos de ITCC. En realidad lo que se está pidiendo es hacer lo mismo que la Seguridad Social viene haciendo desde 2018[11].

B) Mejora en el control y seguimiento del procedimiento de propuestas de alta

De forma subsidiaria a la petición a la propuesta anterior (que las Mutuas asuman la gestión sanitaria integral de los procesos de ITCC –al menos los traumatológicos-) se interesa que las propuestas de alta formuladas por las Mutuas tengan carácter ejecutivo (al menos las que cuenten con la conformidad expresa del trabajador). Y también se entiende oportuno otorgar carácter ejecutivo a

[11] Véase Revista de la Seguridad Social (accesible en https://revista.seg-social.es/-/la-seguridad-social-refuerza-el-control-de-la-it) [consultado en 13 febrero de 2024), que reseña el contenido del Plan de Intensificación de la actuación del INSS para reforzar el control de la prestación por IT, antes de que el proceso alcance los 345 días, utilizando la herramienta SAS (sistema de analítica predictiva) para seleccionar procesos de IT susceptibles de recuperación de la capacidad laboral.
El objetivo del plan es mejorar los resultados de estos indicadores que reflejan la situación de IT (incidencia, prevalencia y duración media), adecuándolos a la situación de disminución de la capacidad laboral real de los trabajadores para que perciban este subsidio aquellos que realmente cumplan los requisitos legales para hacerlo.
El principal elemento innovador de esta práctica es el uso generalizado de una herramienta de analítica predictiva en la selección de los casos a revisar por los inspectores médicos del INSS, habiendo permitido la creación de dos modelos a utilizar: uno para las primeras citas de reconocimiento y otro para las sucesivas.
Esos modelos agrupan una serie de variables (profesión, diagnóstico, edad, tipo de contrato de trabajo, sector de actividad, duración de las bajas, etc.) que han demostrado su efectividad en la predicción de las situaciones susceptibles de ser alta médica y la herramienta va autoalimentándose con la información que va obteniendo en sus aplicaciones previas.
Desarrollo del Plan
El plan, desarrollado en el último trimestre de 2018, consistió en el incremento del control de los procesos de IT de menos de 345 días de duración. Para ello, los inspectores médicos que voluntariamente decidieron participar realizaron 20 actos médicos (reconocimientos y valoraciones de historia clínica on-line) hasta completar 240 controles trimestrales, fuera de su horario habitual. Al mejorar la selección de los procesos de control, se esperaba detectar de manera más ajustada un mayor número de trabajadores que habrían recuperado su capacidad laboral para poder emitir el alta médica.
En total, participaron 77 inspectores médicos y 30 administrativos de 21 direcciones provinciales del INSS realizándose un total de 17.810 actos médicos (el 97% de los esperados).
De las 10.753 valoraciones sobre historia clínica, se concluyó que el 35%

las Propuestas de alta, sobre procesos con diagnóstico osteomuscular cuando vayan acompañadas de informe clínico motivado, una vez evaluada por la Mutua la capacidad del Trabajador (como si se tratará de un alta por contingencia profesional). Al menos se debería valorar positivamente, aquellas propuestas de alta de procesos en los que las Mutuas hayan atendido a los trabajadores en sus centros hospitalarios y ambulatorios.

Y finalmente dentro de este apartado se propone incorporar al RD 625/2014, de 18 julio, que las Propuestas de Alta realizadas ante el INSS (tras realizar la Propuesta de Alta al SPS sin haber obtenido respuesta) en el caso de que tampoco se obtenga respuesta por esta Entidad Gestora en los 5 días siguientes, cobren valor ejecutivo de alta, es decir, alta por silencio administrativo positivo. O alternativamente que las Mutuas formulen propuestas de alta por mejoría o curación cuando consideren que el beneficiario de la situación de ITCC podría no estar impedido para el trabajo, aunque hayan transcurrido los 365 días del proceso de IT, debiendo de dirigirse estas propuestas ante la Inspección Médica del INSS, como competente en esta materia.

La propuesta no parece que esté en visos de ser atendida, a tenor de la reforma introducida por el RD-ley 2/2023, 16 marzo, que modificó el art. 82.4.b) LGSS, en relación con las propuestas de alta de las mutuas a la Inspección Médica de los SPS, se elimina la posibilidad de que si estos últimos desestiman la propuesta la mutua pueda dirigirla al INSS. Y, en consecuencia, la mutua solo podrá dirigirse al INSS cuando la Inspección Médica del servicio público de salud no conteste a su propuesta de alta en la forma y plazo establecido, algo que, según se recoge ahora expresamente, habrá de ser excepcional.

C) Propuestas relativas a la gestión de la incapacidad permanente

Aunque el informe y las propuestas van referidas a la incapacidad temporal, también se incluye –por su relación con la pretendida asunción de gestión integra de los procesos de ITCC, dos que afectan la incapacidad permanente:

— El reconocimiento legal expreso de la legitimación de las Mutuas para proponer la incapacidad permanente que derive de un proceso de ITCC de las que ellas sean las responsables y estimen que la situación patológica del trabajador sea tributaria de incapacidad permanente. En definitiva, que puedan formular propuestas de incapacidad permanente y consecuentemente alta médica.

— Que los médicos de las Mutuas participen en la evaluación médica de los Trabajadores con bajas de más de 365 días, y representantes de las Mutuas formen parte de los Equipos de Valoración de Incapacidades para valorar una propuesta de Incapacidad Permanente.

D) Propuestas para reducir el gasto de prestaciones de ITCC

Aquí las propuestas son múltiples y variadas y muchas de ellas son antiguas reivindicaciones de las Mutuas:

— **Establecer un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes en las Empresas**, siempre que hayan reducido los costes de la incapacidad temporal por debajo de los límites establecidos, o que hayan obtenido una reducción significativa de estos costes, como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores.

En realidad, se trata de algo parecido a al sistema de reducción en las cotizaciones por contingencias profesionales recogidas en el RD 237/2017, de 10 de marzo, que en la actualidad se encuentra suspendido por la disposición adicional nonagésima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, a la espera de que el Gobierno proceda a la reforma del citado Real Decreto.

— **Reformar las previsiones del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración,** referentes a los tiempos de duración óptima, atendiendo a criterios exclusivamente médicos que fijan la duración óptima de los procesos.

La propuesta no concreta nada más y no queda claro a que se refiere a que los tiempos de duración óptima se hagan atendiendo a criterios exclusivamente médico ¿se trata de volver a los denominados tiempos estándar o de duración media de los procesos patológicos y eliminar los factores de corrección por grupos de edad y sexo, ocupación; y comorbilidad?

Téngase en cuenta que los actuales tiempos óptimos de duración de los procesos de incapacidad temporal son fruto del consenso científico de grupos de trabajo en los que han estado representadas las principales sociedades científicas de ámbito nacional[12] conjuntamente con los médicos inspectores del INSS y que los periodos en ellas reseñados como tiempos estándar o tiempos medios ideales requeridos para la resolución de un proceso clínico que ha originado una situación de incapacidad temporal para el trabajo habitual, utilizando técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador.

Debe destacarse de ellos su carácter personalizado para cada trabajador y para su logro se aplican a los tiempos estándar cuatro variables como factores correctores por edad, sexo, ocupación y segundo diagnóstico acompañante al diagnóstico principal que motiva la situación de incapacidad temporal en cada trabajador. En el cálculo y determinación de dichos factores de corrección han sido utilizadas como fuentes de información las bases de datos del INSS y aplicando las técnicas estadísticas de contraste de medias desarrolladas por médicos epidemiólogos del Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo[13].

— **Revisar el sistema de partes de confirmación, ya que conlleva la demora** de los procesos, reduciendo los plazos en la emisión de los partes de confirmación.

[12] Colaboraron al siguientes sociedades científicas españolas: Angiología y Cirugía Vascular; Cardiología; Cirugía Ortopédica y Traumatológica; Dermatología y Venereología; Endocrinología y Nutrición; Enfermedades infecciosas y microbiología clínica; Medicina del Trabajo; Gastroenterologías; Ginecología; y Obstetricia; Hematología y Hemoterapia; Medicina General y de Familia; Nefrología; Neumología y Cirugía Torácica; Neurología; Oftalmología; Oncología Médica; Otorrinolaringología y Cirugía de la Cabeza y Cuello; Psiquiatría y Psiquiatría Biológica; Reumatología; y Senología y Patología Mamaria.

[13] Ver Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal, INSS, cuarta edición (accesible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/d24cc76a-e1f4-49b6-b36f-fb8fc00a32a7/Manual+Tiempos+%C3%93ptimos+IT_Castellano_v4.0)_[consultado el 14 febrero 2024]

Sobre esto ya se hizo eco, de forma parcial, la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre en el RD 625/2014, de 18 de julio[14].

— **Suprimir o, en su caso, reformular los Convenios entre el INSS y los SPS de las CCAA para la gestión y el control de la IT**, con el único objetivo de reducir el coste de la ITCC que corre a cargo de la Seguridad Social y de las Empresas.

Sobre el contenido y alcance de la reformulación nada se dice, a no ser que se pretenda que los mismos se extienda también a las Mutuas.

La Ley 21/2001, 27 diciembre, estableció un nuevo sistema de financiación de las CC.AA, creando su art. 4 B. c) un fondo específico denominado *"Programa de Ahorro en Incapacidad Temporal"* dirigido a financiar la adopción de programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal y a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social para estas contingencias, correspondiendo la gestión financiera de dicho fondo a la Tesorería General de la Seguridad Social. Esos Fondos sirvieron para que el INSS y las CC.AA. suscribieran Convenios Generales para el control de la IT y Convenios Específicos para control de ciertas patologías y procesos de IT de corta duración.

Los últimos convenios suscritos en esta materia son los relativos al período 2021-2022 que recientemente han sido prorrogados (en el algún caso modificados) a lo largo del mes de diciembre de 2022[15].

No obstante, debe recordarse que ya hay ciertas colaboraciones vía convenio entre INSS (e ISM) y Mutuas vía para acceso telemático a los informes médicos delos expedientes administrativos del INSS por parte de las Mutuas. En este sentido véase la Resolución de 18 de octubre de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. En virtud del mismo el INSS y el ISM se comprometen a facilitar a los médicos de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social el acceso informatizado a los informes médicos emitidos por los médicos inspectores del INSS, una vez consolidados en el sistema, relativos a procesos de incapacidad temporal y permanente derivados de contingencias comunes y profesionales, así como procedimientos para la determinación de contingencia, de los expedientes administrativos en los que las Mutuas tengan competencia en materia de gestión.

Asimismo, se facilitará a las Mutuas el acceso a un servicio de consulta que facilite información de los cambios de situación de los expedientes en el aplicativo de trabajo informatizado de las unidades médicas (ATRIUM), para que las Mutuas tengan información

[14] Véase también la Orden ISM/2/2023, 11 de enero, que modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, que desarrollaba el RD 625/2014, de 18 julio.

[15] Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares; Cantabria, Castilla y León; Castilla La Mancha, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, La Rioja y Valencia, todas ellas por Resoluciones de 30 de diciembre de 2022 de la Secretaria General Técnica por la que se publica la Adenda de prórroga y modificación al Convenio con la CA de Andalucía (BOE 12 de enero de 2023).
Un breve análisis de los mismos puede verse en Rodríguez Iniesta, G.: "El control y la gestión de la incapacidad temporal. A propósito de la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre", en REJLSS núm. 6, UMAEDITORIAL, págs. 144-185. Con más detalle y para los convenios anteriores a 2013, puede verse Rodríguez Iniesta, G.: *El control de la incapacidad temporal*, Ed. Laborum, Murcia, 2013, págs. 79-117.

de aquellas modificaciones que puedan afectar a la gestión de los procedimientos de su competencia.

Los médicos de las Mutuas que accedan a los informes médicos de ATRIUM y el personal de las Mutuas que acceda al servicio de consulta de cambios de situación de los expedientes en este aplicativo, se comprometen a que el acceso y tratamiento de esta información tenga por objeto, única y exclusivamente, el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas en orden al control y gestión de las prestaciones de incapacidad temporal y permanente y procedimientos de determinación de contingencia, sin que puedan ser empleados para finalidades distintas y garantizándose, en todo caso, la seguridad y confidencialidad de los datos que se produzcan a causa o como consecuencia de este Convenio.

La Asociación de Mutuas y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social se comprometen a realizar las adaptaciones en sus sistemas informáticos para el acceso telemático de los médicos de las Mutuas a los informes médicos emitidos por los médicos inspectores del INSS, así como a la consulta de los cambios de situación administrativa, en aquellos expedientes administrativos que fueran de su competencia, tramitados por las Entidades Gestoras.

— Calcular la **base reguladora del subsidio** de ITCC, a partir de las bases de cotización, que figuren en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), en los doce meses anteriores a la fecha de la baja, con el fin de evitar incrementos injustificados de las bases de cotización. Medida extensible a los procesos derivados de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales.

Se propone un cambio en el cálculo y determinación de la prestación económica sobre la presunción de que pueda haber incrementos indebidos en la base de cotización del trabajador. Si el cálculo del susidio de incapacidad temporal lo es –como regla general- sobre la base de cotización del mes anterior a la baja, se está presuponiendo que el trabajador sabría con anticipación que el mes próximo, va a ser declarado en baja médica y que por tanto tiene que llegar a un acuerdo con la empresa para que incremente su base de cotización. Se trata de una especulación que poco se sostiene y que realmente lo que se busca es una reducción de la cuantía del subsidio al extender el período de bases de cotización a tomar en cuenta de 1 mes a 12 meses.

— **Evitar la concesión de prórrogas automáticas y la superación del periodo máximo de ITCC**, interesando en su caso que el INSS tuviera que motivar clínicamente su decisión de prórroga.

La reforma en la IT llevada a cabo por el RD-ley 2/2023, no lleva ese camino interesado en la propuesta ya que la nueva versión del art. 170 LGSS viene a establecer que el agotamiento del plazo de 365 días sin emisión de alta médica supondrá el pase automático a la prórroga de IT, sin necesidad de declaración expresa, estableciéndose la presunción de que dentro del período subsiguiente de 180 días el trabajador puede ser dado de alta por curación o mejoría. Desaparece, en consecuencia, la necesidad de declaración expresa de la prórroga, previa valoración del EVI, que hasta la fecha se articulaba a través de una resolución.

La propuesta también incluye la relativa a que podría ser conveniente instaurar una incapacidad permanente revisable obligatoria a partir de determinada duración de la incapacidad temporal. Ahora bien, téngase en cuenta que todas las incapacidades permanentes sobre revisables hasta la fecha de cumplimiento de la edad mínima a la que se refiere el art.205.1.a) LGSS (la que permite acceder a la jubilación ordinaria)[16]. Y que el pase desde una situación de incapacidad temporal a una incapacidad permanente sin haber sido declarado en alta médica, conlleva necesariamente la posibilidad de una revisión ante mejoría o error en el diagnóstico.

— **Incluir la posibilidad de implantar la incapacidad temporal parcial**, que permita compatibilizar el tratamiento con la reincorporación parcial al trabajo, y la incapacidad temporal en pluriempleo, de modo que la suspensión del contrato y la situación de incapacidad solo afecte a aquellos empleos para los que el trabajador está incapacitado. Se trata de un interesante y también controvertido viejo planteamiento que en principio podría ser aceptable especialmente en situaciones de pluriactividad.

  El problema de tal propuesta es que habría que contar con el parecer y las posibilidades reales de la empresa de poder asumir esa reincorporación parcial del trabajador Y por otro lado no se concreta el alcance y contenido de tal medida: ¿obligará a las empresas a readaptar o adecuar el puesto de trabajo a la capacidad parcial del trabajador? ¿afecta a la jornada a realizar o solamente a las funciones? ¿cómo afectará a la prestación económica? ¿Cómo afectaría al trabajador que ha sustituido al trabajador en incapacidad temporal? Etcétera.

— Facultar expresamente a las **Mutuas para que puedan controlar aquellos procesos de ITCC con baja médica que hayan superado los 12 meses** de duración, y que actualmente es el INSS quien efectúa el control y seguimiento de estos procesos. La propuesta, a tenor de lo normado recientemente, poco apoyo tendría.

— **Impedir la emisión de bajas por contingencia común tras un proceso de contingencia profesional agotado**, cuando se producen por el mismo diagnóstico.

  En realidad, la Mutua se está refiriendo a supuestos de bajas médica *estratégicas* como reacción a un alta por parte de la Mutua que el trabajador considera improcedente. Es obvio que la entidad gestora (INSS o ISM) no estén interesados en respaldar estas actuaciones. Por otro lado, la viabilidad actualmente normada de forma específica de impugnar una alta médica de una Mutua cabe pensar que la situación en la que se piensa no es frecuente.

— **Autorizar a la Entidad Gestora, o colaboradora, a extinguir el derecho al subsidio, cuando compruebe que el beneficiario realiza actividades incompatibles con la incapacidad temporal** por las cuales se encuentra de baja médica, **en lugar de suspenderlo**, sólo para los días en los que se demuestre la realización irregular de dichas actividades incompatibles.

  Si ya es discutible que la entidad gestora pueda llevar a cabo sin más la extinción de una situación de IT por realizar trabajos incompatibles, concedérsela a una entidad colaboradora más aún. Sería darle capacidad sancionadora administrativa a una entidad que no es otra cosa que una asociación privada de empresarios (art. 80.1 LGSS).

[16] Art. 200.2 LGSS.

— **Interconexión de la Historia Clínica del paciente por parte de los Servicios Médicos del INSS, los SPS y las Mutuas,** en aras a conocer los antecedentes médicos, conseguir y proporcionar los exámenes y reconocimientos médicos, evitando con ello la reiteración innecesaria de pruebas médicas, reduciendo el coste que supondría para el Sistema Nacional de Salud.

Actualmente, la normativa solo prevé el acceso por parte de las Entidades Gestoras a la Historia Clínica de las Mutuas y de los SPS y lo que se pretende es que, se supone vía convenio con las Comunidades Autónomas que son las responsables de los servicios sanitarios, dar la posibilidad de acceso recíproco a la Historia Clínica de las Mutuas y a los datos médicos de los procesos de ITCC de que dispongan los SPS del colectivo de trabajadores protegidos por las Mutuas.

La finalidad de evitar reiteración innecesaria de pruebas médicas, y consiguiente reducción del coste que supondría para el Sistema Nacional de Salud es en principio entendible, pero el problema es cómo garantizar el secreto, la confidencialidad y la protección de datos personales y que los datos a los que se acceden no sean otros que los relativos a los procesos patológicos específicos afectados.

— **Impulsar la introducción de cláusulas reguladoras del control de las ausencias por Incapacidad Temporal**, así como incluir criterios relacionados con los índices de absentismo, a tener en cuenta a la hora de fijar la política retributiva de la Empresa. Que se concretaría en la desaparición de la protección complementaria de IT, remitiéndose a la experiencia establecida en el art. 9 del RD-ley 20/2012, de 13 de julio[17] -si bien

[17] Dicho artículo decía así
Prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismo y entidades dependientes y órganos constitucionales.
1. La prestación económica de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales se regirá por lo dispuesto en este artículo.
2. Cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá complementar las prestaciones que perciba el personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y el personal laboral a su servicio en las situaciones de incapacidad temporal, de acuerdo con los siguientes límites:
1.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengan percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podrá reconocerse la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.
2.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.
3. Quienes estén adscritos a los regímenes especiales de seguridad social del mutualismo administrativo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibirán el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal. Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el setenta y cinco por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias. Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

recuérdese que solo afectaba al personal al servicio de las administraciones públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales, o al menos que se articulasen medidas que desincentiven la iniciación de procesos de incapacidad temporal o bien los condicionen o limiten por ejemplo que se trate de procesos con hospitalización o de larga duración.

Va a ser difícil que se articulen estas medidas a tenor de la evolución normativa de los últimos años que precisamente ha sido contraria aquellas medidas restrictivas, recuérdese la evolución seguida entorno al art. 52.d) del ET sobre el despido objetivo por absentismo y la Ley 1/2020, de 15 de julio, que derogó el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo. Y en cuanto a la progresiva desaparición de los efectos que el art. 9 del RD-ley y vuelta o recuperación la situación previa a la reforma, recuérdese en tal sentido la Disposición Adicional 154 de la Ley 6/2018, de 3 julio, por la que se eliminaron las restricciones existentes hasta este momento y permite que cada Administración Pública determine, previa negociación colectiva, las retribuciones que ha de percibir durante la situación de incapacidad temporal el personal a su servicio y al de sus Organismos y Entidades públicas dependientes.

En virtud de dicha previsión, la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado -órgano al que le corresponde la negociación de los asuntos comunes tanto al personal funcionario como al personal laboral de la Administración General del Estado-, alcanzó un acuerdo por el que se volvió a la plenitud retributiva para el personal funcionario, estatutario o laboral al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades Públicas dependientes, que se encuentre en la situación legal de incapacidad temporal, garantizando durante esta situación la percepción del 100 por cien de las retribuciones ordinarias correspondientes al mes de inicio de la incapacidad temporal.

A partir del día nonagésimo primero, será de aplicación el subsidio establecido en cada régimen especial de acuerdo con su normativa.

4. Los integrantes de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Secretarios judiciales, así como los Funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia comprendidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibirán el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como, en su caso, la prestación por hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal. Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el setenta y cinco por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso. A partir del día vigésimo primero y hasta el día nonagésimo, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.

Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada desde el primer día, hasta alcanzar como máximo de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

A partir del día nonagésimo primero será de aplicación el subsidio establecido en el apartado 1.B) del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio.

5. Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.

En ningún caso los funcionarios adscritos a los regímenes especiales de seguridad social gestionados por el mutualismo administrativo podrán percibir una cantidad inferior en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes a la que corresponda a los funcionarios adscritos al régimen general de la seguridad social, incluidos, en su caso, los complementos que les resulten de aplicación a estos últimos.

6. Las referencias a días incluidas en el presente artículo se entenderán realizadas a días naturales.

7. Asimismo, se suspenden los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes que contradigan lo dispuesto en este artículo.

— **Facilitar el alta del trabajador** que se encuentre en situación de ITCC en ATRIUM, cuando es solicitada por el propio Trabajador a fin de recuperar su actividad profesional. No parece que debería de haber muchos problemas en atender esta propuesta.

— **Crear un tribunal médico** compuesto por médicos de Mutuas y de la Inspección del SPS, que permita resolver las determinaciones de contingencia en primera instancia y las disconformidades con el alta médica.

La propuesta recuerda a las competencias que las Comisiones Técnicas Calificadoras tenían reconocidas de actuar como tribunales médicos en Decreto 2766/1967, de 16 noviembre. Lo que implicaría –entre otras cosas- una reforma en el ámbito competencial que afectaría a los servicios públicos de salud que ahora no tienen competencia sobre ello y del equipo de valoración de incapacidades que son los actualmente competentes[18].

E) Otras propuestas

Podríamos encuadrarlas en materias relativas a:

Medidas en materia de formación y coordinación institucional

— **Impulsar el desarrollo de programas concretos de control y reducción del absentismo** para aquellos colectivos, zonas geográficas o Empresas, con una mayor incidencia y duración en los procesos de ITCC.

— **Impulsar la colaboración** de **todas las Entidades** implicadas en la gestión de esta prestación, unificando criterios para la valoración y objetivación de la situación de baja, con relación a la profesión habitual del Trabajador, así como programas de formación conjunta.

— **Incrementar la formación, concienciación y sensibilización de los médicos de los SPS acerca del coste económico y social que entrañan las situaciones de ITCC.**

— **Asesoramiento a empresas y representantes de los trabajadores** en el marco de la negociación colectiva, difundiendo la "cultura de uso responsable de las prestaciones y recursos públicos".

— **Elaboración de procesos y protocolos de reincorporación al trabajo**, así como la reubicación y rediseño de los puestos de trabajo, en colaboración entre Empresas, representantes de los Trabajadores y Mutuas.

— **Detección de un diagnóstico precoz y desarrollos de procesos de rehabilitación** necesarios para la reincorporación al trabajo.

— **Implantar un mecanismo de sanción real** para los comportamientos fraudulentos.

— **Mejorar la calidad de los datos de contacto de los trabajadores** con el fin de evitar demoras en la gestión de los procesos:

[18] Véase art. 3 1. Letra f) del RD 1300/1995, de 21 julio.

— Favorecer los cambios normativos que sean precisos para **incorporar el correo electrónico en los partes médicos:** baja, confirmación y alta.

— **Fomentar la actualización de datos en la consulta médica:** teléfono, dirección y correo electrónico.

— **Promover la actualización de los datos de los Trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social**, incluyendo entre estos el correo electrónico, con el fin de que puedan ser consultados a través de la transacción ATG62: Consulta de trabajadores.

En realidad, muchas de estas propuestas ya están contempladas en los convenios de colaboración entre el INSS y las Comunidades Autónomas. Quizás lo que se busca es estar presentes en los mismos.

Otras son más discutibles, como obligar a los trabajadores a que tengan y faciliten un correo electrónico.

Y relativas a:

Prevención de riesgos laborales

Se pretende que se redefina y refuerce el papel de la prevención con cargo a cuotas a realizar en las Empresas, técnica y sanitaria, como mecanismo de lucha contra la siniestralidad laboral y las Enfermedades Comunes y Accidentes no Laborales, en pro de los trabajadores y de la reducción de los costes sociales para las Empresas y para el Sistema de Seguridad Social.

3. UNA VALORACIÓN FINAL SOBRE EL INFORME

El informe del que anteriormente se ha ido dando cuenta y comentando brevemente a lo largo de las distintas propuestas que se formulan hay que decir que es interesante y muy bien documentado. Es serio y riguroso.

Dicho lo anterior y aunque se pueden encontrar hasta treinta y tres propuestas, unas más interesantes y viables que otras, en realidad la propuesta de mayor calibre o peso institucional es la relativa a asumir en su totalidad la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores con cobertura en una Mutua colaboradora con la Seguridad Social, la misma que ya tienen para cuando la incapacidad temporal derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Aparentemente la propuesta de asumir la gestión de la ITCC es general, pero en realidad las Mutuas solo muestran interés por aquellas que sean consecuencia ante patologías osteo-articulares y traumatológicas, e incluso a tenor de sus razonamientos tampoco a todas, solo a lo ellas llaman patologías más comunes o "top 20"[19], a saber:

[19] Ver anexo II.X. del informe, págs. 105 y ss.

Top 20 Patologías Traumatológicas[20]
CIE-9[21]
715 - OSTEOARTROSIS Y TRASTORNOS CONEXOS
716 - OTRAS ARTROPATIAS Y ARTROPATIAS NO ESPECIFICADAS
717 - TRASTORNO INTERNO RODILLA
718 - OTRO DESARREGLOS ARTICULARES
719 - OTROS TRASTORNOS Y TRASTORNOS NEOM DE ARTICULACION
722 - TRASTORNO DEL DISCO INTERVERTEBRAL
723 - OTRAS ALTERACIONES COLUMNA CERVICAL
724 - OTRAS ALTERACIONES DE LA ESPALDA NO ESPECIFICADOS
726 - TENDINITIS INTERSECIONES PERIFERICAS Y SINDROMES CONEXOS
727 - OTROS TRASTORNOS DE SINOVIA TENDON Y BURSA
728 - TRASTORNO DE MUSCULO LIGAMENTO Y FASCIA
729 - OTROS TRASTORNOS DE TEJIDO BLANDOS
813 - FRACTURA DE RADIO Y CUBITO
844 - ESGUINCES Y TORCEDURAS DE RODILLA Y PIERNA

[20] En el informe se indica que la fuente de datos es: RESINA, Sistema de Información Sectorial de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

[21] La referencia es a la Clasificación Internacional de Enfermedades. Novena revisión.2014.
Dicha clasificación recoge en:
Apartado 10. Enfermedades del sistema osto-mioarticular y tejido conjuntivo (711-739), patologías clasificadas en:
ARTROPATÍAS Y TRASTORNOS RELACIONADAS (710-719)
DORSOPATÍAS (720-724)
REUMATISMO, SALVO DE LA ESPALDA (725-729)
OSTEOPATÍAS, CONDROPATÍAS Y DEFORMIDADES MUSCULOESQUELÉTICAS ADQUIRIDAS (730-739)
Y en su apartado 17. Lesiones y Envenenamiento (800-999) las siguientes patologías:
FRACTURAS (800-829)
LUXACIÓN (830-839)
ESGUINCES Y TORCEDURAS DE ARTICULACIONES Y MÚSCULOS ADYACENTES (840-848)
LESIONES INTRACRANEALES, SALVO AQUÉLLAS CON FRACTURA DE CRÁNEO (850-854)
LESION INTERNA DE TÓRAX, ABDOMEN Y PELVIS (860-869)
HERIDAS ABIERTAS (870-897)
LESIÓN DE VASOS SANGUÍNEOS (900-904)
EFECTOS TARDÍOS DE LESIONES, ENVENENAMIENTOS, EFECTOS TÓXICOS Y OTRAS CAUSAS EXTERNAS (905-909)
LESION SUPERFICIAL (910-919)
CONTUSIÓN CON SUPERFICIE CUTANEA INTACTA (920-924)
LESIÓN POR APLASTAMIENTO (925-929)
EFECTOS DE CUERPO EXTRAÑO QUE ENTRA A TRAVÉS DE ORIFICIO (930-939)
QUEMADURAS (940-949)
LESIÓN DE NERVIOS Y MÉDULA ESPINAL (950-957)
CIERTAS COMPLICACIONES TRAUMÁTICAS Y LESIONES NO ESPECIFICADAS (958-959)
ENVENENAMIENTO POR DROGAS, SUSTANCIAS MEDICAMENTOSAS Y SUSTANCIAS BIOLÓGICAS (960-979)
EFECTOS TÓXICOS DE SUSTANCIAS PRIMORDIALMENTE NO MEDICAMENTOSAS CON RESPECTO A SU ORIGEN (980-989)
OTROS EFECTOS Y EFECTOS NO ESPECIFICADOS DE CAUSAS EXTERNAS (990-995)
COMPLICACIONES DE CUIDADOS QUIRÚRGICOS Y MÉDICOS NO CLASIFICADOS BAJO OTROS CONCEPTOS (996-999)

845 - ESGUINCES Y TORCEDURAS DE TOBILLO Y PIE
847 - ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTRAS PARTES NEOM DE LA ESPALDA
924 - CONTUSION DE MIEMBRO INFERIOR, DE OTROS SITIOS Y SITIOS NEOM
959 - OTROS TRAUMATISMOS Y LOS NO ESPECIFICADOS
995 - CIERTOS EFECTOS ADVERSOS NCOC
999 - COMPLICACIONES DE CUIDADOS MÉDICOS, NCOC

El que no se pretenda asumir la gestión total de las ITCC de cualquier patología es una obviedad, sería de imposible atención por ella. Y el que se pretenda reducir a las patologías osteo-articulares y traumatológicas, y a una sola parte de las mismas, plantearía de inicio la concreción del diagnóstico para que este se encuadre en alguna de las "top 20" y no en otros.

La valoración que se hace entre si el proceso patológico se ha cursado vía contingencias comunes o profesionales a tenor de los datos –resumen- que el Informe analizado señala es interesante en relación a la duración del proceso de IT y obviamente el coste que ello lleva aparejado.

Como se puede apreciar las reformas legislativas de mejora son necesarias, pero las medidas a adoptar son complejas, porque, como ya ha dicho tantas veces aquí, la IT necesita de una reforma integral y holística coherente, evitando incurrir en la promulgación de una legislación "motorizada" de carácter parcial a través de la técnica de "leyes-medida" específicas. De lo que se trataría es de la *planificación normativa e institucional* de la IT como contingencia cubierta dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (artículo 42.1.c) TRLGSS como herramienta esencial para la mejora de la regulación. Lo cual supone precisar -con carácter previo y manera organizada en términos de fines a perseguir y medios jurídicos e institucionales para alcanzarlos- los términos en los que se pretende llevar a cabo la iniciativa normativa.

Con ello se podría alcanzar una mejora de la calidad de las normas *como presupuesto* de la realización de los fines sociales propios de una prestación típica de Seguridad Social en el sentido del artículo 41 de nuestra Constitución, por un lado, y, por otro, como garantía de un riguroso respeto del principio de seguridad jurídica en un Estado Social de Derecho (artículo 9.3 de la Norma Fundamental; *in fine* artículo 132 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Con una buena técnica jurídica orientada a fines constitucionalmente establecidos todo el sistema jurídico se convierte en ganador.

Top 20 Patologías Traumatológicas	Diferencias	
CIE-9	CC vs CP en días	% CC sobre CP
715 - OSTEOARTROSIS T TRASTORNOS CONEXOS	50,37	27,90%
716 - OTRAS ARTROPATIAS Y ARTROPATIAS NO ESPECIFICADAS	54,84	62,18%
717 - TRASTORNO INTERNO RODILLA	27,49	21,28%
718 - OTRO DESARREGLOS ARTICULARES	28,95	32,97%

719 - OTROS TRASTORNOS Y TRASTORNOS NEOM DE ARTICULACION	48,12	57,92%
722 - TRASTORNO DEL DISCO INTERVERTEBRAL	48,14	34,93%
723 - OTRAS ALTERACIONES COLUMNA CERVICAL	20,02	40,77%
724 - OTRAS ALTERACIONES DE LA ESPALDA NO ESPECIFICADOS	34,02	61,44%
726 - TENDINITIS INTERSECIONES PERIFERICAS Y SINDROMES CONEXOS	23,34	26,06%
727 - OTROS TRASTORNOS DE SINOVIA TENDON Y BURSA	9,90	11,55%
728 - TRASTORNO DE MUSCULO LIGAMENTO Y FASCIA	15,02	37,47%
729 - OTROS TRASTORNOS DE TEJIDO BLANDOS	35,76	58,11%
813 - FRACTURA DE RADIO Y CUBITO	8,35	7,09%
844 - ESGUINCES Y TORCEDURAS DE RODILLA Y PIERNA	33,41	39,29%
845 - ESGUINCES Y TORCEDURAS DE TOBILLO Y PIE	10,48	30,71%
847 - ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTRAS PARTES NEOM DE LA ESPALDA	21,37	41,89%
924 - CONTUSION DE MIEMBRO INFERIOR, DE OTROS SITIOS Y SITIOS NEOM	18,17	44,83%
959 - OTROS TRAUMATISMOS Y LOS NO ESPECIFICADOS	13,33	28,93%
995 - CIERTOS EFECTOS ADVERSOS NCOC	-26,78	-308,06%
999 - COMPLICACIONES DE CUIDADOS MÉDICOS, NCOC	-31,04	-734,12%

Lo que se muestra en relación con esas 20 patologías traumatológicas más frecuentes por contingencia común y su duración media cuando son tratadas por los SPS junto con la duración media de los procesos gestionados por las Mutuas por estas mismas patologías cuando se trata de una contingencia profesional y la correspondiente duración media. Resultando que la duración media de los procesos diagnosticados con una de esas 20 patologías es un 45,29% inferior cuando se trata de una contingencia Profesional (36,26 días), que cuando se tratan de procesos de esas mismas patologías diagnosticados como Contingencia Común (66,27 días)[22].

[22] Según el informe la consecuencia directa de ello sería (remitiéndose a los datos que se recogen en los anexos) reducir la duración media de los procesos traumatológicos y osteoarticulares, y disminuir las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, consiguiendo que más de 1.138.000 trabajadores recuperarían su salud 30 días antes, lo que supondría además un ahorro, tanto para la Seguridad Social como para las Empresas, de más de 2.370 millones de euros, en el año 2022. Además, tendría un valor añadido en la reducción de las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud.

Con independencia de los recelos, injustificados en muchas ocasiones, a la gestión de las Mutuas, podría antes de su rechazo o admisión sin más de la propuesta estudiar la viabilidad de un plan piloto en alguna Comunidad Autónoma para, a tenor de los resultados, aceptarlo o rechazarlo. Planes de este tipo ya los ha habido, por ejemplo: el suscrito con las CC.AA. Castilla La Mancha, Cataluña y Madrid, para el estudio y control de los siguientes procesos patológicos[23]

DIAG.	DESCRIPCIÓN DEL DIAGNÓSTICO
300	Trastornos neuróticos.
311	Trastorno depresivo no calificado bajo otros.
550	Hernia inguinal.
715	Osteoartrosis/Enf .afines.
717	Trastorno interno rodilla.
719	Otros trastornos y trastornos neom. de articulación.
722	Trastorno del disco intervertebral.
723	Otras alteraciones columna cervical.
724	Otras alteraciones de la espalda no especificados.
726	Tendinitis intersecciones periféricas y síndromes conexos.
727	Otros trastornos de sinovia tendón y bursa.
728	Trastorno de músculo ligamento y fascia.
729	Otros trastornos de tejido blandos.
845	Esguinces y torceduras de tobillo y pie.

En este sentido, véase la nota resumen del Sistema de información de Listas de Espera del SNS (accesible enhttps://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/docs/Listas_espera_jun2023_nota_difusion.pdf) [consultado en 12 febrero 2024], que señala:

Lista de espera quirúrgica:

A 30 de junio de 2023, 819.964 pacientes tenían indicada una intervención quirúrgica no urgente en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. El tiempo medio de espera se situaba en 112 días y el 17,4% de ellos llevaba incluido en lista de espera más de 6 meses. El volumen de pacientes con indicación de una cirugía electiva ha aumentado en un 9,4% respecto a junio de 2022. El tiempo medio de espera es similar al del mismo corte del año anterior (113 días) y el porcentaje de pacientes con espera superior a 6 meses ha disminuido ligeramente (2 décimas) respecto a junio de 2022.

La especialidad con mayor tiempo medio de espera sigue siendo Cirugía Plástica con 225 días, seguida de Neurocirugía con 192 días y Traumatología, cuyos pacientes llevan esperando un promedio de 133 días. Cirugía cardíaca, con 58 días y la Dermatología y la Oftalmología, con 66 y 78 días, respectivamente son las especialidades con menores tiempos medios de espera. Respecto a los 11 procesos clínicos que se monitorizan específicamente1 en este sistema de información presentan un tiempo medio de espera de 88 días. La demora media registrada para cataratas, uno de los procesos más frecuentes, es de 68 días. La intervención de hipertrofia benigna de próstata se sitúa 119 días y la operación de hallux valgus ("juanetes") con 121 días. Con respecto a los 5 procesos clínicos programables sometidos a seguimiento específico en cuanto a garantías de tiempo de espera en el SNS, todos ellos se sitúan en tiempos inferiores a los 180 días establecidos. La cirugía cardiaca coronaria es la que menor demora presenta (40 días) y la prótesis de rodilla, con 134 días, es el procedimiento que muestra mayor demora.

Lista de espera en consultas externas:

A 30 de junio de 2023, 78,47 de cada 1000 personas estaban registradas en una lista de espera para una primera consulta con un facultativo de Atención Especializada hospitalaria. Dicha tasa es similar a la de junio de 2022. El tiempo medio de espera de dichos pacientes es de 87 días, superior en 8 puntos al corte de junio de 2022 y sin haber retornado aún a las cifras prepandémicas de junio 2019 (81 días) Las especialidades con mayores tiempos de espera son: Neurología con 118 días, Dermatología con 99 días y Traumatología con 90 días. Los menores tiempos se observan en Cirugía General con un promedio de espera para consulta de 54 días y en Ginecología con 58 días.

[23] Véanse las Resoluciones de la Secretaria General Técnica del MEISS de 30 octubre y 2 diciembre de 2009, que publican dichos acuerdos.

Por otro lado, y a la vista de todo lo comentado y analizado, cabría hacer algunas reflexiones finales sobre el control de las incapacidades temporales:

Concurrencia y participación de distintas administraciones y entidades en la gestión y control de la IT

La intervención de distintas administraciones (estatal y autonómica), entidades públicas (INSS, ISM, Servicios de Salud de las CC.AA.), privadas (Mutuas y empresas), con diferentes intereses, competencias, motivaciones, etc., provoca unas diferencias en orden a cuáles son las prioridades para ellas que obviamente influyen en una correcta gestión y control en la incapacidad temporal, singularmente en el caso de aquellas situaciones derivadas de contingencias comunes. La gestión separada entre el responsable económico y el prestador de la atención sanitaria es obvia, que comporta problemas complejos y difíciles de solventar.

Desde el punto de vista de quien tiene que prestar los servicios sanitarios (en el caso de las entidades públicas) su principal preocupación es obviamente el sanitario, es decir la prevención, recuperación y rehabilitación de la salud del trabajador. Para los médicos encargados de dispensación de la asistencia sanitaria, la gestión de la IT no deja de ser una carga de trabajo añadida, que además suelen ser fuente de conflictos con el beneficiario con quien tiene que entenderse directamente y al que tiene que decirle si o no a la baja, o a su mantenimiento, con las implicaciones económicas y laborales que ello conlleva. Sin embargo, su intervención es sumamente trascedente, ya que condicionan o imponen obligaciones al INSS, a las Mutuas o a las empresas.

Para los servicios de Inspección Sanitaria de la CC.AA. la gestión de la IT no es otra cosa que una parte más de su trabajo, que muchas veces no está priorizada, sino que además puede ocupar un lugar segundario frente a otros como el control farmacéutico cuyo coste recae directamente sobre la CC.AA. de la que dependen.

Frente a ellos, nos encontramos con los responsables económicos de la prestación que, hipocresías aparte, su visión y actuación respecto a un sujeto en incapacidad temporal no es la misma, entre otras cosas porque su responsabilidad directa no es la de atender la salud del trabajador. Por otro lado al INSS se le atribuye una serie de competencias en el control de la IT que suponen unas actuaciones –intervenir en la atención sanitaria- para la que no tienen competencias y además unas posibilidades muy limitadas puesto que carecen de medios para ello para ello, lo que les lleva en definitiva a tener que solicitar la colaboración de los SPS o de las Mutuas (por ejemplo, cuando se precisen pruebas, etc.) a los que precisamente están controlando y cuyas decisiones pueden entrar en directa confrontación.

Competencias de las Mutuas en la gestión económica de la incapacidad temporal: hipocresía, incongruencias y leyendas urbanas a matizar

La reforma llevada a cabo por el art. 35 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, en la Disposición adicional undécima de la LGSS/1994, atribuyó a las Mutuas una competencia extraña, gestionar la prestación económica de IT derivada de contingencias comunes. Es decir, se le atribuye simplemente la función de controlar y gestionar el pago una prestación en cuya dinámica (nacimiento, duración y extinción) no puede intervenir directamente, limitándose como mucho a la posibilidad de efectuar reconocimientos médicos y facilitar el acceso a pruebas médicas. Para poder actuar sobre un proceso de IT en su duración y extinción debían requerir el auxilio de la Inspección Médica del SPS y en su caso del INSS. Resulta curioso, que las razones que se han ofrecido para justificar la asunción progresiva de competencias en el control de la IT por parte del INSS, no sirvan o se acepten para

dotar de competencias efectivas a las Mutuas. Si uno de los argumentos utilizados es, que no resulta razonable que el responsable de la prestación económica no tenga competencia sobre los actos de nacimiento y duración de la misma, lo mismo cabría de predicarse de la conveniencia de atribuir similares competencias a las Mutuas. Los contrarios a la atribución de competencias a las Mutuas olvidan que en terreno de las situaciones de IT derivadas de contingencias profesionales el control de las Mutuas es total y no parece que haya objeciones –significativas- sobre ello (lo que abonaría la propuesta formulada en el informe)

Por otro lado, la idea de que las Mutuas gestionan mejor los procesos de IT merece también algunos matices. En primer lugar, hay que recordar que esa idea –fundamentalmente- gira en torno a los procesos de IT de contingencias profesionales y no comunes. En segundo lugar, que tales procesos son bastante limitados en cuanto a las patologías resultantes a tratar y a colectivos reducidos (en relación con los atendidos en el SPS). En tercer lugar, que las Mutuas tienen para ello competencias plenas ya que se encargan de la atención médica y de la prestación económica, lo que facilita el diagnóstico y seguimiento de la situación. Cosa distinta sería si las Mutuas tuvieran que hacerse cargo de la atención médica y de la prestación económica en caso de contingencias comunes, algo para lo que ni están –hoy por hoy- seguramente preparadas ni tampoco tendrían medios para ello (sobre la pretensión genérica de la asunción de competencias plenas en la gestión de la ITCC).

Dicho lo anterior se podría concluir que quizás haya mucha hipocresía e incongruencia en el debate. Si no se confía en las Mutuas, la solución es bastante sencilla, que las mismas se limiten a sus competencias originarias.

Corruptelas en el uso de la incapacidad temporal

Con independencia de actuaciones claramente fraudulentas tendentes al acceso o mantenimiento indebido de una IT (connivencias, engaños, etc.), mayor problema presenta el uso indebido de la IT para otras finalidades para la que no han sido concebida, como, por ejemplo: atender cargas familiares, situaciones de conflicto laboral, etc. Fundamentalmente son preocupantes las bajas de corta duración de muy difícil de control. Por otro lado, el uso indebido de la IT como prevención de hipotéticas pérdidas de salud por las condiciones de trabajo se ha intentado solucionar con la introducción de nuevas contingencias como, la de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, así como al de cuidado de hijo menor enfermo grave.

Coste para las empresas

Para el empresario la repercusión económica que tiene el que un trabajador se encuentre en incapacidad temporal es obvia, puesto que tiene que asumir el coste -en contingencias comunes- de la prestación económica de los días 4º al 15º; el de la protección complementaria pactada vía convenio colectivo, si la hubiere; aquellos costes indirectos derivados de la pérdida de productividad; la posible necesidad de sustitución del trabajador; los cambios organizativos que tengan que producirse, etc. Pero el mayor problema está en el nulo control que el empresario pueda llevar a cabo para verificar el estado de enfermedad o accidente de un trabajador para justificar sus faltas al trabajo, es muy limitado o en la práctica inexistente.

Determinación de la contingencia

Distinguir entre el origen común o profesional de la pérdida de la salud del trabajador no siempre es sencillo y sin embargo su calificación es relevante. Supondrá quien será el obligado y responsable de la prestación asistencial y de la económica. Y además de cara al trabajador la

prestación económica implica una mayor o menor protección cuantitativa y cualitativamente. Aquí la reforma introducida en 2014 fue bastante aceptable de cara al propio beneficiario ya que hace evita las situaciones de desatención de unos u otros en orden a la atención sanitaria y prestación económica con el cauce establecido para ellos. El que ahora se quieran revivir los tribunales médicos (en los que se integrarían las Mutuas) no sabemos a lo que conduciría, quizás a fuente de mayor controversias.

Un punto básico y esencial: la necesidad de un inmediato y correcto diagnóstico

Es obvio que un diagnóstico acertado es la base de una correcta situación de baja. El problema que tiene que afrontar en muchas ocasiones el facultativo es que tiene que decidir sobre la procedencia o no de una baja y se puede encontrar con las inevitables (o evitables) demoras en la atención sanitaria tanto básica como especializada (realización de pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, interconsultas entre facultativos de atención primaria y especializada, etc. Esos tiempos muertos o esperas repercuten negativamente en la gestión y el coste de la IT. La oferta de las Mutuas de asumir pruebas (que ya se utiliza) no es mala propuesta.

La gestión administrativa de los facultativos de atención primaria en la IT

La gestión asociada a un proceso de IT no suele ser bien acogida por los facultativos, quizás por compleja y a veces innecesaria. A ello ha dado una solución aceptable el proceso de expedición de partes de baja y confirmación con las reformas de 2015 y 2022.

Recelos y motivación de los facultativos del SPS

La separación entre quien abona el subsidio y quien presta los servicios sanitarios puede suponer una falta de motivación para quien tiene competencias en el control sanitario. Si a ello se une la progresiva invasión o pérdida de competencias, como el control de la IT a partir del día 365, la posibilidad de que los facultativos adscritos al INSS expidan altas médicas y que las emisiones de nuevas bajas por recaídas queden dentro de sus competencias, etc., pueden llevar a recelo y desinterés. A ello quizás ha ido dando solución los convenios entre el INSS y las distintas CC.AA. que desde 2006 se han venido celebrando.

La falta de un uso responsable de la Incapacidad Temporal

Tanto entre los ciudadanos como entre los profesionales hay un espacio de tolerancia o entendimiento laxo de que con la IT se pueden atender situaciones de carácter social y personal, en algunos casos dignas de protección que no tienen respuesta en la actual legislación social y para las que la IT es un refugio. Aquí no solamente hay que pensar en situaciones típicamente fraudulentas, sino otras como problemas derivados de la conciliación familiar, laboral, etc. Piénsese que hasta unos años era normal acudir a la IT como refugio de situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de hijo enfermo grave.

Los requerimientos al trabajador para que se sometan a reconocimiento médicos por parte del INSS:

El problema que tiene que afrontar el INSS a la hora de llevar a cabo actos de comprobación es muy importante y es que no tiene ni competencias ni posibilidades de llevar a cabo un efectivo control de la salud. Sus posibilidades reales se limitan al estudio de la documentación o historial médico del trabajador y a un simple reconocimiento del mismo. Si quiere profundizar, acordar prácticas de pruebas etc., tendrá que contar precisamente con el Servicio Público de Salud y que este acepte

participar en un extraño control sobre sí mismo. Y esto como antes es una parte muy importante de los Convenios hasta ahora suscritos con el INSS y CC.AA.

El blindaje de las altas médicas cursadas por el INSS

Como ya se ha analizado las altas médicas cursadas por los facultativos del INSS quedan blindadas en caso de recaídas, lo cual plantea obviamente las quejas y recelos por parte de los facultativos del Servicio Público de Salud.

El problema de la incapacidad temporal indefinida discontinua

El problema de cómo evitar situaciones de IT intermitentes no ha encontrado hasta la fecha una respuesta adecuada. Es a veces complejo determinar cuando estamos ante una recaída, ante una patología similar, concurrente, o estamos ante una recidiva, etc. Todo ello encuentra la misma solución, si no han transcurrido 180 días, se entiende que estamos ante un mismo período de IT y entra en el cómputo del período máximo de 365 o en su caso de los 540 días. Hay incluso quien sugiere que la solución pasa por eliminar la referencia a recaídas y que todo proceso que se inicie dentro de un período más o menos próximo subsiguiente al alta sea computable. Lo cual podría llevar al absurdo de extinción de la situación de IT, sin estar curado y sin posibilidad de acceder a la Incapacidad Permanente, por no revestir las dolencias el carácter de definitivas.

Las recalificaciones del INSS o la guerra de responsabilidades

La competencia del INSS para llevar a cabo recalificaciones de una situación de IT, puede tener efectos perversos ante conductas estratégicas. Piénsese que el trabajador que se encuentre en situación de IT por CP, estando cubierto el riego por una Mutua, puede ante el alta médica extendida, si no está de acuerdo, en lugar de impugnar la misma, acudir al médico del SPS, obtener la baja y más adelante pedir la recalificación. En definitiva, una impugnación encubierta de alta médica con importantes consecuencias. De aquí que las recalificaciones puedan en algunos casos facilitar conductas estratégicas fraudulentas.

La reforma "estrella" o principal novedad en 2023: la supresión de la entrega al beneficiario de una copia del parte de baja o de confirmación para su entrega en la empresa

No cabe duda cabe que para el trabajador es en cierta forma un alivio en relación con las obligaciones que antes tenía de presentarlo en un breve período de tiempo ante la empresa. Ahora la empresa lo recibirá directamente del INSS a través del sistema RED. El problema será cuando la empresa o el empleador no estén obligados a estar incorporados al sistema RED. La nueva redacción al art. 7 del RD 625/2022 no dice nada al respecto. La Orden ISM/2/2023 en su art. 10 si contempla esta situación que se resolverá vía notificación o comunicación electrónica y en su caso por correo ordinario. Está por ver su efectividad y los posibles conflictos cuando el trabajador no ponga en antecedentes a la empresa de su situación de incapacidad temporal, a lo que no parece que venga obligado.

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises

The concepts of employee in Directive 2019/1158 on work-life balance for parents and carers: grey areas

Cristina Sánchez-Rodas Navarro *Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad de Sevilla
https://orcid.org/0000-0001-9780-7860

Cita Sugerida: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 41-63.

Resumen

El objeto de este artículo es analizar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2019/1158, cuestión de gran trascendencia práctica puesto que será uno de los parámetros a examinar para determinar si la misma se ha traspuesto correctamente al Derecho español. La complejidad del tema radica en que la Directiva no define a qué trabajadores se aplica, sino que utiliza un criterio híbrido y novedoso, remitiéndose simultáneamente al Derecho nacional y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que, sin embargo, no comparten un concepto común de trabajador/a. Dependiendo de cómo se interprete este concepto, personas que conforme al Derecho español no pueden calificarse de trabajadoras por cuenta ajena podrían, sin embargo, tener derecho a los permisos que para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores regula la Directiva 2019/1158.

Palabras clave

Directiva 2019/1158; contrato de trabajo; relación laboral; contrato relacionado con el empleo

Abstract

This article sets out to analyse the subjective scope of application of Directive 2019/1158, a matter of huge practical importance as it will be one of the parameters examined to determine whether it has been correctly transposed into Spanish law. The complexity of the issue lies in the fact that the Directive does not define which workers it applies to, but instead uses a hybrid and innovative approach, referring simultaneously to national law and the case law of the Court of Justice of the European Union, which, however, do not share a common concept of employee. Depending on the interpretation of this concept, people who, under Spanish law, cannot be described as employees may still be entitled to the leave regulated by Directive 2019/1158 to facilitate work-life balance for parents and carers.

Keywords

Directive 2019/1158; employment contract; labour relations; employment-related contract

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2019/1158 encierra mayor complejidad que la que aparentemente podría sugerir una superficial y rápida lectura de la misma, que se incrementa a medida que se profundiza en la misma y se contrasta su contenido con su trasposición (tardía) en España. Este artículo se centra en una cuestión clave, cómo es determinar el concepto de trabajador/a a los que la Directiva 2019/1158 es aplicable para lo cual es imprescindible analizar, en primer lugar, los conceptos de trabajador/a en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europa y cómo el mismo se ha aplicado a otras Directivas anteriores en el tiempo, puesto que ello nos dará el parámetro para interpretar a qué personas empleadas se aplicará la Directiva 2019/1158 en España y detectar zonas grises en las que las previsiones de la Directiva 2019/1158 causan fricción a la hora de su trasposición en nuestro país.

Fecha Recepción: 4/2/2024 - Fecha Revisión: 9/3/2024 - Fecha Aceptación: 11/3/2024
Pags. 41-63

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA DIRECTIVA 2019/1158[1]

Concretar a quiénes resulta aplicable la Directiva 2019/1158 es una cuestión de la máxima trascendencia práctica puesto que será uno de los parámetros a examinar para determinar si la Directiva se ha traspuesto correctamente al Derecho nacional.

El artículo 2 de la Directiva 2019/1158 indica que la misma "*se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal que definida en la legislación, los convenios colectivos*[2] *o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*". Redacción de más hondo calado, como se expondrá, que la de la propuesta de Directiva publicada en 2017 cuyo su artículo 2 establecía escuetamente:"*la presente Directiva se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, con contratos de trabajo o con otra relación laboral*".

2.1. Contrato de trabajo *versus* relación laboral: employment contract *versus* employment relationship

En el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 se diferencia entre contrato de trabajo y relación laboral (*an employment contract or employment relationship*, en la versión inglesa) por lo que no necesariamente serán términos sinónimos, aunque ambas categorías queden incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Esta Directiva, como viene siendo práctica habitual por parte del legislador de la UE, no define tales conceptos[3].

Conforme ha señalado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo,"la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, a cambio de las cuales percibe una remuneración"[4].

El mismo Tribunal también ha matizado que "la relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación entre el trabajador y su empleador y que la existencia de tal nexo debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes[5]. Desde la óptica española, cumpliéndose los requisitos arriba mencionados calificaríamos a esa relación como contrato de trabajo, incluso aunque no se hubiera formalizado por escrito (artículo 8.1 TRET).

Pero lo relevante es que para el Tribunal de Justicia resulta factible la existencia de una relación laboral a efectos del Derecho de la UE, aunque la misma esté excluida del Derecho del Trabajo conforme a la legislación nacional. A título ilustrativo pueden traerse a colación las sentencias

[1] Trabajo realizado en el marco del Grupo SEJ 447 "Coordinación Comunitaria de Regímenes de Seguridad Social y Asistencia Social" financiado por la Junta de Andalucía (Plan Andaluz de Investigación).

[2] Maneiro Vázquez, Y.: *El Papel de los Sindicatos como Garantes de los Derechos Reconocidos en las Nuevas Directivas,* Cinca, Madrid, 2023, pp.83-85.

[3] Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O'Brien), ECLI:EU:C:2012:110: "ni la Directiva 97/81 ni el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial definen los términos contrato de trabajo o relación de trabajo".

[4] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, 116/06, EU:C:2007:536.

[5] Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2015, 47/14, (Holterman) EU:C:2015:574; y de 20 de noviembre de 2018, 147/17, (Sindicatul Familia Constanţa) EU:C:2018:926.

O'Brien[6], Fenoll[7], UX[8] y Betriebsrat der Ruhrlandklinik[9]. En esta última, el Tribunal de Justicia calificó como trabajadora a efectos de la Directiva 2008/104 a una enfermera miembro de la Hermandad de Enfermas de la Cruz Roja que, conforme al derecho alemán, no tiene la condición de trabajadora. El Tribunal sostuvo que "ni la calificación jurídica en Derecho nacional de la relación que une a la persona de que se trate con la empresa de trabajo temporal, ni la naturaleza de su vínculo jurídico, ni tampoco la forma de esa relación, son determinantes a efectos de la consideración de dicha persona como trabajador".

En la sentencia UX el Tribunal admite la existencia de relación laboral respecto de los jueces honorarios que perciben indemnizaciones del Estado vinculadas a las prestaciones realizadas, aunque los mismos no puedan ser calificados como trabajadores por cuenta ajena conforme al Derecho italiano. En similares términos se había pronunciado en el caso O'Brien respecto a los jueces británicos, que no son trabajadores según el Derecho nacional. Y en la sentencia Fenoll se concluye que personas excluidas del Código de Trabajo francés pueden ser sujetos de una relación laboral a efectos del Derecho de la Unión Europea.

De las cuestiones prejudiciales citadas se infiere que la naturaleza jurídica *sui generis* de una prestación de trabajo a la luz del Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador/a a efectos del Derecho de la Unión[10]. O, en palabras de MOLINS GARCÍA-ATANCE, estaremos ante "trabajadores no trabajadores". Es decir, son trabajadores a efectos del Derecho de la UE y no trabajadores a efectos del Derecho interno"[11].

En cualquier caso, la dualidad terminológica utilizada en la redacción del artículo 2 de la Directiva 2019/1158 no es novedosa, sino que la hace formar parte de un grupo de Directivas que no circunscriben su ámbito de aplicación al "contrato de trabajo", sino que lo extienden a quienes tienen una "relación laboral", aunque ninguna de esas Directivas, que a continuación se enuncian, defina dichos términos:

1) Directiva del Consejo de 14 de febrero de 1977 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (artículos 3.1 y 4.2)

[6] Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O'Brien), ECLI:EU:C:2012:110: "únicamente se puede admitir una exclusión si la relación que une a los jueces con el Ministry of Justice es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores con sus empleadores".

[7] Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2015, -316/13, (Fenoll), EU:C:2015:200:"de la resolución de remisión resulta que las personas admitidas en un CAT no están sujetas a ciertas disposiciones del Code du Travail. Sin embargo, esa circunstancia, que genera una situación jurídica de esas personas que cabe calificar como *sui generis*, no puede ser determinante para la apreciación de la relación laboral entre las partes litigantes".

[8] Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, 658/18, (UX), ECLI:EU:C:2020:572.

[9] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2016, -216/15, (Betriebsrat der Ruhrlandklinik), ECLI:EU:C:2016:883.

[10] "La naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario". Cfr., entre otras: Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1982, -53/81, (Levin), ECLI:EU:C:1982:105; de 31 de mayo de 1989, -344/87, (Bettray), ECLI:EU:C:1989:226; de 19 de noviembre de 2002, -188/00, (Kurz), ECLI:EU:C:2002:694; y de 7 de septiembre de 2004, -456/02, (Trojani), ECLI:EU:C:2004:488.

[11] Molins-García Atance, J.:"El Nuevo Marco Jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la Adaptación del Tiempo de Trabajo a las Circunstancias Personales y Familiares de las Personas Trabajadoras", *Documentación Laboral* nº 122/2021, p.28,

2) Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (artículos 1.1, 3.1, 3.2 y 4.2).

3) Directiva 91/533 del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (artículos 1.1, 1.2 y 2.1). Derogada por la vigente Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (artículo 1.2).

4) Directiva 96/34 del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental (Anexo II, Cláusula 1.2[12]). Fue derogada por la Directiva 2010/18 de 8 de marzo que recoge literalmente la misma Cláusula 1.2 también en su Anexo II (y, a su vez, derogada por la Directiva 2019/1158).

5) Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial en su versión modificada por la Directiva 98/23 (Cláusula 2, apartado 1[13]).

3. DETERMINAR EL CONCEPTO DE TRABAJADOR/A ¿ES COMPETENCIA NACIONAL O DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA?

Afirma el Considerando Décimo Séptimo de la Directiva 2019/1158 que "*teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los criterios para determinar la condición de trabajador, compete a los Estados miembros definir los contratos de trabajo y las relaciones laborales".*

También el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 corroboraría la competencia del Derecho nacional para determinar a qué trabajadores resulta la misma aplicable por cuanto que especifica que *"se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal que definida en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro…*". Hasta aquí, la redacción es similar -cuando no idéntica- a las contenidas en las ya citadas Directiva 91/533[14], Directiva 96/34[15] y Directiva 2010/18[16].

Pero la Directiva 2019/1158 (al igual que la Directiva 2019/1152) presenta una extraordinaria y novedosa peculiaridad frente a cualquier otra Directiva: su artículo 2 *in fine* alude expresamente a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo a efectos de concretar el concepto de trabajador/a incluido en su ámbito de aplicación personal. Estamos ante la cuadratura del círculo: la Directiva remite tanto a las definiciones nacionales como a la jurisprudencia del Tribunal. Este concepto "dual" o "híbrido" no es casual, sino resultado de la "derrota" de la Comisión que propuso

[12] "2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro".

[13] El Acuerdo es aplicable "a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro".

[14] "Ámbito de aplicación 1. La presente Directiva se aplicará a todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sujetos al derecho vigente en un Estado miembro".

[15] "Anexo II, Cláusula 1.2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro".

[16] "Anexo II, Cláusula 1.2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro".

en su momento incluir un concepto comunitario de trabajador/a para salvaguardar el principio de seguridad jurídica. Esta propuesta fue rechazada por los colegisladores y llevó a esta redacción de compromiso del ámbito de aplicación personal de las Directivas 2019/1158 y 2019/1152[17].

La remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es relevante, ya que, si se deja en manos de cada Estado miembro, el ámbito de aplicación personal de la Directiva podría interpretarse de forma restrictiva, frustrando así su propio objetivo. En opinión de CHIEREGATO es muy significativa la explícita referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya que deja entrever la posibilidad de que el ámbito de aplicación personal de la Directiva se interprete en sentido amplio y se aplique a una mano de obra más numerosa que la cubierta por el Derecho laboral nacional[18]. En este sentido, la redacción del artículo 2 de la Directiva 2019/1158 (y también la del artículo 1.2 de la Directiva 2019/1152 por ser ambas idénticas)- al remitirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia presenta una innegable ventaja: permitirá aplicar posibles cambios jurisprudenciales sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva sin necesidad de reforma alguna.

En tanto no se pronuncie el TJUE sobre el artículo 2 de la Directiva 2019/1158, la tesis que aquí se defiende es que la misma se aplicará a todos los trabajadores a los que la legislación laboral de los Estados miembros reconozca tal condición sin excepciones, puesto que esta Directiva no contempla la posibilidad de que los Estados inapliquen sus disposiciones a concretas categorías de personas trabajadoras.

Y todo ello con independencia de la dimensión de la empresa puesto que, conforme al Considerando Cuadragésimo Octavo, la Directiva 2019/1158 es aplicable en su integridad a las pequeñas y medianas empresas y también a las microempresas. En este punto, el legislador comunitario ha pasado por alto la situación de todas las familias que han de contratar a empleados de hogar para cuidar a algunos de sus miembros y que difícilmente podrán afrontar el incremento de los costes salariales derivados de la trasposición de la Directiva. Pero, además, la Directiva 2019/1158 también resulta aplicable a quienes no pudiendo ser calificados como trabajadores a la luz del Derecho nacional cumplan con los requisitos de la definición jurisprudencial elaborada por el Tribunal de Luxemburgo.

4. LOS CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES DE TRABAJADOR/A EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

No se puede definir el concepto de trabajador/a a efectos del Derecho de la UE mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que el mismo tiene un alcance comunitario. Ahora bien, delimitarlo no es fácil porque, como el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha reconocido, el concepto de trabajador/a no es unívoco en el Derecho de la Unión Europea, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate[19].

4.1. El concepto laboral a efectos de la libre circulación de trabajadores

Debido a que el derecho de libre circulación de trabajadores es una de las libertades fundamentales de la UE consagrado en el artículo 45 del TFUE, el concepto de trabajador a estos

[17] VV.AA.:*Report Expert Group Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union,* European Commission, Bruselas, 2021, p.9.

[18] Chieregato E.: "A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158", *Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* nº 36/2020; p.13.

[19] Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, -85/96, (Martínez Sala), ECLI:EU:C:1998:217; y de 13 de enero de 2004, -256/01, (Allonby), ECLI:EU:C:2004:18.

efectos debe interpretarse en sentido amplio[20]. Aunque ha de tenerse en cuenta que dicho precepto no se aplica a los trabajadores autónomos (que se rigen por el principio de libertad de establecimiento, o en su caso, el de libre prestación de servicios[21]).

A los efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores, y en ausencia de una definición en Derecho originario o derivado, conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia[22] el trabajador/a se caracteriza como una persona física que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración[23], cualquiera que sea el campo en el que se desarrolla, siendo irrelevante el importe del salario y el carácter a tiempo parcial, temporal[24] o intermitente de la actividad[25], en tanto se trate de actividades reales y efectivas[26], entre las que se incluyen las actividades deportivas si se realizan con carácter profesional[27]. A estos efectos se han de tener en cuenta todas las actividades profesionales ejercidas por el interesado en el territorio del Estado miembro de acogida, pero no las actividades ejercidas en otro lugar de la UE[28].

Respecto al requisito de la subordinación entre trabajadores y empleadores "debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes"[29]. La subordinación es compatible con "un considerable margen de apreciación en el ejercicio cotidiano de sus funciones"[30].

El hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital tampoco impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador[31], aunque la persona

[20] Sentencia del Tribunal de Justicia 3 de julio de 1986, -66/85, (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284.

[21] Cfr. Cabeza Pereiro, J.: *El Ámbito del Trabajo Subordinado y el Trabajo Autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp.109-126.

[22] Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Hacia el Concepto de Trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la Política Social propiamente dicha", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* nº 1/2017, pp. 295-311. Y Cabeza Pereiro, J.:"El Concepto de Trabajador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Documentación Laboral* nº 113/2018, pp. 45-58.

[23] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1989, -3/87, (Agegate), ECLI:EU:C:1989:650: "en el caso de los pescadores, el mero hecho de que la retribución de una persona sea "a la parte" y que eventualmente se calcule de forma colectiva no excluye su condición de trabajador a los efectos del Derecho a la libre circulación".

[24] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre 2003, -413/01, (Ninni-Orasche), ECLI:EU:C:2003:600:"un empleo temporal ejercido durante dos meses y medio por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional le puede conferir la condición de trabajador en el sentido del artículo 48 del Tratado siempre que la actividad por cuenta ajena desempeñada no tenga un carácter meramente marginal y accesorio".

[25] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1976, -13/76, (Dona), ECLI:EU:C:1976:115.

[26] Se deduce que dichas normas garantizan tan sólo la libre circulación de las personas que ejercen o desean ejercer una actividad económica y que, por consiguiente, solamente cubren el ejercicio de actividades reales y efectivas. Cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1982, -53/81, (Levin), ECLI:EU:C:1982:105; y de 26 de febrero de 1992, -357/89, (Raulin), ECLI:EU:C:1992:87.

[27] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre 1974, -36/74, (Walrave), ECLI:EU:C:1974:140. Conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1995, -415/93, (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, los jugadores de fútbol de nacionalidad comunitaria no pueden considerarse como "extranjeros" a efectos de limitar su número en las plantillas.

[28] Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, -152/73, (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13; de 23 de marzo de 1982, -53/81, (Levin). ECLI:EU:C:1982:105; de 3 de julio de 1986, -66/85, (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284; y de 26 de febrero de 1992, -357/89, (Raulin), ECLI:EU:C:1992:87.

[29] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2015, -47/14, (Holterman), EU:C:2015:574.

[30] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2018, -147/17, (Sindicatul Familia Constanţa), EU:C:2018:926

[31] Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, 317/93, (Nolte), ECLI:EU:C:2009:344; y de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados -22/08 y 23/08, (Vatsouras), ECLI:EU:C:2009:344.

trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedente de fondos públicos del Estado de residencia[32].

La productividad más o menos alta, o la fuente de los recursos destinados a la retribución, no pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora[33]. Tampoco la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador y a la empresa es determinante a estos efectos[34]: fue considerado como trabajador el nacional de un Estado miembro que ocupa en otro Estado miembro un empleo que se rige por un estatuto especial de Derecho Internacional[35]. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia calificó a los funcionarios de las Comunidades Europeas como trabajadores por cuenta ajena a los efectos del derecho a la libre circulación[36].

4.2. El concepto de Seguridad Social a efectos de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la UE

Tempranamente se afirmó en la sentencia Unger[37] que, igual que a efectos del Derecho a la libre circulación existía un concepto comunitario de trabajador/a, existía un concepto comunitario de trabajador/a a efectos de la coordinación de regímenes de Seguridad Social.

Pero no son conceptos sinónimos ya que el concepto de trabajador/a utilizado en el marco del actual artículo 45 TFUE no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del vigente artículo 48 TFUE[38].

En efecto, por lo que respecta a la coordinación de sistemas de Seguridad (artículo 48 TFUE) el concepto de trabajador comprende a "cuantos, sea bajo la apelación que sea, se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social" incluso si no ostentan en el presente un empleo[39], pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral[40]. Como resaltó la sentencia Pierik[41], aunque no ejerzan actividad profesional alguna, por el simple hecho de encontrarse afiliados a un régimen de Seguridad Social coordinado, los beneficiarios de una pensión o de una renta que deba abonarse al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, para el Tribunal de Justica no resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado o no al régimen correspondiente,

[32] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1986, -139/85, (Kempf), ECLI:EU:C:1986:223.
[33] Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1989, -344/87, (Bettray), ECLI:EU:C:1989:226.
[34] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, -152/73, (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13.153.
[35] Cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1989, asuntos acumulados -389/87 y 390/87, (Echternach y Moriz), ECLI:EU:C:1989:130; y de 27 de mayo de 1993,-310/91, (Schmid), ECLI:EU:C:1993:221.
[36] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, -411/98, (Ferlini), ECLI:EU:C:2000:530.
[37] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1964, -75/63, (Unger), ECLI:EU:C:1964:19:"el concepto de trabajador por cuenta ajena o asimilado, utilizado por el Reglamento n° 3 del Consejo de la CEE relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes tiene un alcance comunitario, por la misma razón que el término trabajador de los artículos 48 a 51 del Tratado CEE".
[38] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, -85/96, (Martínez Sala), ECLI:EU:C:1998:217.
[39] Entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 1986, -300/84, (Van Roosmalen), ECLI:EU:C:1986:402; y de 9 de julio de 1987, asuntos acumulados-82 y 103/86, (Laborero y Sabato), ECLI:EU:C:1987:356:"lo que vincula al nacional comunitario al Reglamento 1408/71 es, pues, la relación con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro y no la calificación del Derecho interno sobre la actividad desempeñada".
[40] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1964,-75/63, (Unger), ECLI:EU:C:1964:19.
[41] Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, -182/78, (Pierik), ECLI:EU:C:1979:142.

siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable[42].

A estos efectos resulta indiferente el motivo que impulsó los desplazamientos del trabajador[43] puesto que, como se afirma en la sentencia Kits van Heijningen[44] es la sumisión a una legislación de Seguridad Social de un Estado miembro lo que justifica la aplicación del Reglamento de coordinación, y no el ejercicio de la movilidad profesional.

Hay que concluir, por tanto, que la interpretación jurisprudencial de la noción de trabajador a los efectos de la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social "desborda" las exigencias del derecho a la libre circulación de trabajadores, puesto que prescinde del "aspecto profesional transfronterizo".

Como consecuencia del carácter polisémico del concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es factible que un trabajador por cuenta ajena a efectos del Derecho a la libre circulación no lo sea a efectos de la coordinación de sistemas de Seguridad Social (y viceversa): en la cuestión prejudicial Ferlini[45] los funcionarios afiliados al Régimen del Seguro de Enfermedad Común de las Instituciones de las Comunidades Europeas fueron calificados como trabajadores por cuenta ajena a los efectos del derecho a la libre circulación, pero al no ser sujetos protegidos por un régimen nacional de Seguridad Social coordinado, quedan excluidos de la aplicación de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social. En cambio, los trabajadores autónomos son sujetos protegidos por el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, pero están excluidos del Reglamento 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

5. EXÉGESIS DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR/A A EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS ANTERIORES A LA DIRECTIVA 2019/1158

5.1. Directivas que no se remiten a la legislación nacional

Cuando en las Directiva no existe una definición de trabajador ni una remisión a la legislación laboral nacional para delimitar su ámbito de aplicación personal, el Tribunal de Justicia ha optado por acudir al concepto jurisprudencial de trabajador a efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores[46]. Esto conlleva, nada más y nada menos, que se aplique un concepto acuñado para situaciones en las que existe un elemento transfronterizo a situaciones puramente internas en las que no habido ningún desplazamiento por parte del trabajador/a o de sus familiares.

A título ilustrativo pueden citarse las siguientes Directivas respecto a cuya exégesis se ha hecho prevalecer el concepto comunitario de trabajador/a en materia de libre circulación de trabajadores:

En la cuestión prejudicial Kiiski el Tribunal de Justicia mantuvo que "a efectos de la aplicación de la Directiva 92/85, el legislador comunitario quiso proporcionar una definición comunitaria

[42] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 1976, -39/76, (Monthaan), ECLI:EU:C:1976:181.

[43] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 1965,-44/65, (Singer), ECLI:EU:C:1997:239.

[44] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1990, -2/89, (Kits van Heijningen), ECLI:EU:C:1990:183:una persona entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 si reúne los requisitos exigidos por el artículo 1.a) en conexión con el artículo 2.1 del citado Reglamento, con independencia del tiempo que consagra al ejercicio de su actividad.

[45] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, -411/98, (Ferlini) ECLI:EU:C:2000:530.

[46] VV.AA.:*Report Expert Group Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on Transparent and Pedictable Working Conditions in the European Union. European Commission*, Op. cit., pp.8-16.

del concepto de trabajadora embarazada, aun cuando en lo relativo a uno de los aspectos de dicha definición, a saber, las modalidades de comunicación del estado de la trabajadora al empresario, se remitiera a las legislaciones y/o prácticas nacionales"[47] . Y en el caso Danosa[48] sostuvo que "los miembros del consejo de dirección de una sociedad de capital que prestan servicios a ésta y que forman parte integrante de ella, tienen la condición de trabajadores a efectos de la Directiva 92/85 si su actividad se ejerce, durante un tiempo determinado, bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y si, a cambio de esta actividad, perciben una retribución".

Respecto a la Directiva 2003/88, el Tribunal de Justicia ha interpretado que el concepto de trabajador no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión[49]. Se considera trabajador a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Por ello el Tribunal sentenció que los "acogedores familiares profesionales" habían de ser calificados como trabajadores a efectos de la citada Directiva[50]. Y en la sentencia Fenoll[51] el Tribunal se decantó por la misma respuesta respecto a la citada Directiva 2003/88 en el caso de una persona gravemente discapacitada que prestaba servicios en un Centro de Ayuda mediante el Trabajo, pese a que no le resultaban de aplicación todas las disposiciones del Código de Trabajo francés.

En la sentencia Balkaya[52] y Pujante[53] se afirmó que "el concepto de trabajador a que se refiere el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión".

5.2. Directivas que remiten al derecho nacional

Cuando la Directiva en cuestión sí se remite a la legislación nacional para delimitar su ámbito de aplicación personal se observa cómo el Tribunal de Justicia utiliza otros criterios para llegar igualmente a la conclusión de que resulta inadmisible la exclusión de ciertos colectivos en base a que no pueden ser calificados como trabajadores conforme al Derecho nacional.

Esto último lo ilustra perfectamente la sentencia O'Brien en la que se esgrimió el argumento del efecto útil de la Directiva: el Tribunal parte de la premisa de que el legislador de la UE al aprobar la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, consideró que el concepto de trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo debía

[47] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre 2007, -116/06, (Kiiski), ECLI:EU:C:2007:536.

[48] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, -232/09, (Danosa), ECLI:EU:C:2010:"un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte integrante, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitaciones, cumple, a primera vista, los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia".

[49] Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2015, -316/13, (Fenoll), EU:C:2015:200.

[50] Sentencia de 20 de noviembre de 2018, -147/17, (Sindicatul Familia Constanţa), EU:C:2018:926:"relación de subordinación, que se concreta en la supervisión y evaluación permanente de sus actividades por parte de dicho servicio a la luz de las exigencias y criterios previstos en el contrato y en aras del cumplimiento de la misión de protección de la infancia, que compete por ley a los servicios de este tipo. No pone en entredicho esta apreciación la circunstancia de que los acogedores familiares profesionales, como las personas físicas demandantes en el litigio principal, dispongan de un considerable margen de apreciación en el ejercicio cotidiano de sus funciones".

[51] Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2015, -316/13, (Fenoll), EU:C:2015:200,

[52] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, -229/14, (Balkaya), ECLI:EU:C:2015:455.

[53] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2015, 422/14, (Pujante), ECLI:EU:C:2015:743.

ser interpretado con arreglo al Derecho nacional. En el Reino Unido los jueces son calificados como personas titulares de un cargo que trabajan fuera del marco de un contrato. Sin embargo, respecto al juez O'Brien el Tribunal de Justicia sostuvo que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa nacional que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una Directiva y, como consecuencia, privarla de su efecto. Salvaguardar el efecto útil del principio de igualdad de trato consagrado por dicho Acuerdo marco implica que únicamente puede admitirse una exclusión si la naturaleza de la relación laboral de que se trata es sustancialmente diferente de la que vincula con sus empleadores a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores[54].

En el caso Betriebsrat der Ruhrlandklinik[55] el Tribunal de Justicia concluyó que "limitar el concepto de trabajador en el sentido de la Directiva 2008/104 a las personas incluidas en este concepto en virtud del Derecho nacional, podría menoscabar el efecto útil de esta Directiva al limitar de manera excesiva e injustificada su ámbito de aplicación. Tal limitación permitiría a los Estados miembros o a las empresas de trabajo temporal excluir, según su voluntad, a determinadas categorías de personas de la protección que persigue dicha Directiva y, en particular, de la aplicación del principio de igualdad de trato.

Otros ejemplos en los que pese a que las Directivas se remitan al Derecho nacional para definir sus ámbitos de aplicación personal el Tribunal de Luxemburgo ha optado por una interpretación del concepto de trabajador que trasciende el derecho interno son las cuestiones prejudiciales UX[56] y Piscarreta[57].

5.3. Directiva 2019/1152, remisión híbrida al Derecho nacional y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como ya se ha indicado anteriormente, el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 (que constituye el objeto de este trabajo) define su ámbito de aplicación personal en los mismos términos que el artículo 1.2 de la Directiva 2019/1152[58], relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Con la ventaja de que el Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 afirma que "en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador", remitiendo, en nota a pie, a un listado de cinco sentencias que ilustran el carácter poliédrico que el concepto tiene para el Tribunal.

Y es que entre esas cinco sentencias nos encontramos tanto ejemplos de sentencias en los que se analiza el concepto de trabajador a efectos del derecho a la libre circulación de trabajadores, como de sentencias que analizan el concepto de trabajador a la luz de Directivas que contienen una remisión al Derecho nacional y también de Directivas que adolecen del concepto de trabajador. Por si fuera

[54] Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O'Brien), ECLI:EU:C:2012:110.

[55] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2016, 216/15, (Betriebsrat der Ruhrlandklinik), ECLI:EU:C:2016:883.

[56] Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 658/18, (UX), ECLI:EU:C:2020:572.

[57] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de julio de 2017, -416/16, (Piscarreta), ECLI:EU:C:2017:574.

[58] Sobre la Directiva 2019/1152 cfr., entre otros, Miranda Boto, J.M.:"Algo de Ruido. ¿Cuántas Nueces?. La Nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español", *Temas Laborales*, nº 149/2019; pp.71-100. Y Elorza Guerrero, F.; "La Directiva sobre Condiciones Laborales Transparentes y Previsibles y su Transposición en España". *Temas Laborales* nº 68/2023; pp. 67-102.

poco, hasta se incluye en el listado una sentencia en la que se califica como trabajador a efectos del Derecho de la UE a un falso autónomo.

La primera sentencia del listado contenido en la nota a pie del Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 resolvió la emblemática cuestión prejudicial Lawrie-Blum[59]. El litigio versó sobre el concepto de trabajador por cuenta ajena a efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores y el Tribunal de Justicia falló que "la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración...No cabe negar la índole económica de estas actividades por el hecho de prestarse bajo un estatuto de Derecho público[60].

La segunda sentencia[61], de 14 de octubre de 2010, reitera la definición de relación laboral contenida en la cuestión prejudicial Lawrie-Blum, pero en esta ocasión aplicada al concepto de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88, en la que no hallaremos una definición de trabajador. De esta sentencia se deduce la *vis atractiva* del concepto de trabajador a efectos del Derecho a la libre circulación que trasciende su ámbito para ser aplicado también a Directivas y a situaciones puramente internas, sin conexión con elemento transfronterizo alguno.

En la tercera sentencia[62], el Tribunal sostiene que "el concepto de trabajador a que se refiere el artículo 1.1.a) de la Directiva 98/59[63] (que no incluye un concepto de trabajador) no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. Reitera "que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución".

La cuarta sentencia considera trabajador a efectos del Derecho de la UE a un falso autónomo: la calificación de "prestador autónomo" con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral[64]. El estatuto de trabajador a efectos del Derecho de la Unión no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario[65] y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral[66].

[59] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, -66/85, (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284: el profesor en período de práctica es trabajador por cuenta ajena a efectos del derecho a la libre circulación

[60] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, -152/73, (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13.

[61] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, -428/09, (Union Syndicale Solidaires Isère), ECLI:EU:C:2010:612: los titulares de contratos que ejercen actividades ocasionales o de temporada en centros de vacaciones y de ocio y trabajan un máximo de ochenta días al año están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88.

[62] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, -229/14, (Balkaya), ECLI:EU:C:2015:455.

[63] Directiva 98/59 de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

[64] Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero, -256/01, (Allonby), EU:C:2004:18.

[65] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre, -3/87, (Agegate), EU:C:1989:650.

[66] Sentencia de 16 de septiembre de 1999, -22/98, (Becu), EU:C:1999:419.

La quinta sentencia[67], al analiza el concepto de trabajador a los efectos de la Directiva 2008/104[68], se remite al concepto de trabajador efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores pues especifica que:"abarca a toda persona que realice una prestación laboral, es decir, que lleve a cabo, durante cierto tiempo, a favor de otra persona y bajo su dirección, prestaciones a cambio de las cuales recibe una retribución, y que esté protegida por ello en el Estado miembro de que se trate con independencia de la calificación jurídica de su relación laboral en Derecho nacional, de la naturaleza del vínculo jurídico que una a estas dos personas y de la forma de esa relación".

6. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158: ¿POR QUÉ CITA SOLO A LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL, TRABAJADORES CON CONTRATOS TEMPORALES Y TRABAJADORES EN MISIÓN?

Vista la selección de sentencias utilizadas por el legislador de la UE para ilustrar sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva 2019/1152 hay que concluir que, a los efectos de interpretar el artículo 2 de la Directiva 2019/1158, habría que optar por un concepto omnicomprensivo de trabajador/a, que desde luego rebasará los límites de los conceptos nacionales cuando estos supongan una limitación al efecto útil de esta Directiva.

Respecto al campo de aplicación personal de la Directiva 2019/1158 la exégesis de su artículo 2 se ve facilitada por su Considerando Décimo Séptimo que especifica que la misma se "*aplica a todos los trabajadores con contratos de trabajo u otra relación laboral, incluidos los contratos relacionados con el empleo o las relaciones laborales de los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contrato de duración determinada o las personas que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, de acuerdo con lo previsto precedentemente en la Directiva 2010/18. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los criterios para determinar la condición de trabajador, compete a los Estados miembros definir los contratos de trabajo y las relaciones laborales*".

Para comprender la razón de ser de estas concretas inclusiones debemos remitirnos al Considerando Décimo Segundo de la Propuesta de Directiva presentada en 2017 que indica que "*al igual que en la cláusula 2, apartado 3, del anexo de la Directiva 2010/18*[69]*, deben incluirse aquí los contratos de trabajo o relaciones laborales de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal*".

Es decir, que si se mencionan específicamente a estos concretos trabajadores en la Directiva 2019/1158 es simplemente porque lo mismo hacía la Directiva 2010/18 (a la que deroga). Pero en modo alguno puede ser calificado el citado Considerando Décimo Séptimo de *numerus clausus* porque el ámbito de aplicación materia8l de la Directiva 2019/1158 es mucho más extenso que el de la Directiva 2010/18 ya que, además del permiso parental, la Directiva 2019/1158 regula también

[67] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2016, 216/15, (Betriebsrat der Ruhrlandklinik), ECLI:EU:C:2016:883.

[68] Directiva 2008/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal:"1. A efectos de lo dispuesto en la presente Directiva, se entenderá por: a) trabajador: toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo".

[69] Directiva 2010/18 del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental: La cláusula 2, apartado 3 del Anexo dice así:"los Estados miembros o los interlocutores sociales no podrán excluir del ámbito de aplicación del presente Acuerdo a trabajadores, contratos de trabajo o relaciones laborales únicamente por el hecho de que se trate de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal".

el permiso por paternidad[70], el permiso para cuidadores, la ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor y fórmulas de trabajo flexible para trabajadores que sean progenitores o cuidadores,

7. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 EN ESPAÑA: ZONAS GRISES

7.1. La inclusión de los "contratos relacionados con el empleo": trabajadores a demanda, trabajadores intermitentes, trabajadores retribuidos mediante vales y trabajadores de plataformas en línea.

Resulta cuando menos enigmático que, conforme al Considerando Décimo Séptimo de la Directiva 2019/1158, ésta expresamente incluya a los "contratos relacionados con el empleo" como una nueva categoría. Y ello porque semejante nomenclatura es inexistente en Derecho español y, salvo error u omisión, también en Derecho comparado. De hecho, no encontraremos ninguna referencia a los "contratos relacionados con el empleo" en la Propuesta de esta Directiva presentada en 2017. Ocasionalmente, en el Derecho social de la UE las dificultades interpretativas pueden derivar de una traducción no literal, pero éste no es el caso porque la versión en inglés (*contracts relating to the employment*) o en alemán (*Verträgen im Zusammenhang mit der Beschäftigung*) coinciden fielmente con la española.

En el citado Considerando 17 citado se diferencia entre "contratos relacionados con el empleo o relaciones laborales…". Tanto en la versión en español, como en otras versiones lingüísticas oficiales del precepto, entre ambos términos aparece una conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo y expresa alternancia entre distintas opciones. Si el legislador comunitario entendiera que estamos ante conceptos sinónimos no se alcanza a comprender el motivo del invento de esta nueva nomenclatura.

La tesis que aquí se defiende, y que se somete a cualquier otra mejor fundada, es que "contratos relacionados con el empleo" sería un concepto introducido expresamente en la Directiva 2019/1158 por ser lo suficientemente amplio como para incluir muy diferentes tipos de figuras contractuales que en los Estados miembros existan (o puedan exisitir) y cuya calificación como contrato laboral o relación laboral pudiera ser controvertida a nivel nacional. Esta interpretación extensiva se vería reforzada por el hecho de que si en los Estados miembros las personas que disfruten de los permisos por motivos de conciliación que la Directiva 2019/1158 regula tuvieran por ello derecho a prestaciones de Seguridad Social -opción prevista por la propia Directiva- sería controvertido reservarlas exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena.

En el mismo orden de ideas, la expresión "contratos relacionados con el empleo" podría también englobar contratos atípicos y nuevos formas de trabajo[71] cuando quienes los realizan cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para ser calificados como trabajadores.

En apoyo de esta última interpretación se parte del hecho -ya reiterado en este trabajo- de que la definición del ámbito de aplicación personal de la Directivas 2019/1152 (artículo 1.2) coincide literalmente con el de la Directiva 2019/1158 (artículo 2). Y el Considerando Octavo de la Directiva

[70] Permiso no del todo novedoso pues se mencionaba en el artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE. Cfr. Cabeza Pereiro, J.:"La Directiva de Conciliación de la Vida Familiar y Profesional", *Revista de Derecho Social* nº 92/2000, p.54.

[71] Mandl I.: *Eurofound, New Forms of Employment 2020 Update*, New forms of Employment Series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp.7-49. El informe cita como nuevas formas de trabajo las siguientes: ICT-based mobile work, platform work, casual work, employee sharing, job sharing, voucher-based work y collaborative employment. Tema desarrollado por Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Todos Eran Mis Hijos: el Derecho del Trabajo y las Nuevas Formas de Empleo", *Revista Derecho & Sociedad* nº 53/2019, pp.188-193.

2019/1152 aclara que "*en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda*[72]*, los trabajadores intermitentes*[73]*, los trabajadores retribuidos mediante vales*[74]*, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva*…". Encontramos aquí listados muchos, pero no todos, de los nuevos empleos del S. XXI identificados en la célebre investigación liderada por Eurofound.

En cualquier caso, que los trabajadores mencionados en el Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 estarán incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1158 cuando reúnan los requisitos derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es la propuesta defendida por CHIEREGATO[75] y DE LA CORTE-RODRÍGUEZ[76] que compartimos.

E, incluso, dando un paso más, entre estos "contratos relacionados con el empleo" pero que, simultáneamente, no son contratos de "trabajo" ni relación "laboral, se podría aventura la inclusión de figuras en la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo en sentido estricto.

En concreto, por lo que a España se refiere sería el caso del trabajador económicamente dependiente a los que la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo reconoce el derecho a la conciliación familiar en su artículo 11.2.a) respecto a los casos de nacimiento o acogimiento de menores, por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo; por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada; o por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada. A mayor abundamiento, el artículo 16.b) del mismo cuerpo legal prevé como causa de interrupción de la actividad profesional de los trabajadores económicamente dependientes la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles.

7.2. Becarios y Prácticas no laborales

Queda fuera de toda duda la aplicación de la Directiva 2019/1158 a los trabajadores con contratos formativos del artículo 11 TRET, pero la respuesta no parece tan simple cuando se trata de becarios o personas que realizan prácticas no laborales.

Las prácticas no laborales en empresas, *stricto sensu*, están reguladas por el Real Decreto 1543/2011 y son realizadas con intervención de los Servicios Públicos de Empleo. Su finalidad es mejorar la empleabilidad de jóvenes que, pese a estar suficientemente cualificados carecen de experiencia profesional. Las personas que realizan prácticas no laborales en empresas -a los que

[72] El trabajo a demanda se considera una "forma de trabajo atípica". Su denominación resalta sus principales características: flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades del mercado laboral. Dentro de esta categoría se incluiría, p.e., el contrato de cero horas. Cfr.: Biletta, I., y Cerf, C.:*Eurofound, Work On Demand: Recurrence, Effects and Chhallenges*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, pp.1-5.

[73] El trabajo intermitente es una forma de empleo que frecuentemente se relaciona con un proyecto individual, una tarea específica o un trabajo estacional. Se realiza durante un período de duración determinada que implica cumplir una tarea o completar un número específico de tareas. Cfr. Mandl I.: *Eurofound, New Forms of Employment 2020 Update*, Op. cit.; p.25.

[74] Mandl I.: *Eurofound, New Forms of Employment 2020 Update*, Op. cit.; p.41.

[75] Chieregato E.; "A Work-Life Balance for all? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158". Op. cit. p.73.

[76] De la Corte-Rodríguez, M.; *The Transposition of the Work-Life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead,* European Commission, Bruselas. 2022; p.46.

el Real Decreto 1543/2011 en ningún momento califica de becarios- cobrarán una beca que corre exclusivamente a cargo de la empresa en la que estén realizándose tales prácticas. Gozan de protección de la Seguridad Social. La utilidad patrimonial de quien recibe la prestación de servicios es la misma en el caso de las prácticas no laborales que en el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

La exclusión de este colectivo del Derecho del Trabajo español no presupone en modo alguno que incumplan los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para ser considerados sujetos protegidos por la Directiva 2019/1158. Esto lo confirma el caso Mattern[77], en el que el Tribunal dictaminó que "si las prácticas se desarrollan en las condiciones de una actividad por cuenta ajena real y efectiva, el hecho de que el período de prácticas pueda considerarse una preparación práctica vinculada al ejercicio mismo de la profesión no puede impedir la aplicación del artículo 39 CE" (actual artículo 45 TFUE).

Por lo que respecta a la beca (definida por la Real Academia de la Lengua Española como "subvención para realizar estudios o investigaciones") jurídicamente no puede ser identificada con el salario, quedando la prestación de trabajo de los becarios excluida del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia española tampoco es infrecuente que auténticas relaciones de trabajo por cuenta ajena se pretendan camuflar como becas. Deslindar entre beca y contrato de trabajo puede ser complejo ya que ambos tienen en común la realización de una actividad y la existencia de una compensación económica. Para trazar la frontera los tribunales españoles recurren a la teoría del interés predominante: según prime la finalidad docente en beneficio del perfeccionamiento y ampliación de conocimientos y formación del becario, o el interés de la empresa en obtener una utilidad patrimonial de la actividad del becario"[78].

Sin embargo, el escollo es que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no utiliza estos criterios jurisprudenciales nacionales para determinar si un becario puede ser calificado como trabajador a efectos del Derecho de la Unión Europea, sino que recurre a su propio concepto comunitario de trabajador: en el asunto Raccanelli no excluyó que pudiera calificarse como trabajador a efectos del Derecho de la UE a quien se le había concedido una beca de investigación por una Organización No Gubernamental de utilidad pública para realizar una tesis doctoral -que no conlleva su afiliación a un régimen de la Seguridad Social- "si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si percibiese una retribución, como contrapartida de la referida actividad"[79].

En la sentencia Balkaya[80] el Tribunal de Justicia afirmó que el concepto de trabajador en Derecho de la Unión comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste. El Tribunal de Justicia ha precisado que esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, no realice una tarea completa y, por tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y consecuentemente no perciba más que una retribución limitada. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, asimismo, que ni el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni

[77] Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 2006, 10/05, (Mattern), ECLI:EU:C:2006:220.
[78] Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:2247, y las que en ella se citan.
[79] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, -94/07, (Raccanelli), ECLI:EU:C:2008:425.
[80] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, -229/14, (Balkaya), ECLI:EU:C:2015:455.

el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado, ni la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento, o no, de una persona como trabajadora.

Por lo que a España se refiere, y aun reconociendo que habrá que analizar caso por caso, la inclusión de los becarios en el ámbito subjetivo de la Directiva 2019/1158 cobra fuerza tras la aprobación de la Disposición Adicional Quincuagésimo Segunda de la Ley General de la Seguridad Social por el Real Decreto-ley 2/2023: todos los alumnos, sean o no remuneradas las prácticas, cotizarán a la Seguridad Social[81] y, por tanto, tienen derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Y si tienen derecho a uno de los permisos que regula la Directiva 2019/1158 por las cargas familiares que acreditan, debieran tener derecho a todos, porque si hay algo que la Directiva no prevea es que se pueda ser "trabajador/a" a efectos de uno de los permisos previstos excluyendo al resto.

7.3. Relaciones laborales especiales

Conforme al Derecho español, los sujetos incluidos en alguna de las relacionales laborales especiales listadas en el artículo 2.1 TRET han de ser calificados como trabajadores por cuenta ajena, en tanto y en cuanto cumplen todos los requisitos del artículo 1.1 del mismo cuerpo legal.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que la Directiva 2019/1158 no es una Directiva que autorice a los Estados a excluir a determinadas categorías de trabajadores de su ámbito de aplicación según el lugar, duración o modo de realización de la prestación de trabajo.

Consecuentemente, habrá que concluir que, pese a que las disposiciones de trasposición interna española no contengan previsión expresa al respecto, ni la normativa específica aplicable a las relaciones laborales especiales haya sido modificada tras la entrada en vigor de la Directiva 2019/1158, la misma resulta aplicable a todas las relaciones laborales especiales por aplicación del principio de primacía del Derecho de la UE, que se predica tanto del Derecho originario como derivado.

La anterior conclusión, sin embargo, plantea al menos dos cuestiones prácticas problemáticas: la primera es la aplicación del permiso parental al personal del servicio del hogar familiar que puede resultar económicamente inasumible para sus empleadores si la contraprestación que se establezca para los trabajadores es una remuneración en vez de una prestación de Seguridad Social.

En segundo lugar, en relación con los penados en instituciones penitenciarias se plantean importantes problemas aplicativos: aunque el artículo 26.f) de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria establece que en el desarrollo del trabajo los penados gozarán de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social[82], la paternidad no está contemplada como causa de suspensión de la relación laboral en el artículo 9 del Real Decreto 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios. Tampoco se menciona en el artículo 19 del mismo cuerpo legal -que lleva por rúbrica "Acción Protectora de la Seguridad Social"- el cual, por el contrario, sí incluye la maternidad[83]. A pesar de las reformas experimentadas por el permiso de paternidad en España (actualmente prestación por nacimiento y cuidado de menor), el Real Decreto 782/2001 no ha sido

[81] Moreno Gené, J.:"La Extensión de la Protección Social a todos los Alumnos en Prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 35/2023, pp. 69-94.

[82] Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias,* Aranzadi, Pamplona, 2020.

[83] El artículo 38.2 Ley Orgánica Penitenciaria prevé que las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad.

objeto de reforma, por lo que contraviene el derecho reconocido en la Directiva 2019/1158 respecto al nuevo permiso retribuido de paternidad de 10 días laborales.

Igualmente problemática resultará aplicar el permiso parental y para cuidadores regulado en la Directiva 2019/1158 para esta relación laboral especial (ya sean hombres o mujeres), ya que no son subsumibles en los supuestos de hecho de los permisos ordinarios y extraordinarios penitenciarios. Análogos problemas a los expuestos se plantean con respecto a la relación laboral especial de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.

El dilema respecto a estos colectivos de trabajadores por cuenta ajena en situación de privación de libertad es determinar si también en este caso la Directiva 2019/1158 ha de primar sobre la normativa interna nacional o si, por el contrario, el régimen de permisos penitenciarios regulado por el Derecho Penal español al no ser ésta competencia transferida a la UE, ni englobada en el Espacio Judicial Europeo, queda al margen de las Directivas sociales.

7.4. Funcionarios

¿Están incluidos los funcionarios dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2019/1158? La respuesta ha de ser afirmativa[84]:

Aunque conforme a la exclusión constitutiva contenida en el artículo 1.3.a) del TRET no puedan ser calificados los funcionarios como trabajadores por cuenta ajena, está fuera de toda duda que realizan una prestación efectiva, retribuida y en régimen de subordinación.

Por tanto, cumplen todos los elementos sobre los que se construye el concepto comunitario de trabajador. No es extraño, pues, que tempranamente el Tribunal de Justicia en el caso Ferlini[85] calificase a los funcionarios de las Comunidades Europeas como trabajadores por cuenta ajena a los efectos del Derecho a la libre circulación.

Respecto a la Directiva 2019/1158 ninguna de sus disposiciones permite inferir que su ámbito de aplicación excluya a los funcionarios (a diferencia de lo que ocurre con la Directiva 2019/1152, que sí lo contempla en su artículo 1.6). Por tanto, la Directiva 2019/1158 englobará a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan (igual que hacía la Directiva 96/34 sobre el Acuerdo Marco del Permiso Parental, derogada por la Directiva 2010/18 y ésta a su vez por la Directiva 2019/1158[86]).

A mayor abundamiento, la Directiva 2019/1158 establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Y el Tribunal de Justicia tiene declarado que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que pertenece a las disposiciones sociales del Tratado, tiene alcance general y se aplica a las relaciones de empleo del sector público[87].

---

[84] De la Corte-Rodríguez, M.: *The Transposition of the Work-Life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead, European Commission*. Op. cit.; p.46.

[85] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, -411/98, (Ferlini), ECLI:EU:C:2000:530.

[86] Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2010, -149/10, (Chatzi), ECLI:EU:C:2010:534.

[87] Sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 1997, 1/95, (Gerster), ECLI:EU:C:1997:452; y de 11 de enero de 2000, -285/98, (Kreil), ECLI:EU:C:2000:2. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O'Brien), ECLI:EU:C:2012:110:"la definición, a efectos de este Acuerdo marco, del concepto de trabajador a tiempo parcial, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan".

En el caso español, la inclusión de los funcionarios en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1158 se ve confirmada por la reforma del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023 que traspone la citada Directiva.

7.5. Consejeros y miembros de órganos de administración de sociedades

Conforme al artículo 1.3.c) TRET se excluye del concepto de trabajador por cuenta ajena "*a quienes se limiten, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*".

Sin embargo, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Balkaya que "el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad sino que procede examinar las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido".

Y en la sentencia Danosa se afirmó que "un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido del Derecho de la Unión"[88].

7.6. Trabajadores autónomos

A tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 2019/1158 resultará indudablemente aplicable a los "falsos autónomos". El falso trabajo por cuenta propia -a la luz del Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 y del Considerando Octavo de la Decisión 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado- se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales.

Y es que "la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador si su independencia sólo es ficticia[89] y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo[90], que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario[91] y que esté integrado en la empresa durante el período de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica"[92].

[88] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, -232/09, (Danosa), EU:C:2010:674.
[89] Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2014, -423/13, (FNV), ECLI:EU:C:2014:2411.
[90] Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero, -256/01, (Allonby), EU:C:2004:18.
[91] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre, -3/87, (Agegate), EU:C:1989:650.
[92] Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1999, -22/98, (Becu), EU:C:1999:419.

Por el contrario, las características que se suelen asociar con las funciones de un trabajador autónomo real son la "mayor flexibilidad en lo que respecta a la elección del tipo de trabajo y de las tareas que han de ejecutarse, del modo en que dicho trabajo o tareas deben ser acometidas, del horario laboral, del lugar de trabajo y para seleccionar a sus propios colaboradores[93].

Llegados a este punto podríamos dar un paso más y plantearnos si los trabajadores por cuenta propia, en sentido estricto, están excluidos del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2019/1158. Aparentemente la respuesta debiera ser afirmativa y así lo han defendido. De hecho, en España, el Real Decreto-ley 5/2023 por el que se traspone la Directiva 2019/1158 no contiene ninguna reforma de la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, aunque esta última norma sí reconoce el derecho de los trabajadores autónomos a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar (artículo 4.3.g).

La exclusión de los autónomos del texto de la Propuesta de Directiva fue objeto de críticas por el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones. Su Recomendación nº 6 dice: "lamenta que el ámbito de aplicación de la Directiva se limite a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral, y que no incluya las distintas formas de trabajo atípico, como los trabajadores autónomos, lo que estaría en consonancia con la Directiva 2010/41 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma". Hay que aclarar que en la Propuesta de Directiva objeto del Dictamen la redacción de su artículo 2[94] no era la vigente, puesto que no contenía ninguna referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación personal de la Directiva.

Asimismo, hay que recordar que la Directiva 2010/41 -invocada en el citado Dictamen del Comité Europeo de las Regiones- y aplicable a los trabajadores autónomos es expresamente citada en el Considerando Octavo de la Directiva 2019/1158 como ejemplo de Directiva que, en materia de igualdad de género y condiciones de trabajo, aborda determinadas cuestiones relevantes a efectos de la conciliación de la vida familiar y la vida profesional[95].

Cabe también destacar que, a diferencia de la Directiva 2019/1152 cuyo Considerando Octavo excluye de su ámbito de aplicación expresamente a los trabajadores "que realmente sean por cuenta propia", no existe en la Directiva 2019/1158 ninguna disposición similar.

Resulta también significativo que el artículo 18 de la Directiva 2019/1158 imponga a la Comisión la obligación de elaborar a partir de 2027 un informe sobre la aplicación de esta Directiva en la que preceptivamente se ha de incluir "un estudio de los derechos a permisos por motivos familiares que se conceden a los trabajadores por cuenta propia". Si los autónomos están excluidos no se comprende la razón de porqué ese estudio se ha de adjuntar, precisamente, a un futuro informe sobre la aplicación que hagan los Estados de la Directiva 2019/1158.

Lo que parece innegable es que la exclusión de los trabajadores por cuenta propia impedirá alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva 2019/1158 de "*contrarrestar la desventajosa situación de las mujeres en el mercado de trabajo, así como los efectos nocivos derivados de la perpetuación de los roles de cuidado*". Y es que estas desventajas y efectos nocivos no los sufren solo las trabajadoras por cuenta ajena sino también las trabajadoras por cuenta propia. Es decir, que los

[93] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2014, -270/13, (Haralambidis), ECLI:EU:C:2014:2185.

[94] "La presente Directiva se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, con contratos de trabajo o con otra relación laboral".

[95] Cfr. Maneiro Vázquez, Y.:*Cuidadores, Igualdad y No Discriminación y Corresponsabilidad: La (R)Evolución de los Derechos de Conciliación de la Mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, 2023; pp.52-53.

trabajadores autónomos se pueden encontrar **en este ámbito en una "situación de vulnerabilidad comparable" a la de un trabajador por cuenta ajena -parafraseando a la terminología del Tribunal de Justicia-.**

8. ¿RECAERÁ EL COSTE ECONÓMICO DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN LOS EMPLEADORES O EN EL ESTADO?

Esta es la pregunta clave que plantea la trasposición de la Directiva 2019/1158. Porque una cosa es que sus objetivos puedan ser aplaudidos por todos los agentes sociales y Gobiernos y otra muy diferente pretender la misma unanimidad respecto a la cuestión de quién haya de financiar el gasto económico derivado de las cargas familiares que tenga en concreto cada trabajador/a. Máxime cuando la financiación de los permisos no es un tema cerrado en la Directiva cuyo artículo 8, respecto al permiso de paternidad y el permiso parental, remite al Derecho nacional para que se opte por una de estos dos vías: retribución o prestación económica.

En el primer caso, serán los empleadores los que sufraguen los permisos de paternidad y parental como permisos retribuidos. Pero si, por el contrario, a los trabajadores que ejerzan esos permisos se les reconoce el derecho a una prestación económica con cargo a los sistemas de protección social, será el Estado el que haya de afrontar el gasto. El hecho de que no se imponga la misma vía de financiación en todo el territorio de la Unión Europea colocará a los empleadores de los países en que se opte por la retribución salarial de los permisos en una situación de desventaja competitiva frente a los que de aquellos Estados en los que se financien los permisos de la Directiva 2019/1158 a través de prestaciones sociales. Pues los primeros tendrán unos costes salariales más elevados que los segundos.

Y si la trasposición de los permisos regulados en la Directiva se articula como prestaciones de Seguridad Social, y no olvidemos que la paternidad es uno de los riegos sociales cubiertos por el Reglamento 883/2004, esto puede abrir un nuevo foco de debate en la medida en que el concepto comunitario de trabajador a efectos de la libre circulación no coincide con el concepto a efectos de coordinación de sistemas de Seguridad Social: ¿igual que el Tribunal de Justicia ha aplicado el concepto de trabajador del artículo 45 TFUE a Directivas, podría recurrir al concepto del artículo 48 TFUE para interpretar el concepto de trabajador cuando de los permisos de la Directiva 2019/1158 se trate?

Mutatis mutandi, coincidimos con PÉREZ DEL PRADO[96] cuando se plantea la cuestión de si D**irectivas en el campo de la política social serían susceptibles de ser aplicadas al trabajo autónomo, y no lo descarta totalmente por lo que se refiere a la Directiva 2019/1158 en base a que conforme su artículo 2, "**la referencia a tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podría entenderse no sólo a los efectos del concepto europeo de trabajo por cuenta ajena, sino también en lo que hace a la aplicación análoga al trabajo por cuenta propia". Pero, hoy por hoy, es una mera hipótesis que solo el tiempo podrá resolver a la vista de cómo interprete el TJUE en el futuro la Directiva 2019/1158.

Trasladando el debate a España hay que recordar que la prestación de Seguridad Social por paternidad y maternidad se ha unificado en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, que está incluida dentro de la acción protectora de todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social español. Esto implica que no solo se reconoce a los trabajadores por cuenta ajena sino también a los trabajadores autónomos con una duración idéntica en ambos casos: dieciséis semanas.

[96] Pérez del Prado, D.:"La Aplicación del Derecho del Trabajo al Empleo Autónomo. Reflexiones en torno a la Sentencia del TJUE de 12 de enero 2023", https://www.elforodelabos.es/author/danielperez/:

La duda pendiente es qué ocurrirá cuando se transponga totalmente el permiso parental en España, puesto que, como se infiere de la Disposición Final Octava del Real Decreto-ley 5/2023, de momento la trasposición no solo ha sido tardía, sino parcial, puesto que no se ha regulado su retribución en el TRET[97]. Al respecto, NIETO ROJAS[98] ha sostenido que la "ubicación del permiso parental en el artículo 48 bis TRET sugiere una fórmula suspensiva, en la que la compensación económica debiera articularse a través de una prestación de la Seguridad Social". Y caso de que así sucediera, la solución que se propugna es la equiparación entre trabajadores por cuenta ajena y autónomos por lo que respecta a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.

9. CONCLUSIONES

A efectos de la definición de trabajador/a, la Directiva 2019/1158 remite tanto a las definiciones nacionales como a la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea. Este concepto "dual" o "híbrido" no es casual, sino resultado de la "derrota" de la Comisión que propuso en su momento incluir un concepto comunitario de trabajador/a para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, propuesta que no prosperó.

En relación con el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 el concepto de trabajador/a traspasa los límites de los conceptos nacionales cuando estos supongan una limitación al efecto útil de esta Directiva.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dotado al concepto de trabajador/a de un contenido uniforme a efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores que pivota sobre la concurrencia de tres requisitos acumulativos: realización de prestaciones, retribución y subordinación.

A los efectos de la Directiva 2019/1158 el concepto de relación laboral, tal y como es interpretado por el Tribunal de Justicia, incluye la prestación de servicios regulada por el Derecho administrativo.

La Directiva 2019/1158 se aplicará a cuantos puedan ser calificados como trabajadores conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no permitiendo excepción alguna al respecto. A estos efectos, trabajadores por cuenta ajena y funcionarios son términos sinónimos.

La trasposición de la Directiva en España plantea graves dificultades aplicativas en relación con las relaciones laborales especiales de las personas trabajadoras por cuenta ajena privadas de libertad.

[97] Nieto Rojas, P.:"La Transposición de la Directiva 2019/1158 de Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7/2023, p.89:"para los empleados públicos el permiso parental se incorpora en el listado de permisos del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 49), lo que garantiza su carácter retribuido".

[98] Nieto Rojas, P; "La Transposición de la Directiva 2019/1158 de Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023", Op. cit.; p.89:"como quiera que el plazo límite general para la transposición de la Directiva era el 2 de agosto de 2022, pero para la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental se fija en la propia norma comunitaria un plazo de transposición más amplio, concretamente hasta el 2 agosto de 2024, cabe pensar que el legislador ha decidido acogerse a este plazo ampliado y diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antoja problemática, por el coste que conlleva".

Si la trasposición del permiso parental en España conllevara el derecho a una prestación económica de Seguridad Social, los trabajadores autónomos debieran tener derecho a la misma puesto que encajan en la definición de trabajador del Tribual de Justicia de la Unión Europea a efectos de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

El hecho de que la Directiva no imponga una única vía de financiación para los permisos que regula supone que los costes salariales de los empleadores de los países en que se opte por la retribución salarial será más elevada que la de aquellos en que los mismos permisos se financien a través de prestaciones de Seguridad Social.

10. BIBLIOGRAFÍA

Biletta, I. y Cerf, C.:*Eurofound, Work On Demand: Recurrence, Effects and Chhallenges*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

Cabeza Pereiro, J.: "El Concepto de Trabajador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Documentación Laboral* nº 113/2018.

— "La Directiva de Conciliación de la Vida Familiar y Profesional", *Revista de Derecho Social* nº 92/2000.

— *El Ámbito del Trabajo Subordinado y el Trabajo Autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2020.

Chieregato E.:"A Work-Life Balance for all? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158", *Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* nº 36/2020.

De la Corte-Rodríguez, G.:"La Directiva Relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y Profesional y su repercusión en la legislación española", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 146/2000.

— *The Transposition of the Work-Life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead,* European Commission, Bruselas, 2022.

Elorza Guerrero, F.:"La Directiva sobre Condiciones Laborales Transparentes y Previsibles y su Transposición en España", *Temas Laborales* nº 168/2023.

Maneiro Vázquez, Y.: *Cuidadores, Igualdad y No Discriminación y Corresponsabilidad: La (R) Evolución de los Derechos de Conciliación de la Mano de la Directiva (UE) 2019/1158,* Bomarzo, 2023.

— *El Papel de los Sindicatos como Garantes de los Derechos Reconocidos en las Nuevas Directivas, Cica, Madrid, 2023.*

Mandl, I.: *Eurofound, New forms of employment 2020 Update*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.

Miranda Boto, J.M.:"Algo de Ruido. ¿Cuántas Nueces?. La Nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas Condiciones Laborales Transparentes y Previsibles en la Unión Europea y su Impacto en el Derecho español", *Temas Laborales* nº 149/2019.

Molins-García Atance, J.:"El Nuevo Marco Jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la Adaptación del Tiempo de Trabajo a las Circunstancias Personales y Familiares de las Personas Trabajadoras", Documentación Laboral nº 122/2021.

Moreno Gené, J.:"La Extensión de la Protección Social a Todos los Alumnos en Prácticas: un Paso más en la Dignificación de las Prácticas No Laborales", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 35/2023.

Nieto Rojas, P.:"La Transposición de la Directiva 2019/1158 de Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7/2023.

Pérez del Prado, D.:"La Aplicación del Derecho del Trabajo al Empleo Autónomo. Reflexiones en torno a la Sentencia del TJUE de 12 de enero 2023", https://www.elforodelabos.es/author/danielperez/

Rodríguez Escanciano, S.:"La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y Profesional de los Progenitores y Cuidadores: su transposición al ordenamiento jurídico español", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. XIV/2022.

Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Todos Eran Mis Hijos: el Derecho del Trabajo y las Nuevas Formas de Empleo", *Revista Derecho & Sociedad* nº 53/2019.

Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Hacia el Concepto de Trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la Política Social propiamente dicha", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* nº 1/2017.

VV.AA.: *Report Expert Group Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union,* European Commission, Bruselas, 2021.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El accidente de trabajo de los teletrabajadores: qué dice la jurisprudencia ante el mutismo del legislador

Occupational accidents of teleworkers: what jurisprudence says given the lack of information from lawmakers

Rubén López Fernández
Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales
Profesor asociado a la Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0002-0152-5840

Cita Sugerida: LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: «El accidente de trabajo de los teletrabajadores: qué dice la jurisprudencia ante el mutismo del legislador». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 65-88.

Resumen

El avance vertiginoso de las nuevas tecnologías está revolucionando todos los aspectos de la vida humana. Entre ellos, cómo no, el mundo de las relaciones laborales, que ya ha entrado en una fase de consolidación de la modalidad del teletrabajo. Como se sabe, esta se intensificó de manera masiva durante el confinamiento que trajo la pandemia por COVID-19 y, según parece, vino para quedarse. En este escenario, sorprende que ni la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia, ni la Ley General de Seguridad Social ni ninguna otra norma hayan establecido particularidades de protección social para este colectivo de profesionales tan particular, sobre todo en lo referente al tiempo y al espacio de su desempeño. Y la ausencia más notable es la de un concepto específico de accidente de trabajo, lo cual en el plano teórico ya levanta numerosos interrogantes que, en su aplicación a la práctica, jueces y tribunales están teniendo que resolver extrapolando las líneas interpretativas que el Tribunal Supremo ha vertido sobre siniestros acaecidos a trabajadores presenciales. Pero, esos razonamientos empleados en casos arquetípicos de prestación de servicios, ¿pueden regir también para determinar qué contingencia procede atribuir a daños producidos en un territorio mayormente vedado al control empresarial, a la acción de los servicios de prevención de riesgos laborales y a la Inspección de Trabajo? ¿Cabe entender extensible la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, lo construido para con los accidentes *in itinere*, para con los accidentes en misión o para con las enfermedades de súbita aparición a las cuatro inviolables paredes que deslindan un domicilio? El presente artículo expone qué ha respondido el intérprete judicial a algunas de estas cuestiones y, para las no respondidas, hay que conformarse con las especulaciones doctrinales que se han venido formulando por parte de los estudiosos que se han aproximado al tema con anterioridad. Finalmente, se muestran las conclusiones alcanzadas y se realizan propuestas legislativas.

Abstract

The breakneck progress of new technologies is revolutionising every aspect of human life. Among them, of course, is the world of labour relations, in which teleworking has already entered a phase of consolidation. As is well known, teleworking skyrocketed during COVID-19 lockdowns and is seemingly here to stay. In this scenario, it is surprising that neither Law 10/2021 of 9 July on Remote Working nor the General Law on Social Security, or any other law, have established specific provisions of social protection for this particular group of professionals, especially with regard to the time and space of their work. The most notable absence is that of a specific concept of an occupational accident, which on a theoretical level raises numerous questions which, in their practical application, judges and courts are having to resolve by extrapolating the interpretative lines given by the Supreme Court on claims related to office workers. However, can these reasonings used in archetypal cases of service provision also determine which contingency should be attributed to injuries caused in a territory that mostly bans company inspections, the actions of occupational health services, and the Office of Employment Inspection? Should the presumption of working patterns in Art. 156.3 of the General Law on Social Security be considered extendable to commuting accidents, to work-related accidents, or to sudden-onset illnesses within the four inviolable walls of the worker's home? This article explains how the court interpreter answered some of these questions. For any unanswered questions, we need to settle for the legal principle speculations made by scholars who have previously discussed the subject. Finally, the conclusions are shown and legislative proposals are made.

Fecha Recepción: 15/9/2023 - Fecha Revisión: 6/9/2023 - Fecha Aceptación: 7/9/2023
Pags. 65-88

Palabras clave	Keywords
Accidente de trabajo; teletrabajo; trabajo a distancia; presunción de laboralidad; accidente *in itinere*	Occupational accident; teleworking; remote working; presumption of working patterns; commuting accident

1. INTRODUCCIÓN

El avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) está teniendo un impacto innegable en muchos aspectos de la vida humana. Como se sabe, el mundo del trabajo no queda precisamente al margen de esta metamorfosis. La llamada revolución digital condiciona toda índole de relaciones interpersonales y, en la actualidad, un simple teléfono móvil permite poco menos que llevar la oficina en el bolsillo. Así las cosas, una sucesión inagotable de dispositivos tecnológicos posibilita cada vez con más velocidad y fiabilidad que ciertos trabajadores por cuenta ajena —vinculados de forma mayoritaria al sector terciario— desempeñen sus labores sin necesidad de ubicarse en el mismo espacio físico de la empresa.

En el siglo XXI, la prestación informática ha venido a reemplazar a la artesanía en el protagonismo del trabajo a domicilio. De hecho, esta transformación social ha llevado al legislador a modificar la denominación originaria, acunada para referirse a formas de producción manual en domicilios concretos, por otra más amplia e identificativa de los fenómenos experimentados hoy: el "trabajo a distancia"[1]. Y, por lo pronto, para con el objeto de este estudio, la diferencia más sustancial entre trabajo a domicilio y teletrabajo es que en el primero sólo se requiere la entrega de la tarea encomendada y cierta calidad en la misma y, en el segundo, la empresa puede seguir ejerciendo un control pormenorizado del desempeño laboral mediante programas de *software* que registran el número de operaciones ejecutadas, el tiempo empleado en ellas, interrupciones, errores y otros particulares.

De manera que estos cambios ya se venían operando con anterioridad al confinamiento experimentado durante los primeros meses de la pandemia por COVID-19[2]. Desde la crisis financiera, el fenómeno del teletrabajo se intensificó para reducir los gastos fijos vinculados al alquiler y mantenimiento de inmuebles. También se vino utilizando para brindar al trabajador una flexibilidad con la que conciliar las esferas familiar y profesional, ahorrándole costes y tiempo de desplazamiento. Se trata además de una medida que reduce los efectos del cambio climático. Pero, en efecto, fue con la referida pandemia cuando la necesidad imperiosa de aislarse disparó el recurso a la prestación de servicios vía teletrabajo. Esta vino a ocupar un lugar central para el mantenimiento de las relaciones sociales así como para el desarrollo de actividades educativas y profesionales. Y desde entonces hasta hoy, con base en esas mismas posibilidades tecnológicas, son muchas las personas trabajadoras que

[1] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", *Temas Laborales*, nº 134/2016, p. 131.
La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, transformó la ordenación del trabajo a domicilio con el propósito de ofrecer una atención más específica del trabajo a distancia. Así, el art. 13 ET regulaba de manera parca e insuficiente dicha modalidad. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDP) abordó tangencialmente la cuestión. Pero fue con la llegada de la pandemia por COVID-19 cuando el legislador se decidió a regularla en profundidad, atendiendo a las peculiaridades del teletrabajo como modalidad deslocalizada y desarrollada mediante el uso prevalente de TIC. Primero con el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, y después con la vigente Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia (LTD).

[2] Un estudio realizado por el Banco de España reveló que en torno al 80% de las empresas encuestadas había implementado fórmulas de teletrabajo durante la pandemia. Con anterioridad, la presencia del teletrabajo en España resultaba testimonial, no pasando del 7'5% en 2018, por ejemplo, y muy alejada de otros estados europeos como Suecia, Dinamarca o Países Bajos. Véase a Brindusa, A., Cozzolino, M. y Lacuesta, A., "El teletrabajo en España", *Artículos analíticos. Boletín Económico del Banco de España*, nº 2, 2020, p. 3.

continúan desempeñando funciones no necesariamente en el centro de trabajo y no necesariamente durante un horario rígido o tradicional[3].

Lo anterior, bien utilizado, entraña sin duda las ya referidas ventajas en materia de conciliación, además de reducir los riesgos derivados de desplazamientos, pero no destierra toda posibilidad de sufrir daños de carácter laboral. Y el legislador, a este punto, poco o nada ha previsto en materia de Seguridad Social[4].

El teletrabajo, pues, que podría considerarse una subcategoría del trabajo a distancia[5], no está libre de riesgos psicosociales relacionados con la ausencia de desconexión digital, las sobrecargas de trabajo o el aislamiento inherente a esta modalidad; de riesgos ergonómicos por posturas o movimientos repetitivos; de riesgos oculares asociados al uso de pantallas de visualización de datos; de problemas vinculados al sedentarismo como el sobrepeso y, según ciertas posiciones jurisprudenciales, ni siquiera de los riesgos de sufrir daños *in itinere* o en misión. De ahí que el silencio del legislador sorprenda, especialmente en lo atinente al concepto de accidente de trabajo, y esté llamado a seguir generando una litigiosidad que hubiera podido evitarse en buena medida.

Con todo, es dable afirmar que la prestación de servicios en modalidad de teletrabajo, sobre todo cuando tiene lugar en el domicilio de la persona trabajadora, minora las posibilidades de sufrir daños procedentes de la actividad profesional. Por extensión, cabría también otorgar que el teletrabajo es mucho más seguro que el trabajo presencial; baste, pues, pensar en el nulo riesgo de sufrir un accidente *in itinere* o en la escasa peligrosidad de las actividades informatizadas. No obstante, es un hecho constatado que teletrabajar desde el domicilio propio suele venir aparejado con realizar más horas de las pactadas en contrato, sobre todo por dos motivos[6]. El primero es que

[3] López Fernández, R., "La desconexión digital como escudo frente a los riesgos psicosociales derivados del teletrabajo", *VII congreso internacional y XX congreso nacional de la AESSS. Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital*, Murcia, Laborum, en prensa.

[4] Para García Torres, la implementación forzosa y precipitada llevada a cabo para contener la expansión de los contagios se tradujo en un desequilibrio entre empresas y empleados, entre derechos y obligaciones, pues la situación de emergencia no permitió una regulación premeditada que considerara todos los aspectos que abarca esta modalidad de organización laboral. Y todavía hoy, cuando ya se sabe que el teletrabajo no va a ser un elemento coyuntural sino que está llamado a quedarse en el mercado de trabajo, se requiere un esfuerzo legislativo considerable. García Torres, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1/2022, p. 96.

[5] Podría definirse como "el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones para trabajar fuera de las instalaciones del empleador". EUROFOUND y OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Santiago de Chile, 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_723962.pdf.
Según el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, se trata de "una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en el cual un trabajo podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular". De ahí, se podrían señalar como características básicas la utilización de las nuevas TIC y un lugar de prestación de servicios que no coincide con el espacio físico de la empresa. Algún autor doctrinal ha considerado la existencia de un tercer elemento caracterizador: el organizativo, como forma de liberación del trabajador respecto de los límites espaciales y temporales. Léase, por ejemplo, a Aragón Goméz, C., "El teletrabajo en la negociación colectiva", *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización* (coord. Escudero Rodríguez, R.), Madrid, CCOO y Cinca, 2010, p. 334. Cfr. con el art. 2 LTD.
Su antecedente más lejano podría considerarse el denominado *telecommuting*, que fue puesto en práctica en Estados Unidos, durante los años 70, para optimizar el consumo de recursos no renovables. Los empleados desempeñaban funciones desde casa mediante un enlace electrónico a la sede corporativa, ahorrando así desplazamientos al centro de trabajo.

[6] Según Infojobs, con anterioridad al inicio de la pandemia los profesionales que no desconectaban representaban un 62'5%. En junio de 2021 las personas que afirmaban responder a llamadas o e-*mails* fuera de su jornada pactada había ascendido al 82%. Si se restringe el dato a los directivos/gerentes, un 93%. Infojobs: "El 82% de los trabajadores españoles responden llamadas o emails fuera del horario laboral", 2021. Disponible en https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-82-de-los-trabajadores-espanoles-responden-llamadas-o-emails-fuera-del-horario-laboral.

los dispositivos digitales permiten trabajar a cualquier hora y en cualquier lugar, difuminando las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio o descanso, máxime si dichos dispositivos pueden también emplearse para cuestiones personales o ser incluso de titularidad del propio empleado. El segundo motivo es la extendida creencia de que, por el hecho de brindar al empleado la comodidad de desempeñar funciones en el propio domicilio y con cierta laxitud horaria, se puede disponer de él fuera de los tiempos contractualmente acordados, y haciendo caso omiso de lo establecido por la LTD y la LOPDP en materia de desconexión digital[7]. Y todo ello deriva en la proliferación de trastornos psicosociales, que no pueden ser abordados en profundidad por este estudio por evidentes motivos de escasez espacial, y que, sin ánimo de exhaustividad, cabría sintetizar en fatiga informática, tecnoestrés, tecnoadicción y el conocido síndrome del trabajador quemado[8].

Así pues, se hace evidente la dificultad de determinar qué es y qué no es contingencia profesional en un escenario tan escurridizo al control empresarial —como se verá *infra*—, a la acción de los servicios de prevención y a labor de la Inspección de Trabajo. Y la ausencia de toda especificación en materia de accidentes de trabajo —o de cualquier otra cuestión de Seguridad Social— en la LTD y en el RD-Ley 29/2020[9] arroja una penumbra sobre esta institución centenaria que, para quien escribe estás páginas, no se va a disipar mientras no se pronuncie el TS o el legislador se decida a aportar alguna directriz en el propio art. 156 LGSS, sobre cómo canalizar toda la complicada casuística que ya de por sí genera el accidente laboral.

Se antoja poco probable que ocurra lo segundo, de manera que serán los tribunales los que habrán de acarrear con la tarea ardua de extrapolar a la esfera del teletrabajo todos los elementos con que se ha construido el art. 156 LGSS, especialmente lo atinente a su punto 3, así como la jurisprudencia vertida, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Y todo ello asumiendo que, para los casos en que el siniestro haya acaecido en el hermetismo del domicilio del teletrabajador, las posibilidades de verificar la veracidad de su relato serán mínimas si no se implantan herramientas informáticas para chequear el registro horario y controlar el desempeño laboral. Con todo, se espera una interpretación flexible por parte de la doctrinal judicial en estos menesteres[10].

La cuestión no es baladí, habida cuenta de la mayor protección que reciben del sistema de Seguridad Social las contingencias profesionales respecto de las comunes: aplicación del alta de pleno derecho, no exigencia de un período de carencia para causar derecho a prestaciones, cálculos más generosos de la base reguladora, porcentajes a aplicar sobre la mismas más altos, indemnizaciones especiales a tanto alzado para supuestos de muerte y supervivencia o, si procede, la imposición de un recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad. Y en aras de facilitar o, cuando menos, reducir la dificultad de fiscalizar la actividad de los teletrabajadores, el art. 7 LTD establece el contenido mínimo que debe plasmarse en los acuerdos de trabajo a distancia, en donde cabe destacar

Por su parte, la Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo de 2022 arroja que un 41% de las personas trabajadoras van más allá y dedican parte de su tiempo de descanso a cumplir con las exigencias del trabajo.

[7] Arts. 88 y 18 respectivamente.

[8] Sobre el tema puede leerse, por ejemplo, a Montoya Medina, D., "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 243/2021, pp. 6-11; o a Corrêa Gomes Cardim, T.: "De la hiperconexión del trabajador a la esclavitud digital: riesgos psicosociales y desafíos de la conciliación entre tiempo de trabajo y vida privada", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, nº 1/2023, pp. 419 y siguientes.

[9] De 29 de septiembre, sobre medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionado por la COVID-19.

[10] Sin ánimo de exhaustividad, Igartua Miró, M. T., "Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 3/2021, p. 202; o Moreno Romero, F., "Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre* (dirs. Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X.), Madrid, Wolters Kluwers, 2021, pp. 476, 487.

—por su muy probable importancia de cara a dilucidar qué es accidente de trabajo y qué no— sus letras a, c, f y h[11].

Pero, como es fácil de apreciar, el concepto de accidente de trabajo nació y se fue confeccionando sobre el modelo un entorno clásico o tradicional de prestación de servicios en el campo, en fábricas u otras industrias. Piénsese, como punto de partida, en la España del año 1900. La relevancia del tiempo y el lugar de trabajo como parámetros de la presunción de laboralidad y, en cierta medida, del nexo causal conducen a una figura jurídica que se apoya en elementos más bien estáticos, medibles y verificables para arrojar pautas seguras en la mayoría de los posibles supuestos de hecho. Ello se tambalea cuando el siniestro se actualiza en un terreno vedado por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por cuanto los fundamentos y la esencia del concepto de accidente laboral no son fácilmente extrapolables —ni quizá posibles— a un contexto en el que se funciona con premisas muy diferentes[12]. Y mientras el legislador siga sin proporcionar reglas específicas, o pautas en las que apoyarse, el tema en que se van a ocupar las siguientes páginas seguirá creciendo en interés para la doctrina y hasta para los medios de comunicación.

2. LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO EN MATERIA PREVENTIVA PARA CON SUS TELETRABAJADORES

El art. 40.2 CE proclama que los poderes públicos velarán "por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados". Para responder a este mandato constitucional, la LPRL —a la cual remite el art. 15 LTD— establece que los trabajadores tienen "derecho una protección eficaz en materia de seguridad y salud", y que ello supone la existencia de un correlativo deber de protección por el que el empresario deberá "garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo". Huelga decir que el precepto viene formulado en términos generalistas y que el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo dispone,

[11] "a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.
(…)
c) Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.
(…)
f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.
(…)
h) Medios de control empresarial de la actividad".
Adviértase que la letra f habla de "lugar de trabajo" en singular, estableciendo que la prestación de servicios no podrá desempeñarse en distintos sitios como, tal vez, una segunda residencia del teletrabajador; y ello reduce las posibilidades de reclamar la consideración de un accidente *in itinere* o en misión si el empleado no se ciñe a respetar escrupulosamente como única la ubicación para la prestación de servicios especificada en el acuerdo de trabajo a distancia. De otro lado, y en lo que respecta a los "medios de control empresarial de la actividad", resulta crucial la implementación de elementos tecnológicos que lleven el registro horario de manera fidedigna, para intentar determinar qué daños se han podido producir dentro de los parámetros que establece el art. 156.3 LGSS, esto es, tiempo y lugar de trabajo. Al margen de ello, procede adelantar que la jurisprudencia no viene entendiendo, a estos efectos, que el lugar de trabajo se circunscriba a la "zona habilitada para la prestación de servicios", sino que cabe aplicar por analogía lo construido para con los accidentes presenciales acaecidos en otras estancias como el comedor, la cocina o el cuarto de baño, siempre que guarden una mínima relación con el trabajo.
Sobre el alcance de la presunción de laboralidad puede leerse, entre muchos, a García Murcia, J., "El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo", *Accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* (dir. Ortiz Castillo, F.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2020, pp. 39-60; o Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 45 y ss.

[12] Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", *Temas Laborales*, nº 166/2023, p. 141.

en su art. 8, que el teletrabajador debe gozar de los mismos derechos y garantías que un trabajador presencial en materia preventiva. Por consiguiente, la empresa tiene que evaluar los riesgos derivados del ejercicio de profesiones en régimen de teletrabajo, planificar la actividad preventiva encaminada a combatirlos, formar e informar a estos empleados de manera suficiente y adecuada, vigilar su salud de manera específica o atender a la presencia de trabajadores especialmente sensibles.

En lo que respecta a la evaluación de riesgos, es sabido que se debe atender sobre todo a los factores psicosociales y ergonómicos relacionados con una organización deficiente del trabajo. Aunque tampoco se debe pasar por alto que el RD 488/1997[13] dispone en su art. 4 que la evaluación de los puestos que conlleven exposición a pantallas de visualización de datos han de reflejar "los posibles riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, así como el posible efecto añadido o combinado de los mismos". Asimismo, hay que estar a los tiempos promedio y máximo de atención continuada a la pantalla, al nivel de atención requerido y a las particularidades del puesto en cuestión (art. 3.2).

Al hilo de lo anterior, la LTD circunscribe la evaluación al estricto puesto de trabajo en que se ubique el teletrabajador, obviando el resto del domicilio o inmueble elegido para la ejecución de las labores a distancia. En efecto, su art. 16.1 establece que para la evaluación del puesto habrá de estarse únicamente a la "zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia". Así pues, la responsabilidad de la empresa en materia de contingencias profesionales se acota al espacio convenido en el acuerdo de teletrabajo[14]. Lo cual no quiere decir que los daños acaecidos en otras estancias del domicilio —que es a su vez lugar de trabajo— no puedan por analogía considerarse bajo la influencia del punto 3 del art. 156 LGSS. Respecto de la recogida de datos, si se trata de un teletrabajador domiciliario, la presencialidad de la visita técnica vendrá condicionada a la autorización del propietario. Sin ella, el técnico del servicio de prevención de riesgos laborales deberá proceder a la recogida de información vía telefónica o telemática, pasando a la persona teletrabajadora un cuestionario elaborado a tal efecto y entregando una información que habrá de contener pautas sobre desconexión digital, higiene postural o implicaciones vinculadas a la actividad sedentaria.

En lo atinente a la planificación de la actividad preventiva, los esfuerzos han de enfocarse en fomentar el ejercicio del derecho la desconexión digital, buscando el respeto de las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio. Ello pasa siempre por disponer de los medios tecnológicos y humanos oportunos para asegurar que no se contacte con los empleados fuera de lo estrictamente pactado en contrato —salvo las causas de fuerza mayor previstas— y por informarles de manera adecuada sobre los efectos adversos para la salud derivados de un uso desmesurado de las TIC. También cabe dirigir esfuerzos a combatir la sensación de aislamiento experimentada por muchos de estos profesionales, buscando mejorar los sentimientos de pertenencia a un grupo social cohesionado. Y ello también puede conseguirse involucrándoles en el proceso de selección y compra de herramientas o dispositivos tecnológicos, o planificando actividades de formación según los requerimientos del puesto y las preferencias del trabajador.

Detectado algún riesgo en la evaluación derivado del uso de pantallas de visualización de datos, el RD 488/1997 obliga al sujeto responsable a adoptar "las medidas técnicas u organizativas

[13] De 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

[14] Precepto que para Montesdeoca Suárez choca frontalmente con la previsión del art. 16.2 LTD, que pesa sobre la empresa respecto a la obtención de "toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto a sus resultados". Montesdeoca Suárez, A., "Un análisis del accidente de trabajo sufrido por la persona teletrabajadora en su domicilio – Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Sevilla 529/2021", *IUSLabor*, nº 1/2023, pp. 174-175.

necesarias para eliminar o reducir el riesgo al mínimo posible". Y las acciones se han de concretar en la parcela del control u organización del tiempo frente a la pantalla, para lo cual la norma sugiere alternar esta exposición con otras tareas o establecer pautas periódicas de descanso. Además, siempre será beneficioso que la persona trabajadora controle dicha gestión de pausas o rotación de tareas, así como el horario para las comidas[15].

Reconduciendo al tema objeto de análisis, la inaplicación —o una aplicación inadecuada— de las obligaciones preventivas recién expuestas aumenta las posibilidades de sufrir problemas oculares, cefaleas, insomnio, cuadros ansioso-depresivos, trastornos alimentarios, irritabilidad, *tecnofatiga*, *tecnoadicción*, trastornos del ritmo circadiano o el síndrome del quemado. Y para que estos daños sean calificados como contingencia profesional habrá de afrontarse las dificultades probatorias que exige su encaje como enfermedades del trabajo (art. 156.2.e LGSS) o aportar al menos indicios de que la aparición súbita de un daño —piénsese, por ejemplo, en un ictus o un infarto— se ha producido en tiempo y lugar de la prestación de servicios[16].

Pero ¿cómo pueden las Mutuas, el INSS o el intérprete social saber si el teletrabajador domiciliario dice la verdad o está intentando hacer pasar un daño acaecido fuera de las coordenadas de la presunción de laboralidad por accidente durante tiempo y en el lugar preestablecido en contrato? ¿Cómo puede la empresa, con miras de no incurrir en posibles responsabilidades *in vigilando*, cerciorarse de que el teletrabajador está adoptando las medidas de seguridad y salud que se le indican por parte del servicio de prevención? La respuesta a la primera pregunta es que lo tienen complicado, y la maximización de las opciones de poder dilucidar qué es daño laboral y qué es daño doméstico pasa por que la empresa haya implementado herramientas tecnológicas con las que examinar el desempeño remoto de sus teletrabajadores. Y, como se sabe, validada la presunción del art. 156.3 LGSS, destruirla requiere de una probatoria casi diabólica. La respuesta a la segunda pregunta es dejar constancia de todas las acciones preventivas, efectuadas o comunicadas, por escrito y con firma de la persona trabajadora. Para la entrega de equipos o mobiliario, manuales de uso adecuado, requerimientos de realizar una formación, información de protocolos, renuncias al reconocimiento médico o cualquier indicación concreta, la empresa haría bien en recoger formato cumplimentado por el empleado en cuestión[17]. En este sentido, si un teletrabajador domiciliario que no presta consentimiento para las

[15] López Fernández, R., "La desconexión digital como escudo frente a los riesgos psicosociales…", op. cit., en prensa.

[16] No está de más mencionar que la NTP 1.122 "Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) I: nuevas formas de organización del trabajo", contiene un listado no exhaustivo de factores de riesgo psicosocial vinculados al uso inadecuado y no planificado de las TIC, y que podría sintetizarse en las siguientes:
Prolongación de la jornada laboral y realización del trabajo en horarios inusuales debido a la conectividad permanente.
Dificultad en la conciliación de la vida profesional y la familiar.
Incremento de las interrupciones en el desempeño de la actividad laboral, especialmente por el uso del correo electrónico.
Asincronismo temporal para interactuar con compañeros ubicados en países con diferentes usos horarios.
Cultura de empresa sin una política precisa sobre la promoción de los trabajadores a distancia, lo cual se traduce en un aumento de la competitividad y la realización de tareas extemporáneas para adelantar trabajo, sin informar ni a compañeros ni a superiores.
Ausencia de políticas de concienciación sobre el uso inadecuado de las TIC por parte de la empresa.
También resulta de interés la NTP 1.165: "Teletrabajo: Criterios para su integración en el sistema de seguridad y salud en el trabajo", 2021.

[17] Véase el art. 96.2 LRJS, por cuanto indica que "en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad".
Esta norma es, según la jurisprudencia, acorde con el principio de facilidad probatoria, en tanto que la figura del empresario controla la actividad que despliega y posee la información sobre su desarrollo. Véase la STS de 19 de noviembre de 2008 (nº 1118/2008).

evaluaciones presenciales periódicas desoye las indicaciones preventivas que se le dirigen y acaba sufriendo un daño, la empresa quedará exenta de responsabilidad o no en función de lo escrupulosa que haya sido a la hora de comunicar y dejar constancia de cuantas obligaciones preventivas haya puesto en práctica[18].

Continuando en el terreno de la especulación, cabría también preguntarse qué podría hacer la empresa si la persona teletrabajadora se negara a adoptar dichas medidas y a firmar los formatos que se le indican. En este escenario, siempre podría acreditar, actualizado un daño, que puso a disposición de la persona en cuestión los medios y la información preventiva por distintos medios: correo electrónico, SMS, testimonio de compañeros o superiores jerárquicos, o incluso grabación de llamadas telefónicas sin obtener avenencia por parte del subordinado. También cabría, claro está, ante las reiteradas negativas u omisiones por parte del profesional, practicarle un despido disciplinario por "indisciplina o desobediencia en el trabajo" (art. 54.b ET).

Y retomando otra vez el tema central de este estudio, si el teletrabajador díscolo acabara sufriendo un daño para su salud en tiempo y lugar de trabajo, ¿habría incurrido en imprudencia temeraria, desvirtuadora de la laboralidad del siniestro, o se estaría ante una imprudencia simple y, por tanto, accidente de trabajo? Desde aquí se considera que habría imprudencia simple o profesional, pues por obvio que resulte que la hipotética conducta no sería "consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo" y de la confianza que este inspira (art. 156.5.a LGSS), mucho menos cabría entenderla como un "desprecio del instinto de conservación" o como un "peligro de inseguridad en el que [el trabajador] volitivamente se sitúa y de la probable desgracia que está en condiciones de sufrir al situarse voluntaria y conscientemente en dicho trance"[19]. De manera que, en este supuesto, no se quebraría la consideración de accidente de trabajo.

En relación con lo recién expuesto, otra pregunta que cabe hacerse es si serían válidas las clausulas de un contrato, o un convenio colectivo, en virtud de las cuales el teletrabajador se comprometiera a permitir la entrada a su domicilio para permitir la evaluación inicial o las comprobaciones posteriores de manera presencial. Se opina que no, en la medida en que este tipo de previsiones, sean convencionales o contractuales, no puede significar una primacía de lo acordado por los agentes sociales o de la voluntad individual del empresario sobre derechos fundamentales tan sensibles y personalísimos como la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal y familiar del operario. De manera que tales cláusulas deben ser tenidas por no puestas allí donde el propietario del inmueble se retracte del consentimiento prestado, no pudiendo ello depararle ninguna responsabilidad ni represalia[20].

[18] Para Rodríguez Cardo, no existen posibilidades reales de que el empleador controle el cumplimiento de las indicaciones preventivas por parte del teletrabajador domiciliario. La empresa carece, en términos generales de posibilidades de control, medición y evaluación de la efectividad de las medidas requeridas y de su adecuado mantenimiento. A modo ilustrativo, tampoco parece razonable pretender que el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, entre otros, sea aplicado a rajatabla, en tanto que no cabe imponer en un domicilio particular la presencia de un extintor de incendios, la existencia o funcionalidad de salidas de emergencia —que tal vez ni podrían instalarse técnicamente por razones de infraestructura— o el cambio del mobiliario o los elementos decorativos que pudieran generar un riesgo. Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo…", op. cit., p. 165.

[19] STSJ del País Vasco, de 6 de febrero de 2007 (nº 335/2007).

[20] De la misma opinión, sin ánimo de exhaustividad, Montoya Medina, D., "Teletrabajo y prevención de riesgos…", op. cit., pp. 28-29; Moreno Romero, F., "Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020*…, op. cit., pp. 493-497; Sevila Sánchez, J. J., "Teletrabajo y accidentes de trabajo", *Noticias CIELO*, nº 1/2023, p. 2; o Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo…", op. cit., pp. 146-148.
Para González Díaz, no estaría justificada la negativa a la entrada en el domicilio por parte del trabajador en los supuestos en los que el servicio de prevención considere precisa la recogida presencial de datos. Ello porque frente a la inviolabilidad del domicilio se encontraría también "el derecho fundamental a la vida y la integridad física que

3. LA TRASLACIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO A LAS ACTIVIDADES EN RÉGIMEN DE TELETRABAJO

La conocida ausencia de una definición específica por parte de la LTD aboca a los jueces y tribunales de lo Social a recurrir al art. 156 LGSS para resolver qué ha de ser accidente de trabajo, y qué no ha de serlo, en lo que respecta al domicilio del teletrabajador. Y la cuestión gira en torno a dos elementos que se erigen como capitales en el funcionamiento de la figura: el nexo causal y la presunción de laboralidad. En cuanto a la primera, el punto 1 del precepto entiende por accidente de trabajo "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". Lo cual viene interpretando el TS como una exigencia de causalidad indirecta entre lesión y trabajo, en la que basta que el siniestro guarde una relación de ocasionalidad con la actividad desempeñada[21]; hasta el punto de poder concluirse que la expresión "con ocasión" concibe al trabajo como una condición sin la que no se produce el accidente, más que como una causa *stricto sensu*[22]. Todo ello salvando que no se acredite de manera suficiente e inequívoca la ruptura del nexo[23].

El otro elemento capital viene en el punto 3 del art. 156 LGSS, por cuanto dispone que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo". Se trata, como se sabe, de una presunción *iuris tantum* que para operar requiere de la acreditación por parte del interesado de un hecho básico: que la lesión se produzca en el lugar y durante el tiempo dedicado a la prestación de servicios. De tal manera que, verificado este extremo, 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. Además, ello abarca no solo a los accidentes en sentido estricto o a las lesiones acaecidas por la acción súbita y violenta de un agente externo, sino también a las dolencias o alteraciones de procesos vitales que puedan surgir en el trabajo, estimando también como lesión "el daño corporal procedente de herida, golpe, o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, (…) no sólo el daño físico ocasionado en los tejidos sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico"[24]. Y ello implica que la presunción no se destruya porque la enfermedad tenga una etiología común o se padeciese con anterioridad, ni siquiera por la existencia de antecedentes o la aparición de síntomas antes de comenzar la actividad, pues lo que se tiene en cuenta para la calificación del accidente y su consiguiente acción protectora es la acción del trabajo y las condiciones en las que se presta como desencadenantes o coadyuvantes de la crisis padecida[25].

---

debe defender el empresario y frente al que podrá el trabajador exigirle responsabilidades". Se plantearía, pues, un conflicto entre ambos derechos fundamentales en el que, según el autor, debería priorizarse el derecho a la vida y la integridad física, dado el ámbito laboral en el que se estaría debatiendo y dada la apuesta del legislador al confeccionar una normativa garantista a la que los tribunales han otorgado una naturaleza cuasi objetiva. González, Díaz, F. A.: "Buenas prácticas en el teletrabajo: priorizando la salud de los trabajadores", en *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa* (dir. Fernández Collados, M. B.), Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 134-136.

[21] Para la STS de 25 de abril de 2018 (nº 442/2018), por ejemplo, procede la calificación de accidente de trabajo cuando "de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante".

[22] Entre otras, la STS de 23 de junio de 2015 (nº 4364/2015).

[23] Esta definición legal se completa con la lista de situaciones que añade el punto 2, las que excluye el punto 4, y las que no impiden su calificación para el punto 5.

[24] Véase la STS de 24 de octubre de 2014 (nº 9936/2014).

[25] Ayerra Duesca, N. J., "Lagunas en torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo", *Revista de relaciones laborales Lan Harremanak*, nº 48/2022, nº 119.

En orden a lo expuesto hasta aquí, el TS ha considerado tiempo de trabajo ciertos lapsos en que el empleado no se halla de manera estricta en su puesto, pero sí desempeñando acciones esenciales para el desarrollo de este. A este punto ha sido tan elástico en la consideración de qué ha de entenderse tiempo de trabajo que ha llegado a abarcar siniestros acaecidos sin más en el lugar de ejecución de las labores.

Pero el ejercicio a realizar es el trasplante de todas estas construcciones interpretativas a la esfera del domicilio de la persona teletrabajadora. Y la operación se complica con el hecho de que esta pueda decidir dónde va a llevar a cabo la prestación de servicios y, sobre todo, contando con la gran flexibilidad horaria que ofrecen las TIC, por mucho que hayan de concretarse estas coordenadas en el acuerdo de trabajo a distancia[26] y se tenga que contar con el registro horario para especificar de forma fidedigna el inicio y el fin de la jornada. En términos generales, cabría afirmar que la complejidad se acentúa en función de la mayor o menor flexibilización de las coordenadas tiempo y lugar de trabajo[27].

Volviendo a la definición legal contenida en el art. 156.1 LGSS, doctrina y jurisprudencia han venido conviniendo en que esta se constituye de tres elementos: lesión corporal, trabajo por cuenta ajena y relación de causalidad. Y a intentar engarzarlos con la realidad del teletrabajo domiciliario se va a dedicar el resto de este apartado.

3.1. Lesión corporal

Como ya se ha dicho, el término lesión no se restringe al daño acaecido de forma súbita y violenta por un agente externo, por mucho que lleve aparejado el adjetivo "corporal". La exégesis del TS ha llevado a considerar también —junto a los daños estrictamente físicos— las dolencias funcionales, sensoriales o psíquicas que deriven de la actividad desempeñada. Por extensión, se entienden también como tal las enfermedades de manifestación repentina siempre que den la cara en lugar y tiempo de trabajo. En efecto, y con apoyo en la presunción del art. 156.3 LGSS, los ictus, las embolias o cualquier tipo de ataque cardíaco quedan comprendidos en el paraguas protector del accidente laboral; incluso en los casos en que se produzcan fuera de los parámetros locativo o temporal, si bien la carga de la prueba correspondería al operario o sus causahabientes.

En otro orden de cosas, la institución también abarca a las enfermedades de evolución lenta. Desde sus inicios, el TS reconoció que caben en el concepto de accidente laboral las dolencias evolutivas que trajeran causa en la actividad ejecutada por cuenta ajena, como la pérdida progresiva de visión derivada de intoxicación por plomo[28]. La incesante y expansiva interpretación jurisprudencial en este sentido fue plasmada por el legislador en el art. 156.2.e LGSS, que recoge las enfermedades no catalogadas en el cuadro del RD 1299/2006[29] que "contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo".

---

[26] Lahera Forteza, J., "Obligaciones formales y contenido del acuerdo de trabajo a distancias", *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre* (dirs. Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X.), Madrid, Wolters Kluwers, 2021, p. 167.
Recuérdese que el art. 7 LTD dispone como contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia, entre otros aspectos: el horario y las reglas de disponibilidad, el porcentaje y distribución del trabajo presencial y a distancia, el centro de trabajo de adscripción, el lugar de trabajo elegido o los medios de control empresarial de la actividad.

[27] Aguilera Izquierdo, R., "Accidente de trabajo y teletrabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023, p. 5.
Sobre el tema, léase a Taléns Visconti, E. E., "La jornada laboral en el trabajo a distancia", *El Trabajo a Distancia en el RDL 28/2020* (dir. López Balaguer, M), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 176-216.

[28] STS de 17 de junio de 1903.

[29] De 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Por último, cabe además referir que, con encaje en el mismo precepto, las dolencias de corte psicosocial podrían ser consideradas como contingencia profesional, incluso no constituyendo el trabajo su única causa, siempre que sea la principal o desencadenante[30]. Se trata de, entre otras, afecciones como cuadros depresivos, crisis de ansiedad, trastorno adaptativo, depresión reactiva por acoso o *burnout*. Es conocido que la gestación de las referidas patologías es de un indiscutible origen poliédrico —herencia, contexto familiar, social— y, por consiguiente, una exégesis rigurosa de la norma imposibilitaría la determinación como accidente laboral[31].

Se convendrá que, sin perjuicio de su carácter omnicomprensivo, el elemento "lesión corporal" presenta poca singularidad en su observación desde el prisma del teletrabajo. Con todo, y como ocurre con cualquier profesión y modalidad de prestación de servicios, el tipo de daño sufrido podrá constituir en sí mismo un indicio de laboralidad en función de la actividad que se realice[32].

3.2. Trabajo por cuenta ajena

En segundo lugar, el concepto de accidente de trabajo requiere que el trabajador que sufre el daño lo sea por cuenta de otro. Afinando más, quedan protegidos como tal por el sistema quienes desempeñen funciones bajo las notas especificadas por el art. 1.1 ET: personal, dependiente, voluntario, por cuenta ajena y retribuido. Y, en virtud de la teoría del riesgo, por cuanto las posibilidades de padecer determinado daño están vinculadas al enriquecimiento de otro, y ubicadas dentro de su círculo de dirección, ese otro debe responder cuando se materialice dicho daño.

Huelga decir que lo anterior vale también para el personal al servicio de la Administración Pública que se adscriba al Régimen General de la Seguridad Social; así como para las relaciones laborales de carácter especial, como el personal de alta dirección, los artistas en espectáculos públicos, los representantes de comercio o los deportistas profesionales.

Tampoco a este respecto parece presentar el menor problema la extrapolación interpretativa de los accidentes acaecidos en régimen de presencialidad a la casuística del teletrabajo.

3.3. Nexo de causalidad

Pero los dos elementos anteriores no son nada si no vienen vertebrados por un nexo causal. El enlace entre ambas piezas puede darse "con ocasión" o "por consecuencia", lo cual es interpretado por el TS bien como una ligazón acaecida de manera directa entre el trabajo y la lesión, o bien como una

[30] Por ejemplo la STS de 14 de abril de 1988 (nº 2607/1988).

[31] Póngase, a título de ejemplo, un supuesto de depresión causada por acoso laboral en donde además concurre simultáneamente otra experiencia vital traumática (como por ejemplo un proceso de divorcio o el fallecimiento de un hermano). Para Sánchez Pérez, en tales circunstancias, la mera hipótesis de que una persona trabajadora pueda demostrar la exclusividad de la causa laboral resulta tan ilusorio como inviable. Sánchez Pérez, J., "El controvertido encaje como accidente de trabajo del estrés laboral y la depresión", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 465/2021, p. 134.
Sobre la etiología múltiple del suicidio: Lantarón Barquín, D., "Apuntes sobre el suicidio del trabajador: realidades antagónicas y claves de una estrategia preventiva", en Barcelón Cobedo, S. (Coord.), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2022, pp. 415-426; o Dumon, E. y Portzky, G., "Prevención y manejo de la conducta suicida. Recomendaciones para el ámbito laboral", *Proyecto Euregenas*, 2014, pp. 24-25.

[32] Moreno Romero, F., "Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020…*, op. cit., p. 490.

condición sin la cual el daño no se hubiera podido producir[33]. Eso sí, el Alto Tribunal recuerda que, aunque no sea menester que el trabajo constituya la causa única y directa del siniestro, "el nexo causal no debe estar ausente en ningún caso"[34].

Bajo este prisma, se ha catalogado como contingencia profesional, por ejemplo, el accidente sucedido durante la pausa para comer en el centro de trabajo, pese a estarse fuera de jornada[35]; el sufrido en los vestuarios de la empresa[36]; o el de un operario que desempeña funciones de mantenimiento en un tren turístico y sufre un ictus mientras pernocta en dicho tren[37].

Así, dada la amplitud con la que el intérprete social maneja el concepto de ocasionalidad, parece claro que el nexo causal va a ser la pieza que proyecte más incertidumbres para con los siniestros producidos entre las cuatro paredes del domicilio del teletrabajador. De hecho, algún sector de la doctrina ha entendido que extender esa interpretación laxa de la ocasionalidad a los accidentes acaecidos en el domicilio de una persona teletrabajadora —incluso durante el desempeño de sus funciones— sería cuando menos cuestionable, habida cuenta de que se trata de un terreno en el que es el propio teletrabajador y no la empresa quien toma en última instancia las decisiones[38]. Piénsese, por ejemplo, en los daños sufridos por la actuación de otras personas en el centro de trabajo, un atropello en el garaje o un atraco. No es difícil ponerse de acuerdo en que estos supuestos, que sin género de duda serían calificados como contingencia profesional, no habrían de recibir el mismo tratamiento en el domicilio de un teletrabajador, aun cuando se encontrase ejecutando tareas, salvo que el objetivo de los atracadores tuviera un móvil directo para con la actividad de la empresa.

En relación con lo anterior, vuelven a echarse en falta reglas específicas para los accidentes acaecidos en un lugar distinto del concretado en el acuerdo de trabajo a distancia, pero desde el que la persona teletrabajadora desarrolla funciones por disponer de medios tecnológicos para ello. Más allá de las dificultades exegéticas recién planteadas, cabría considerar que el incumplimiento del acuerdo desvirtuaría la relación de causalidad siempre que el suceso tuviera un vínculo ocasional con el trabajo. Pero, ¿y si la lesión viniera causada por el mal funcionamiento de un dispositivo pagado y proporcionado por el empresario? Si no resultase determinante el cambio de ubicación en el desencadenamiento del accidente, ¿habría motivos para negar la laboralidad de estos supuestos? Desde aquí se considera no, que se estaría a todas luces ante una contingencia profesional.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, ¿PODRÍA EXTRAPOLARSE A LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS TELETRABAJADORES?

Como se ha tenido ocasión de reiterar, la ausencia de la menor especificidad sobre Seguridad Social en la LTD deja una situación normativa en la que cabe aplicar en bloque —o al menos intentarlo— la totalidad de la LGSS. Y en lo que respecta al accidente de trabajo surgen los puntos críticos ya referidos en el apartado anterior, en tanto que las personas teletrabajadoras no se desenvuelven en unos parámetros fácilmente fiscalizables.

[33] STS de 24 de febrero de 2014 (nº 1797/2014).
Se considera, pues, accidente de trabajo tanto el que tiene en la actividad profesional su causa real como aquel en el que el trabajo es "el *quid* u ocasión que pone la causa en condiciones de producir sus efectos, sin lo cual la causa no llegaría a ser causa". Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de Seguridad Social...*, op. cit., pp. 69.

[34] STS de 24 de enero de 2014 (nº 451/2014).

[35] Ibídem.

[36] STS de 4 de octubre de 2012 (nº 7245/2012).

[37] STSJ de Asturias, de 17 de abril de 2015 (nº 933/2015).

[38] Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo…", op. cit., pp. 156-157.

La cuestión se vuelve aún más espinosa en torno a la presunción de laboralidad y el accidente *in itinere*, sobre todo para los casos de prestación de servicios *off line*, donde la dificultad para probar que un daño ha acaecido con ocasión del trabajo es evidente. De hecho, un sector de la doctrina ha considerado que la ausencia de delimitación horaria atribuye la carga de la prueba al trabajador, sin perjuicio de que se aplique el principio *in dubio pro operario* en casos de duda razonable[39]. A lo cual se vendría a sumar que, para la jurisprudencia, el tiempo de teledisponibilidad, esto es, aquel en el que el empleado permanece a disposición de la mercantil sin realizar ninguna actividad, no es tiempo de trabajo, ergo queda fuera del paraguas del art. 156.3 LGSS.

También se ha podido leer ya en estas páginas que, en los casos de flexibilidad horaria, es clave contar con un programa informático que certifique el tiempo de conexión y la intensidad de su actividad. Este podría resultar decisivo para determinar el carácter laboral, o no, del daño sufrido, pues si se produjo durante el tiempo de conexión —por inusual que este sea— cabe entender que concurren los presupuestos que activan la presunción de laboralidad[40].

Así las cosas, y mientras no llega la irreversible intervención del TS, distintos Juzgados de lo Social y TTSSJJ se han tenido que pronunciar, haciendo ejercicios de traslocación interpretativa desde lo redactado en el art. 156 LGSS y desde lo construido por el TS para casos de trabajo presencial. Las situaciones fácticas sobre las que se ha resuelto hasta el momento en que se escriben estas páginas son:

1) Una auxiliar administrativa que sufre un ictus mientras trabaja a distancia para un ayuntamiento.

2) Una maestra de primaria que sufre un infarto durante la celebración de una reunión telemática, si bien la consigue terminar y solicita atención hasta minutos después.

3) Una ingeniera que se lesiona el hombro al levantar una segunda pantalla, supuestamente durante tiempo de trabajo.

4) Una teleoperadora que acude al cuarto de baño durante su jornada laboral y al volver tropieza por el pasillo sufriendo traumatismos en el codo y la parrilla costal derecha.

5) Un comercial al que se le cae una botella de cristal en su cocina y sufre cortes en la mano.

6) Un responsable de equipo de análisis de mercados que fallece por isquemia de miocardio a una hora a la que usualmente ya estaba trabajando, pero que en el día del siniestro no se había llegado a conectar.

[39] Poquet Catalá, R., "El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. VI, nº 2/2021, p. 175. Pérez de los Cobos, F. y Thibault Aranda, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

[40] Sirva como ejemplo la STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2006 (nº 637/2006), que consideró accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido por un teletrabajador que se encontraba conectado y desempeñando funciones a las 00:30 horas de un domingo. La persona trabajadora estaba consultando archivos de la empresa para "un asunto de su incumbencia que tenía que tratar al día siguiente con un cliente importante (…) al que ésta estaba realizando un proyecto, del que el señor José Daniel era jefe". El TSJ entendió que si bien el trabajador comenzaba su jornada el lunes siguiente, desde luego no estaba disfrutando de horas de ocio, sino trabajando en cuestiones de su incumbencia profesional. Además no debe olvidarse que a "un trabajador tan cualificado como un jefe de proyecto 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 al análisis de las resoluciones adoptadas, entre otras cuestiones, se van a dedicar los siguientes subapartados.

4.1. Accidentes en tiempo y lugar de trabajo

Analizados los elementos, ampliaciones y exclusiones del concepto de accidente de trabajo, y habida cuenta de la escasez de pronunciamientos existentes, procede considerar las distintas situaciones que se podrían dar y la posible extensión jurisprudencial a trabajos desempeñados en régimen de teletrabajo. Ello teniendo en cuenta que la presunción de laboralidad debe aplicarse con vocación generalista, cualesquiera sean las condiciones o circunstancias de la actividad desempeñada.

En primer lugar, el accidente podría producirse en un lugar distinto del elegido por el teletrabajador para la prestación de servicios y, por ende, no expresado en el acuerdo de trabajo a distancia, como por ejemplo la cocina del domicilio, el baño u otra estancia. Por no hablar de que ceñirse con rigidez a lo redactado en la letra f del art. 7 LTD dejaría fuera la posibilidad de combinar, para la prestación de servicios, un espacio *coworking* con el domicilio de la persona teletrabajadora, o la de utilizar la segunda residencia de manera eventual —de haberla— sin reducir las posibilidades de que un hipotético daño sea calificado como contingencia profesional[41].

Para estos supuestos, fácilmente imaginables, cabría la aplicación de la doctrina del TS[42] sobre la laboralidad de los accidentes acaecidos en los vestuarios de empresa, considerándolos lugar de trabajo y, por tanto, aplicando la presunción del art. 156 LGSS[43]. Eso sí, es exigible también el elemento temporal; por ello la importancia de que el acuerdo de trabajo a distancia especifique el horario elegido por el profesional y se implementen programas informáticos para el control horario. Y este razonamiento lleva a pensar si no se extendería la presunción a supuestos de accidentes ocurridos en el dormitorio del teletrabajador mientras este se viste o se desviste, o a daños sufridos en la cocina o el baño antes o después de la jornada pactada. Cabría, sí, pero se antoja difícil que el intérprete lo aplique, máxime en supuestos en los que además exista flexibilidad horaria. De hecho, el TSJ de Madrid ha resuelto en sentido desestimatorio un caso que, no siendo del todo como el que se acaba de hipotetizar aquí, es bastante parecido[44].

En segundo lugar, y volviendo a la cuestión de qué sucedería con los tiempos de teledisponibilidad o guardias sin actividad, la STJUE de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20; caso MG cotra Dublin city Council) declara que no es tiempo de trabajo el período de guardia no presencial de un bombero del retén del ayuntamiento de Dublin, quien había de estar disponible en el parque de bomberos, en un lapso de cinco minutos, en caso de recibir una llamada de urgencia.

[41] A propósito de los denominados teletrabajadores móviles, en los que concurre flexibilidad horaria y locativa, se ha llegado a proponer que, en aras de no limitar la libertad de movimientos del colectivo y prevenir situaciones de fraude, se les requiera la cumplimentación de formatos o partes anticipados indicando el lugar previsto para el desarrollo de sus funciones, por ejemplo, a una semana vista. Así podría aplicarse la presunción de laboralidad al daño padecido por el teletrabajador mientras se encontrara conectado al sistema informático desde el lugar preindicado en dichos partes. Cervilla Garzón, M. J. y Jover Ramírez, C., "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4/2015, p. 20. También Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo…", op. cit., p. 146.

[42] STS de 4 de octubre (nº 7245/2012), sobre el accidente de un operario que, habiendo fichado el inicio de la jornada, se encontraba colocándose los EPIs en el vestuario del centro de trabajo. Se trató de un infarto de miocardio, y el empleado percibía un plus de puntualidad solo si realizaba estas operaciones antes de fichar.
Sin embargo, el TS inaplica la presunción de laboralidad cuando el accidente, aun ocurriendo en el vestuario, tiene lugar antes de iniciar la jornada o finalizada esta, durante operaciones como ducharse o mudarse de ropa.

[43] Ayerra Duesca, N. J., "Lagunas en torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad…", op. cit., p. 122.

[44] Se trata de la STSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2023 (nº 89/2023); la cual habrá oportunidad de comentar *infra*.

Ello por cuanto no se aprecia la existencia de limitaciones que afecten a la libertad para gestionar su tiempo durante dichos períodos en los que no se prestan servicios, pudiendo por tanto dedicarlos a sus propios intereses[45]. A estos efectos, no estaría de más que el legislador nacional acometiera una legislación pormenorizada de la limitación de los tiempos de disponibilidad, que especificara cuándo estos períodos de guardia —y sobre todo bajo qué parámetros de respuesta— son tiempo de trabajo y cuándo no, en aras de garantizar el derecho al descanso y a la seguridad y salud laboral. Con todo, y a falta de dicha norma, cabe inferir de las sentencias recién expuestas al pie de página que, para los supuestos de guardia en determinado lugar y obligación de respuesta inmediata, se estaría hablando de tiempo de trabajo y, por extensión, a un daño sufrido durante estos se le aplicaría la presunción del art. 156.3 LGSS; también, cómo no, para con las personas teletrabajadoras a las que se les estableciera como lugar de permanencia su domicilio.

En tercer lugar, hay que preguntarse si corresponde al trabajador accidentado en su domicilio acreditar el momento exacto en el que sufrió los daños para activar la presunción de laboralidad o si, frente a la dificultad de esta prueba, se presupondrá la veracidad del relato aportado por este. La trascendencia de la respuesta a este interrogante no es menor, pues, aunque se trataría de una presunción *iuris tantum*, la realidad pone de manifiesto lo complejo que es demostrar que la causa exacta que ha causado el siniestro no guarda relación con el trabajo o ha tenido lugar a una hora diferente a la indicada por el teletrabajador domiciliario[46].

Se trata, pues, de una cuestión complicada y de respuesta incierta, a la que se ha respondido en ambos sentidos. A saber, la STSJ de Galicia, de 25 de febrero de 2022 (nº 988/2022) negó la calificación de accidente de trabajo a la lesión de hombro acaecida a una ingeniera que afirmó haberla sufrido al coger una segunda pantalla de un estante durante el desempeño de sus funciones. La teletrabajadora acudió a su Mutua a las 9:41 horas, consistiendo su jornada en la prestación de siete horas y media entre las 7:00 y las 20:00 horas, y se le trató por acromion horizontalizado con artropatía AC. Ahora bien, el TSJ de Galicia no consideró que del relato fáctico hubiese quedado aseverado que las lesiones que dieron lugar a la baja tuvieran relación con el trabajo[47]. Además, la versión que la siniestrada dio ante la Mutua y la que se recogió en su demanda diferían.

---

[45] El TJUE interpreta el art. 2.1 y 2.2 Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en el sentido de considerar que los períodos de disponibilidad no lo son, por no tratarse de un "período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones". De ahí que hayan de interpretarse como tiempo de descanso.
En sentido similar, la STS de 2 de diciembre de 2020 (nº 1076/2020) no considera tiempo de trabajo la situación de disponibilidad de los profesionales de extinción de incendios forestales de la Comunidad de Madrid, durante la que deben responder a una llamada y personarse equipados en treinta minutos en el punto de encuentro, sin venir obligados a permanecer en sitio determinado. Pues para considerarse tiempo de trabajo habría de representar ello una "limitación de la libertad de deambulación y de administración del tiempo en el que el trabajador pueda dedicarse a sus intereses personales, familiares y sociales y, por ende, (…) será tiempo de trabajo cuando la guardia exige la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en caso de necesidad, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales".
Aplicando esta tesis del TJUE, la STSJ de Galicia, de 17 de septiembre de 2013 (nº 3999/2013).
Sí considera tiempo de trabajo efectivo, apoyándose en la misma doctrina del TJUE, la STS de 17 de febrero de 2022 (nº 159/2022) al pronunciarse sobre las guardias de veinticuatro horas de presencia en el centro de trabajo para los profesionales del servicio de ambulancias, en régimen de veinticuatro horas de disponibilidad y setenta y dos horas de descanso.

[46] Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo", *Noticias CIELO*, nº 1/2023, p. 3.

[47] En este sentido, señaló el tribunal, en modo alguno "está acreditado que la lesión ocurriera en tiempo y lugar de trabajo; y si bien 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".

De otro lado, presuponiendo en cierto modo la veracidad del relato del accidentado, la SJS de Cáceres, de 26 de octubre de 2022 (nº 297/2022) y la STSJ de Madrid, de 11 de noviembre de 2022 (nº 980/2022), aplicaron la presunción del art. 156.3 LGSS[48]. La SJS de Cáceres introdujo por primera vez una circunstancia que, a su juicio, obligaba a replantear algunos elementos de la doctrina vigente en materia de accidentes, y es que "con ocasión de la pandemia del coronavirus ha existido un importante desarrollo del teletrabajo, circunstancia que obliga a reconsiderar o matizar algunos aspectos consolidados". Ello en vistas a expandir la consideración de "lugar de trabajo" al resto del domicilio de la teletrabajadora que había sufrido una caída al volver del cuarto de baño; pues nadie pondría en tela de juicio la consideración de accidente laboral al daño sufrido por un empleado en idénticas condiciones "si trabajase en una fábrica, oficina o tienda (…) y no se trata aquí de hacer mejor a quien teletrabaja, al contrario, se busca evitar su desprotección". Por su parte, la STSJ de Madrid manifestó que el daño sufrido por el trabajador en la cocina de su domicilio evidenciaba la existencia de un enlace directo y necesario, en tanto que la pausa para beber agua en el lugar de más fácil acceso era necesaria. Además, en el acuerdo de trabajo a distancia se establecía que las funciones se realizarían "como si se estuviera en el centro de trabajo" y sin suponer una variación de las condiciones laborales. Por último, la resolución puso el acento en que, en la autoevaluación de riesgos laborales, se hacía referencia a que la cocina de la vivienda y sus instalaciones de gas habrían de estar en buen estado, de donde cabe concluir que "el lugar de trabajo no es un compartimento estanco y aislado de todo lo que le rodea" y no puede restringirse a la delimitación de una silla, una mesa y un ordenador[49]. Para estos casos, y mientras no llega la cuestión al TS, se estima difícil que, aplicada la presunción, la Mutua o el INSS puedan demostrar que los hechos lesivos acaecieron fuera de los parámetros tiempo y lugar, por más sospechas que tengan de ello, y más improbable aún parece que puedan quebrar el nexo causal mediante la acreditación de fuerza mayor, dolo o imprudencia temeraria del siniestrado. Es más, surge incluso la pregunta de si habría de entenderse también accidente de trabajo el acaecido cuando la persona teletrabajadora decidiera salir a almorzar o tomar café al bar más cercano de casa, o incluso a fumarse un cigarro al portal.

Menos incertidumbres plantea el caso sobre el que tuvo que resolver la SJS de Gerona, de 12 de noviembre de 2020 (nº 199/2020). Se trató de una auxiliar administrativa que, durante el confinamiento derivado de la crisis sanitaria por COVID-19, asumió por iniciativa propia la atención telefónica de

[48] Se trató, respectivamente, de una teleoperadora que afirmó haber sufrido una caída al salir del baño de su domicilio durante su jornada laboral, sufriendo traumatismos en codo y parrilla costal derecha; y de un comercial al que se le cayó en su cocina una botella de cristal, de tal manera que ello le causó cortes en su mano derecha. En ambos casos se aplicó la presunción y esta no pudo ser destruida por la otra parte, considerándose, pues, accidentes de trabajo.
Para Gala Durán, la solución acertada es la defendida en estas sentencias, y que contrasta con la de la STSJ de Galicia, de 25 de febrero de 2022, de abogar por un concepto de lugar de trabajo asimilable al de las actividades desempeñadas de manera presencial y entender activada casi por defecto la presunción de laboralidad. Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales", *IUSLabor*, nº 1/2023, p. 159. En el mismo sentido García Torres, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1/2022, p. 103. En contra de una interpretación tan generosa de la presunción, por conducir a un desbordamiento del accidente en el teletrabajo y relegar al nexo causal a un papel casi nulo, Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo…", op. cit., pp. 146-152.

[49] Resolviendo en el mismo sentido el caso de un teletrabajador que cayó en el pasillo de su casa mientras se dirigía a la cocina a por agua, la SJS de Santander, de 8 de marzo de 2023 (nº 107/2023). Al parecer la persona trabajadora, en la caída, golpeó el cristal de una puerta de la sala produciéndose cortes en una mano, en tiempo y lugar de trabajo aseverado por registro horario. La Mutua y el INSS argumentaron que el siniestro había tenido lugar durante un descanso, y que perfectamente podría haber sucedido mientras el trabajador realizaba una labor doméstica, toda vez que se encontraba en su domicilio; a lo que respondió la sentencia que ello "no empaña la tozuda realidad de que se cayó en medio de la jornada laboral. No es tan relevante si fue en medio de un descanso, porque si se hubiera caído al ir al baño, la respuesta jurídica sería la misma, salvo que se pretenda que un teletrabajador no acuda al baño durante 6 horas seguidas". Así, y no pudiéndose hacer de menos a un trabajador a distancia respecto de un profesional o ordinario, la resolución llega a afirmar que "si el incidente hubiera acontecido en una empresa, no habría existido siquiera un expediente judicial al respecto".

entrada a la oficina, derivando las gestiones que fueran necesarias a las personas pertinentes. La profesional sufrió un ictus isquémico de etiología cardioembólica por aneurisma de SIA, en tiempo y lugar de trabajo, durante una jornada en la que hubo de atender en torno a cuarenta y cinco llamadas telefónicas y al menos otros tantos *mails*, por lo que la parte actora solicitó la consideración de accidente de trabajo por aplicación de la presunción del art. 156.3 LGSS. La sentencia razona que, siendo el ictus una patología que no excluye el origen laboral, y no resultando la prueba practicada en contra de entidad suficiente para destruir la presunción de laboralidad, procede considerar la lesión como accidente de trabajo. En cuanto al hecho de que la profesional asumiera por propia iniciativa la gestión telefónica, ello carece de importancia y no se le concedió el menor recorrido[50].

Y volviendo a 2022, la STSJ de Aragón, de 18 de enero (nº 20/2022) se pronunció sobre otro caso gestado durante el confinamiento que planteaba matices temporales interesantes. Con la preceptiva suspensión de la presencialidad lectiva, y el afrontamiento de una docencia *on line* para la que no todos los enseñantes estaban preparados tecnológicamente, una maestra de educación primaria sufrió un infarto de miocardio durante la celebración de una reunión telemática. La profesional había comentado con anterioridad, a las 9:40 horas, a un compañero que sentía dolores en un brazo y en la espalda y que durante el día previo a los hechos había presentado tres episodios de dolor en el tórax, que habían remitido con paracetamol; si bien el hijo de la actora no comunicó su indisposición al 061 hasta las 14:43 horas, habiendo ya terminado la reunión en torno a las 14:05. Se cuestionó, pues, si el infarto había tenido lugar durante el tiempo de trabajo o no. Y el TSJ, tras exponer la jurisprudencia vertida sobre casos similares para con trabajadores presenciales, acaba razonando que la presunción no se excluye porque se haya acreditado que la trabajadora padeciera la enfermedad con anterioridad, se hayan presentado síntomas o se haya culminado el daño transcurrida ya la reunión telemática, porque "lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca (…) sino como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes".

Por último, la STSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2023 (nº 89/2023), rechazó la calificación de accidente de trabajo al infarto de miocardio mortal sufrido por un teletrabajador que generó pensiones de viudedad y orfandad. La particularidad estribó en que a la hora del siniestro, las 9:40, el sujeto causante ya solía estar desempeñando sus funciones, pero no sucedió así el día del óbito en tanto que no se había conectado ni había registrado el inicio de su jornada en la plataforma de control horario habilitada por la empresa. La parte actora quiso argüir que la no conexión se debió a que el causante se había dirigido al cuarto de baño, que es donde falleció, precisamente por sentirse indispuesto de forma grave, siendo ello incidental y no debiendo, por tanto, romper la consideración de encontrarse en tiempo de trabajo. No obstante, razonó la sentencia que "el encendido del ordenador a través del cual realizaba su actividad diaria se configuraba como elemento clave a efectos de inicio de su jornada". Dicho inicio se estableció a las 9 horas, existiendo la flexibilidad para el operario de poder conectarse una hora antes o después, esto es, entre las 8 y las 10 horas. Por tanto, a las 9:40 aún no estaba obligado a comenzar su jornada, y no se pudo acreditar que el infarto fuera precedido de síntomas de suficiente intensidad como para impedir la conexión ni que, mucho menos, el fallecido se hubiera llegado a sentar en su puesto. Por tanto, y habida cuenta además de que el registro horario no reflejaba excesos de jornada, la carga del trabajo era estándar y todos los reconocimientos médicos

[50] Véase el art. 156.2.c LGSS, por cuanto considera también accidente de trabajo a los ocurridos "con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa". Puede leerse un comentario más profundo de la sentencia en Gala Durán, C., "Teletrabajo. La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020). Accidente laboral", *La Administración Práctica*, nº 7/2021.

efectuados le habían considerado apto para desempeñar sus funciones, la muerte se consideró por causas naturales, luego accidente común.

4.2. Accidente *in itinere*

En otro orden de cosas, ya se ha comentado que los servicios prestados en su mayor parte desde el domicilio conllevan una disminución evidente de las posibilidades de sufrir un daño durante los desplazamientos entre el lugar de residencia y la empresa. No obstante, dichas posibilidades no son erradicadas, en tanto que seguirán existiendo desplazamientos cada cierto tiempo al centro de trabajo para asistir a reuniones o archivar material, a lugares requeridos en momentos puntuales por la actividad desempeñada o en respuesta a una encomienda del empleador, a someterse a reconocimientos médicos o por motivo de acciones formativas de carácter presencial. Además, como se sabe, el lugar elegido para el desempeño profesional podría ser un espacio *coworking* o un telecentro, o podrían también prestarse servicios en régimen de teletrabajo parcial, debiendo, pues, acudir al centro de trabajo durante una parte de la jornada semanal. Por no hablar de que cabría fijar dos lugares distintos para el desarrollo de la actividad, como por ejemplo una segunda residencia; eso sí, desde aquí se mantiene que habría de dejarse especificado con anterioridad cuándo se desarrollaría en cada lugar, a efectos de limitar el fraude y de determinar cuantas otras cuestiones pudieran surgir de ello.

Al margen de lo anterior, pero sin perder de vista las nuevas formas de organización del trabajo y la conciliación de la vida laboral y personal, la STS de 26 de diciembre de 2013 (nº 6487/2013) consideró accidente de trabajo *in itinere* el acontecido un domingo por la noche, mientras se cubría el trayecto entre el domicilio familiar y el domicilio utilizado durante los días laborables. Ello por cuanto la persona trabajadora, entendió el Alto Tribunal, realizó dicho desplazamiento con el estricto e incuestionable propósito de incorporarse al día siguiente al trabajo, no rompiéndose por tanto la relación de causalidad trayecto-trabajo; pues "aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar de actividad, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación (…), pues se va al lugar de residencia laboral para, desde este, ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral"[51].

Más recientemente, la STSJ del País Vasco, de 15 de enero de 2019 (nº 112/2019), también calificó de accidente de trabajo con encaje en el art. 156.2.a LGSS al sufrido por una enfermera que se desvió de su trayecto habitual para dejar a su hijo, en un día no lectivo, al cuidado de los abuelos. Declaró la sentencia que, conforme a la realidad social, la referida desviación no fue ajena a la concausa laboral en tanto en cuanto el siniestro vino derivado de la necesidad de conciliar vida familiar y profesional. Se hace obvio que las dos sentencias recién expuestas son extrapolables al escenario del teletrabajo, tanto en los supuestos de retorno al domicilio desde el que se presten tales funciones[52] como —aunque aquí con ciertas dudas— a aquellos en los que la persona teletrabajadora tenga que llevar a los niños al colegio antes de conectarse a las TIC que tiene a su disposición en casa[53].

[51] Se pasó así de una concepción del accidente *in itinere* que se ceñía a los aledaños temporales de la hora de entrada y salida, razonablemente apropiados para cubrir el trayecto entre residencia y empresa, o viceversa, a utilizar una exégesis indirecta mucho más orientada a salvaguardar los intereses del siniestrado. Y se hizo distinguiendo entre "domicilio del trabajador" y "lugar de residencia por razones laborales", para extender así la cobertura de la institución a estos desplazamientos que, de manera indirecta, no dejan de efectuarse con ocasión de la actividad ejecutada por cuenta ajena.

[52] Piénsese, por ejemplo, en el retorno desde una segunda residencia o desde la casa de un familiar con el que se ha pasado el fin de semana.

[53] Las mínimas dudas que procede plantearse a propósito de la segunda hipótesis vienen de la solución adoptada por la sentencia del Tribunal Federal de Seguridad Social de Alemania, de 30 de enero de 2020 (B2U19/18R). En ella se rechaza la laboralidad de un accidente sufrido por una teletrabajadora alemana mientras volvía a su domicilio desde la guardería en la que acababa de dejar a su hija. En dicho trayecto de vuelta, la persona trabajadora

Sea como fuere, no está de más recordar que solo son encajables en el concepto de accidente *in itinere* los supuestos de accidente en sentido estricto, quedando fuera de consideración las enfermedades. Con que si, por ejemplo, en los trayectos de ida o vuelta del trabajo el empleado sufre un ictus, un infarto o cualquier otra patología de súbita manifestación, corresponderá a este la carga de probar que ello trae su causa predominante en el trabajo.

Por último, hay que plantearse también los supuestos en los que un teletrabajador domiciliario tiene ubicado su puesto de trabajo en una planta inferior o superior a aquella en la que hace vida la mayor parte de su tiempo. Si la persona que teletrabaja sufriera daños al subir o bajar las escaleras que le conducen a o le devuelven de dicho puesto, ¿qué calificación correspondería? A lo que cierto sector doctrinal ha respondido que el accidente *in itinere* no tiene cabida si no se ha salido del espacio personal-familiar, pues uno de los elementos clave es que se haya emprendido el camino hacia o desde el espacio privativo y excluyente del domicilio[54].

4.3. Accidentes causados por factores psicosociales

Los riesgos más eminentes en el teletrabajo son los de corte psicosocial. Como ha quedado dicho en el apartado 2 de este estudio, las dolencias derivadas de ellos tienen encaje en el art. 156.2.e LGSS[55]. En efecto, y mientras persista el ninguneo del cuadro de enfermedades profesionales para con estos trastornos, seguirá siendo el siniestrado quien haya de acreditar que el daño sufrido ha tenido como causa exclusiva, o al menos desencadenante, el trabajo desempeñado por cuenta ajena.

Vienen otra vez al caso la SJS de Gerona de 12 de noviembre de 2021 y la STSJ de Aragón de 18 de enero de 2022 pues, aunque en ambos casos la laboralidad del accidente fue reconocida bajo el paraguas del art. 156.3 LGSS, quedó contrastado que ambas crisis —el ictus isquémico por un alto volumen de trabajo y el infarto de miocardio en un contexto de nuevas tareas telemáticas, respectivamente — tuvieron su causa preponderante en el estrés generado por el desempeño de funciones profesionales. Se entiende que, de no haber acaecido las lesiones en tiempo y lugar, hubieran debido reconocerse de todos modos como accidente laboral. Dicho esto, y para los supuestos de daño acaecido en el domicilio que queden fuera de los parámetros espacio-tiempo de trabajo, será caballo

cayó al suelo sufriendo una fractura en el codo derecho. El pronunciamiento catalogó la contingencia como común apoyándose en la redacción del art. 1.2, del parágrafo 8, Libro VII, del Código alemán de Seguridad Social, que define el accidente de trabajo *in itinere* como el sucedido en el trayecto directamente conectado con la actividad asegurada, hacia y desde el lugar de residencia. No parece que sea esta la interpretación que daría el TS español, dada su flexibilidad en estos menesteres, pero cabe al menos preguntarse cómo resolvería el TJUE si tuviera que pronunciarse al respecto. Véase análisis pormenorizado de esta sentencia en Arufe Varela, A., "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", *IV Congreso Internacional y XVII Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Murcia, Laborum, vol. 1, 2020, pp. 61-76.
Puede encontrarse en la web de dicho tribunal: www.bsg.bund.de.
Contrario a la extrapolación de estas interpretaciones al teletrabajo domiciliario puede leerse, por lo inusual de la postura, a Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo…", op. cit., p. 160-162.

[54] Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales", *IUSLabor*, nº 1/2023, p. 159. En el mismo sentido García Torres, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1/2022, p. 160.
No obstante, y volviendo a Alemania, la sentencia de su Tribunal Federal de lo Social, de 8 de diciembre de 2021 (B2U4/21R) entendió como accidente *in itinere* el acontecido a un trabajador que se cayó por las escaleras de su domicilio mientras se dirigía de su dormitorio a la planta baja, en donde tenía su puesto de trabajo. Consideró el tribunal que el primer viaje de la cama al estudio era una ruta que había de protegerse en la misma medida que la cubierta por un trabajador presencial estándar, en tanto que trayecto recorrido "en interés del empleador".

[55] "Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo".

ganador para el reconocimiento de la contingencia profesional el contar con un diagnóstico previo y la existencia de circunstancias objetivables en la relación laboral: incumplimiento de la desconexión digital, cargas de trabajo elevadas, conductas de acoso virtual, aislamiento, un contexto de crisis económica que haga temer por la continuidad en la empresa, etc.

4.4. Otros supuestos previstos en el art. 156.2 LGSS

También son accidente de trabajo "los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa"; o dicho de otro modo: los accidentes en misión. Para esta casuística, el TS extiende la protección a la totalidad de la duración del desplazamiento efectuado para el beneficio empresarial, con independencia del lugar en que se esté, siempre que se esté por razón de la actividad encomendada.

Así, y no habiendo dudas sobre la laboralidad de lo ejecutado "en cumplimiento de las órdenes del empresario", es fácil reflexionar sobre las formas en que podría desplazarse un teletrabajador "espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa". La persona teletrabajadora podría, pues, accidentarse mientras acude a un trastero, un altillo o un garaje de su propiedad en donde almacene documentación referente a su actividad profesional; al ir a comprar material informático o a repararlo, tinta para la impresora o material de oficina que le sea indispensable en el momento[56]; o a verse con cualquier cliente o proveedor. Y es claro que todos estos supuestos deberían ser acogidos vía art. 156.2.c LGSS.

Al margen de lo anterior, poco se puede decir más allá de que la persona teletrabajadora podría sufrir un accidente laboral —pese a lo difícil que resulte imaginar algunos— en cualquiera de los demás supuestos que prevé el punto 2 del art. 156 LGSS, y que habría de dársele, al menos *a priori*, el mismo tratamiento que al acaecido a un trabajador presencial. Por lo pronto, hay que hablar de los siniestros producidos "con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como de los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos". Se hace obvio que un teletrabajador puede ser representante unitario o sindical en tanto que la Ley Orgánica 11/1985[57] no dice lo contrario. En supuestos de teletrabajo a tiempo completo estas tareas de representación serían desempeñadas de manera particular: el representante estaría en su domicilio; lo cual no quita que si este sufriera un accidente o una enfermedad de súbita aparición mientras las ejerce se estaría frente a una contingencia profesional.

De otro lado, también habrían de serlo los "acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo". Y a este respecto se suscita, cuando menos, una pregunta: ¿sería contingencia profesional la sufrida en acto de salvamento por un teletrabajador domiciliario que observa desde la ventana de su puesto un accidente de tráfico y baja a socorrer a los posibles heridos? En opinión de quien escribe, sí.

Lo mismo cabe afirmar sobre los supuestos contenidos en las letras f y g del art. 156.2 LGSS. Tanto las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad que se agraven a consecuencia de un accidente, como las denominadas enfermedades intercurrentes, podrían sucederle a la persona teletrabajadora y habrían de calificarse como contingencia profesional en los mismos términos que para un empleado que desempeñe sus funciones de manera presencial.

[56] La LTD permite que sea la propia empresa la que facilite el material o que se establezca mediante negociación colectiva otra fórmula de compensación de gastos (art. 12).

[57] De 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Huelga decir que la imprudencia profesional o simple del accidentado, que derive de la habitualidad de las tareas o la pericia adquirida, no quiebra la relación de causalidad exigida por el concepto de accidente de trabajo. Como tampoco lo hace la "concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero" (art. 156.5 LGSS).

5. CONCLUSIONES

La inexistencia de una regulación específica sobre el accidente de trabajo de las personas teletrabajadoras ha generado una incertidumbre y unas lagunas —en lo que respecta a calificar una contingencia como profesional o común— que no se han terminado de resolver con las escasas sentencias emitidas. Como se ha abordado en estas páginas, los parámetros de tiempo y lugar de trabajo quedan difuminados, y hasta a veces opacados al control, por la flexibilidad experimentada en estas relaciones laborales y por el hecho de que se desarrollen en un territorio exclusivo y excluyente del profesional: la inviolabilidad de su domicilio.

Así, los pronunciamientos vertidos hasta el momento han tenido que aplicar por analogía lo construido a lo largo de más de un siglo por el TS, a propósito de qué ha de entenderse como accidente laboral para con los trabajos desempeñados de manera presencial. Y, por el momento, estas resoluciones han girado en torno a la aplicación o no de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, en su mayoría con respuesta estimatoria. A este punto, se ha de convenir en que resulta crucial para las posibilidades de aseveración de que una lesión acontece en tiempo y lugar de trabajo la existencia de una herramienta informática para el control empresarial, tanto del registro de inicio y finalización de jornada como del desempeño realizado por la persona teletrabajadora; máxime cuando el intérprete judicial está determinado a valorar esta casuística preguntándose qué habría de resolverse si se tratara de un profesional presencial, siendo este un contexto tan particular y tan difícil de fiscalizar.

Con todo, y mientras no se acometa una especificación legal a este respecto, desde aquí se comparte la línea de las sentencias que, en casos de duda razonable, presuponen la veracidad del relato del teletrabajador, en lugar de cargarle con la prueba de que el daño sucedió en el lugar, durante el tiempo, y con ocasión o por consecuencia del trabajo. Se rechaza, pues, la interpretación efectuada por la STSJ de Galicia, de 25 de febrero de 2023, en orden a no considerar accidente laboral una lesión de hombro por no constar acreditado que esta acaeciera o se desencadenara en el domicilio, pues "los correos se pueden mandar desde cualquier lugar, y aunque ocurriera en el domicilio, no se acredita que fuera en el lugar donde se 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". Ello, en solución que contrasta con la lógica del resto de sentencias analizadas, en tanto que parte de una visión restrictiva del lugar de trabajo —la cual tampoco se comparte— y en tanto que aboca a la persona teletrabajadora a una prueba imposible de que la lesión se produjo a causa del trabajo. Cómo hubiera podido acreditarse con tal escrupulosidad es algo que la sentencia referida no se ha atrevido a concretar. ¿Instalando cámaras en el puesto de trabajo? ¿Pagadas por la empresa o por el propio trabajador? Y en cuanto a los accidentes sufridos en otros lugares del domicilio a los que se acuda para satisfacer necesidades fisiológicas o para realizar los descansos periódicos a que se tiene derecho, ¿estos quedarían sin proteger o habrían de instalarse también cámaras en la cocina o el cuarto de baño?

En lo que respecta a los accidentes *in itinere*, se barrunta que esta será la próxima cuestión sobre la que se tenga que pronunciar la jurisprudencia en estos menesteres. Poca o ninguna duda ofrecen los supuestos en los que el teletrabajador se desplace al centro físico al que esté adscrito

—por teletrabajar solo parte de la jornada semanal, o para recibir acciones formativas o pasar reconocimientos médicos— o a un espacio *coworking*. Y en lo que atañe a la extensión de la cobertura de este tipo de siniestros a los desplazamientos que, de manera indirecta, sean efectuados con ocasión de la actividad ejecutada, llevada a cabo de la STS de 26 de diciembre de 2013, se apuesta por su extrapolación total al teletrabajo. Es decir, que los accidentes sufridos durante los trayectos de vuelta al domicilio en el que se trabaja a distancia realizados un domingo por la tarde, por ejemplo, desde una segunda residencia o desde la casa en la que se ha estado visitando a familiares habrían de ser considerados contingencia profesional. Y lo mismo cabe decir, a juicio de quien escribe, para los siniestros acontecidos llevando a los hijos al colegio, o volviendo, antes de incorporarse al puesto de teletrabajo, si se atiende a la lógica desplegada para con los trabajadores presenciales.

En otro orden de cosas, se aprecia cierta contradicción entre los puntos 1 y 2 del art. 16 LTD. El primero de ellos dispone que la evaluación del puesto de trabajo debe circunscribirse a "la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia". Se entiende la lógica de esta decisión legislativa, de un lado por la voluntad de limitar la responsabilidad objetiva del empresario y reducir el fraude, de otro para no resultar excesivamente invasivos en el domicilio del particular. Así, las obligaciones preventivas de la empresa se acotan al estricto lugar especificado en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7.f LTD); y por ello los cuestionarios de autoevaluación que los servicios de prevención remiten a los teletrabajadores, en su mayoría, no hacen referencia alguna a otros espacios del domicilio en los que el profesional se pueda ver de manera eventual a lo largo de su jornada. Lo cual choca de manera frontal con lo establecido por el art. 16.2 LTD, en orden a recabar "toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza". Algo tendrá que decir el legislador también a este punto, pues en la práctica se están evidenciando limitaciones a la hora de gestionar estos menesteres, así como en la depuración de responsabilidades. Desde el punto de vista del empresario, parece justo que sus obligaciones se amolden al contexto, de manera que no tenga que cargar con responsabilidades ficticias o desmedidas, pero tampoco procede desentenderse de la realidad observada por no existir facultades de control o intervención. Una parte de la doctrina laboralista ha propuesto que las entidades aseguradoras introduzcan un régimen de protección que permita la cobertura privada de los riesgos domésticos[58].

Y sin dejar de hablar del espacio de trabajo, se aboga por no dar una interpretación rigurosa al art. 7.f LTD, por cuanto se refiere en singular al "lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia". Ello limitaría las posibilidades de flexibilidad para con estos profesionales o, cuando menos, desprotegería una cantidad de potenciales accidentes *in itinere* acaecidos a profesionales que optaran por trabajar tanto en el domicilio propio como en centros de teletrabajo, o en segundas residencias. Eso sí, con el propósito de evitar fraudes, en el acuerdo de trabajo a distancia habría de especificarse cuándo se van a desempeñar funciones en un lugar o en otro, así como comunicarse por escrito —un *mail* podría valer— todas las variaciones locativas que vayan a tener lugar por la circunstancia que sea.

Finalmente, ante este escenario, se considera imperativa una acción del legislador —en lugar de esperar a la intervención unificadora del TS— que concrete cómo se ha de dar solución a la variedad de casos que se van a seguir produciendo. Venga de donde venga, se espera que el golpe de timón se dé en dirección a adoptar una visión amplia de los parámetros tiempo y lugar de trabajo, y no haga de menos a los trabajadores a distancia. La LTD hubiera debido definir el accidente de trabajo del teletrabajador, de la misma manera que ya existe un concepto específico de accidente laboral para el trabajador autónomo y para el TRADE; y levantar los contornos delimitadores de cuándo

[58] Por ejemplo, de las Heras García, A., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2021, p. 193.

una contingencia es profesional y cuándo es doméstica. Ello habida cuenta de que esta modalidad de prestación de servicios no sigue el mismo canon ni funciona conforme a los mismos parámetros de control que las relaciones laborales típicas. En su defecto, el precepto lógico a retocar podría ser el art. 156 LGSS.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R., "Accidente de trabajo y teletrabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002.

Aragón Goméz, C., "El teletrabajo en la negociación colectiva", *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización* (coord. Escudero Rodríguez, R.), Madrid, CCOO y Cinca, 2010.

Arufe Varela, A., "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", *IV Congreso Internacional y XVII Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Murcia, Laborum, vol. 1, 2020.

Ayerra Duesca, N. J., "Lagunas en torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo", *Revista de relaciones laborales Lan Harremanak*, nº 48/2022.

Brindusa, A., Cozzolino, M. y Lacuesta, A., "El teletrabajo en España", *Artículos analíticos. Boletín Económico del Banco de España*, nº 2, 2020.

Cervilla Garzón, M. J. y Jover Ramírez, C., "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4/2015.

Corrêa Gomes Cardim, T.: "De la hiperconexión del trabajador a la esclavitud digital: riesgos psicosociales y desafíos de la conciliación entre tiempo de trabajo y vida privada", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, nº 1/2023.

de las Heras García, A., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2021.

EUROFOUND y OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Santiago de Chile, 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_723962.pdf.

Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales", *IUSLabor*, nº 1/2023.

Gala Durán, C., "Teletrabajo. La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020). Accidente laboral", *La Administración Práctica*, nº 7/2021.

García Murcia, J., "El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo", *Accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* (dir. Ortiz Castillo, F.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2020.

García Torres, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1/2022.

González, Díaz, F. A.: "Buenas prácticas en el teletrabajo: priorizando la salud de los trabajadores", en *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa* (dir. Fernández Collados, M. B.), Pamplona, Aranzadi, 2022.

Igartua Miró, M. T., "Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 3/2021.

Infojobs: "El 82% de los trabajadores españoles responden llamadas o emails fuera del horario laboral", 2021. Disponible en https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-82-de-los-trabajadores-espanoles-responden-llamadas-o-emails-fuera-del-horario-laboral.

Lahera Forteza, J., "Obligaciones formales y contenido del acuerdo de trabajo a distancias", *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre* (dirs. Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X.), Madrid, Wolters Kluwers, 2021.

López Fernández, R., "La desconexión digital como escudo frente a los riesgos psicosociales derivados del teletrabajo", *VII congreso internacional y XX congreso nacional de la AESSS. Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital*, Murcia, Laborum, 2023.

Montesdeoca Suárez, A., "Un análisis del accidente de trabajo sufrido por la persona teletrabajadora en su domicilio – Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Sevilla 529/2021", *IUSLabor*, nº 1/2023.

Montoya Medina, D., "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 243/2021.

Moreno Romero, F., "Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo", *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre* (dirs. Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X.), Madrid, Wolters Kluwers, 2021.

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

Poquet Catalá, R., "El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. VI, nº 2/2021.

Rodríguez Cardo, I. A., "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", *Temas Laborales*, nº 166/2023.

Sánchez Pérez, J., "El controvertido encaje como accidente de trabajo del estrés laboral y la depresión", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 465/2021.

Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo", *Noticias CIELO*, nº 1/2023.

Selma Penalva, A., "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", *Temas Laborales*, nº 134/2016.

Sevila Sánchez, J. J., "Teletrabajo y accidentes de trabajo", *Noticias CIELO*, nº 1/2023.

Taléns Visconti, E. E., "La jornada laboral en el trabajo a distancia", *El Trabajo a Distancia en el RDL 28/2020* (dir. López Balaguer, M), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Neurodiversidad, trastorno del espectro autista y prestación para el cuidado de menores con enfermedad grave

Neurodiversity, autism spectrum disorder, and caregiving for severely ill children

Isabel Marín Moral *Doctora en Derecho. Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo. Universidad Francisco de Vitoria*
https://orcid.org/0000-0002-1515-5326

Cita Sugerida: MARÍN MORAL, I.: «Neurodiversidad, trastorno del espectro autista y prestación para el cuidado de menores con enfermedad grave». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 89-112.

Resumen

La solicitud de la prestación para el cuidado del menor con enfermedad grave en caso de menores autistas ha suscitado debate debido a diversas consideraciones. En primer lugar, la normativa no aborda específicamente el autismo como una enfermedad, reflejando así la terminología médica que lo conceptualiza como una expresión de la neurodiversidad.

Por otro lado, los menores autistas no necesariamente requieren ser ingresados en un centro médico y la necesidad de atención y el cuidado varía considerablemente según las necesidades individuales de cada uno.

La existencia de estos requisitos y su interpretación por las entidades gestoras genera una significativa disparidad en los criterios de reconocimiento, incluso en casos en los que el menor cuenta con un grado de discapacidad oficialmente reconocido. Por ello, en aras de la igualdad y la equidad, la defensa del menor y la conciliación familiar, es preciso abordar la necesidad de cambios normativos.

Palabras clave

neurodiversidad; autismo; enfermedad grave; CUME; subsidio; conciliación; hospitalización

Abstract

Applying for childcare allowance for severely ill children with autism has sparked debate due to various considerations. First, the regulations do not specifically address autism as an illness, thus reflecting the medical terminology that conceptualises it as an expression of neurodiversity.

Meanwhile, autistic children do not necessarily require admission to a medical centre and the need for care and attention varies considerably according to the individual needs of each child.

The existence of these requirements and their interpretation by the responsible bodies trigger a significant disparity in recognition criteria, even in cases in which the minor has an officially recognised degree of disability. For this reason, in the interest of equality and equity, the defence of minors, and work-life balance, it is necessary to address the need for regulatory changes.

Keywords

Neurodiversity; autism; severe illness; care of ill children; subsidy; work-life balance; hospitalisation

1. INTRODUCCIÓN[1]

El reconocimiento del subsidio para el cuidado de menores con cáncer o enfermedad grave (CUME), que están ingresados en el hospital o precisan atención continuada en el domicilio, ha representado un alivio para los progenitores, adoptantes o acogedores trabajadores que tienen la posibilidad de acceder a la reducción de jornada, con el mínimo del 50% por esta razón, sin que sus ingresos salariales se vean afectados, ya que, a pesar de que la reducción conlleva una disminución proporcional del salario, el subsidio sirve como compensación para mitigar dicha pérdida económica.

[1] Este estudio se incluye en el proyecto interno de investigación UFV2023-10, con título "Respuestas jurídicas al fenómeno de la vulnerabilidad: el acceso a la justicia de las personas vulnerables".

Fecha Recepción: 13/02/2024 - Fecha Revisión: 11/3/2024 - Fecha Aceptación: 12/03/2024
Pags. 89-112

El acceso a la prestación por los progenitores, adoptantes o acogedores trabajadores de menor con autismo es incierto en la mayor parte de los casos. Por un lado, el trastorno del espectro autista (TEA) se considera por la doctrina médica actual como una "condición que forma parte de la neurodiversidad[2]" y no como una enfermedad grave que, además, no está expresamente incluida en el listado del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Por otro lado, en caso de considerarla equivalente a una enfermedad no existen criterios uniformes para determinar cuándo es grave y generar con ello seguridad jurídica ni a los solicitantes ni a las entidades gestoras.

La norma exige también la hospitalización de larga duración o cuidado domiciliario posterior, lo que en el caso del autismo se torna casi imposible dado que ni su diagnóstico ni seguimiento obliga a una hospitalización previa, lo que permite que las entidades gestoras se acojan a este requisito para denegar la prestación, dejando a los posibles beneficiarios obligados a iniciar un procedimiento judicial.

Por otro lado, para ser beneficiario de la prestación el menor ha de precisar de cuidado directo, continuo y permanente, por lo que el informe médico adopta una especial relevancia. Este informe deja también mucho margen a los médicos y, por tanto, puede afectar al reconocimiento de la prestación.

La norma que regula el CUME no hace referencia a la discapacidad, sin embargo, en muchos casos el menor autista tiene el reconocimiento de una discapacidad con base en un procedimiento donde existe un baremo claro que los médicos deben aplicar, razón por la que se debería reflexionar sobre si considerar el grado de discapacidad reconocido como suficiente para el reconocimiento de la prestación, cuestión hasta ahora no abordada.

Al margen de la calificación del autismo como enfermedad grave o como manifestación de la neurodiversidad, lo cierto es que los progenitores, adoptantes o acogedores de hijos autistas deben cuidarles de forma continuada, asistir al médico de forma constante y hacer un seguimiento psicosocial, con el fin de que puedan, con dedicación y trabajo, poder desarrollar herramientas que les permitan interaccionar en sociedad. En muchos casos los menores tienen reconocida la discapacidad con más de un 33% y por ello es preciso revisar el estado actual normativo para asegurar que los trabajadores con niños diversos puedan también, de forma transparente y segura, ser beneficiarios de la prestación CUME y así poder conciliar la vida laboral y familiar, proteger al menor y facilitar la igualdad de género a fin de que no sea la mujer la que deje el trabajo para cuidarlo.

En este artículo se busca realizar un análisis de la situación actual del subsidio, la evolución habida y las posibles soluciones para que sea aplicable de forma transparente en casos de neurodiversidad.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SUBSIDIO PARA EL CUIDADO DE MENORES CON ENFERMEDAD GRAVE (CUME)

El subsidio para el cuidado de menores con enfermedad grave se contempló por primera vez en el artículo 135 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (derogado), con modificación incorporada en la Disposición final vigésima de la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado. Se trataba de una ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social consistente en

[2] A lo largo de este estudio se incluyen referencias médicas sobre este concepto. Además, está ampliamente aceptado por la sociedad: Espacio autismo: https://www.espacioautismo.com/el-autismo-no-es-una-enfermedad-es-una-condicion-que-significa/

el reconocimiento de una nueva prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave[3]. Es una prestación periódica temporal de naturaleza contributiva que, como dice Fernández Orrico[4] "no busca tanto resarcir al beneficiario por la falta de recursos económicos suficientes, sino compensarle con una renta sustitutiva del salario que deja de percibir el beneficiario por la reducción de la jornada laboral con un mínimo del 50 por 100, que dedica a cuidar al menor". La justificación de esta prestación es, como sostuvo la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2014 (Rec. 1698/13): "facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y, en buena medida, hacer realidad así el mandato contenido en el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna acerca de la protección integral de los hijos, en este caso los menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, quienes, bien mirado, son los verdaderos causantes del subsidio litigioso, por mucho que los beneficiarios del mismo sean los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, y también de la familia. (Fundamento Jurídico 15)"

Actualmente su regulación se incluye en el capítulo X, arts. 190 y ss., del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), siendo esta medida un reconocimiento expreso del legislador de la importancia que supone el cuidado del menor directamente por su progenitor o tutor y el incuestionable posicionamiento del Estado en apoyo de ese cuidado[5]. Es, por tanto, una medida de Seguridad Social dirigida a facilitar la conciliación laboral y familiar, que enlaza directamente con las responsabilidades de todo progenitor[6] a cuidar de sus hijos, de modo que el disfrute no cause un perjuicio al beneficiario[7] y así poner las bases de una mayor igualdad entre hombres y mujeres[8], ya que conforme sostiene la Directiva 2019/1158 de 20 de junio 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, "se ha demostrado que tener

[3] Esta prestación es diferente a la reconocida en el art. 351.a) 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. Se trata de una prestación no contributiva y cuyo importe anual, que es fijo, se establece en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. En la actualidad (enero 2024) la prestación por hijos o menores 18 años a cargo, con una discapacidad igual o superior al 33% tiene una cuantía de 1000,00 euros anuales por hijo (83,33 euros mensuales). No se exige en estos casos límite de recursos económicos al tratarse de una persona con discapacidad. Sobre esta prestación véase: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10967/27924/27936#27949

[4] Fernández Orrico, F. J., "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 344, pág. 127.

[5] Una de las grandes cuestiones en torno a la necesidad de cuidado de personas enfermas, en especial menores, es el impacto que crea en materia de desigualdad social, cuestión que ha sido tratado por Durán Heras, M. A.: *Desigualdad social y enfermedad*, Tecnos, 1983.

[6] Dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada, de 28/06/2017 Rec. 77/2017 que: "Ni que decir tiene que existe dentro de los parámetros de cualquier paternidad responsable, un cuidado directo, continúo y permanente por parte de los titulares de la patria potestad, pero no se trata de este tipo de asistencia por la norma, sino de otra atención más específica, concreta y particular, referida a riesgos y contingencias en las que existe un necesario, inmediato y personal cuidado hacia el menor, ligado o vinculado de forma inexcusable a su padecimiento, y que implica no tanto una asistencia benefactora, como otra inexcusable, propia de la experiencia de las relaciones humanas y filiales".

[7] Aguilera Izquierdo, R.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, págs. 313 y ss.
Las dificultades de la conciliación y corresponsabilidad y, por tanto, la necesidad de prestaciones como el CUME, se analiza por Ballester Pastor, M. A.: "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*". Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, n.º 25, mayo de 2012, doi:10.1387/lan-harremanak.6172.

[8] Cristóbal Roncero, R.: "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, pág. 115 y 116.

un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo" (Considerando 10).

Esta prestación resuelve el problema económico que supone reducir la jornada por cuidado de menor por concurrencia de determinadas razones de salud en el menor al contemplarse en el art. 37.6 ET que la reducción conlleva inexcusablemente la reducción de la parte proporcional del salario. Con esta prestación se pretende que la reducción por cuidado de hijo con cáncer o gravemente enfermo no suponga un castigo económico por la reducción de salario apoyándose al cuidador para que no se ve en la tesitura de tener que abandonar su trabajo para dedicarse a su hijo. Se cumple así con lo que ha establecido el Tribunal Supremo en relación con las reducciones de jornada para cuidado de menor al afirmar que "el art. 37.6 ET forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia", siendo "esta finalidad la que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa"[9].

El desarrollo y el establecimiento de criterios de aplicación de la prestación se realiza a través del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (en adelante Real Decreto 1148/2011). Esta normativa que ha acometido diferentes reformas, que no logran resolver los problemas reales de aplicación existentes. La última reforma se realizó el 19 de julio de 2023 y en ella:

— Se amplía la prestación económica hasta los 23 años cuando, alcanzada la mayoría de edad, persistiera el padecimiento del cáncer o la enfermedad grave, diagnosticada anteriormente, y subsistiera la necesidad de hospitalización, tratamiento y cuidado durante el mismo, en los términos y con la acreditación que se exigen en los apartados anteriores.

— Se permite solicitar la prestación siempre que se haya diagnosticado la enfermedad antes de alcanzar la mayoría de edad y reconocer la prestación hasta que el causante cumpla 23 años.

— Se amplía el mantenimiento de la prestación económica hasta que el causante cumpla 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

— Se aclara que sólo uno de los progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, aunque el otro no trabaje, podrá tener derecho a percibir la prestación, estableciéndose un reconocimiento preferente a favor de la persona que conviva con el enfermo en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género.

— Se impone la obligación de informe previo del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, para extinguir la prestación por cese del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o de la persona sujeta a acogimiento de carácter permanente o guarda con fines de adopción, además, de cuando el enfermo cumpla los 23 años o 26 en el caso de haber acreditado el grado de discapacidad requerido.

[9] SSTS 20 julio 2000 y 11 diciembre 2001.

Se trata de una prestación necesaria y con aceptación por parte de las personas trabajadoras afectadas[10], si bien, se hace necesaria una reflexión sobre una posible y necesaria de revisión normativa en relación con los requisitos, dado que puede generar dudas y desigualdades en el acceso cuando existe neurodiversidad en el menor, como en la persona autista.

3. LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA CUIDADO DE MENOR CON CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE COMO REQUISITO PARA LA PRESTACIÓN CUME

El primer requisito que ha de cumplir el solicitante del CUME es tener reconocida la reducción de jornada para cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave tal y como contempla el art. 37.6 ET, que se contempla a la persona trabajadora, ya esté en el régimen general de la Seguridad Social, de Autónomos, del Carbón o del Mar[11].

En estos casos, la regla general de reducción de jornada para cuidado de menor[12] cambia cuando el menor tiene cáncer o una enfermedad grave que precise el ingreso hospitalario y la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, en cuyo caso se reconoce el derecho a la reducción, con pérdida de la parte proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de la jornada, lo que supone una reducción entre un 50% y un 99,9% de la jornada. Esta reducción tiene su impacto económico en el salario de la persona trabajadora, razón por la cual se crea el llamado subsidio para el cuidado de menores con enfermedad grave (CUME), que busca suplir esa pérdida.

[10] De acuerdo con las estadísticas publicadas por la Seguridad Social relativas al año 2023, se iniciaron en el período 4.199 peticiones de inicio de reconocimiento del CUME a los diferentes organismos gestores (INSS, ISM y mutuas) y en los regímenes de seguridad social: general, autónomos, del carbón y del mar. Se han finalizado poco más de la mitad de los expedientes, 2.262, y había 791 procesos en vigor al finalizar el año. Es interesante comprobar el total de días indemnizados, que asciende a 3.226.606 días, permite atestiguar que se trata de una prestación, o bien desconocida o bien con difíciles barreras de reconocimiento, a pesar de su necesidad para poder, por un lado, compaginar la vida laboral y familiar, apoyar a la mujer en cuanto que tradicionalmente ha sido la cuidadora de los hijos y, por otro, para atender de la necesidad de apoyo de los menores para mejorar en su desarrollo infantil. A pesar de ello, el costo medio diario es de 55.04€ lo que supone un gasto anual de casi 168 millones de euros. https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2503/bd527c4e-2e3e-493d-80dd-7c5d0a90f099

[11] Los empleados públicos tienen derecho a la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave en virtud del art. 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Si bien, a diferencia de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, se reconoce expresamente que el derecho a la reducción conlleva la percepción de las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, Por tanto, aun no existiendo una regulación como el CUME sí existe la prestación. Por ello, cuestiones como la escolarización se plantean en el momento del reconocimiento de la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave. En estos casos el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, en Sentencia 88/2020 de 3 Feb. 2020, Rec. 1272/2019, considera que no cabría la posibilidad de que el menor autista que va al colegio pueda generar a los padres la reducción. En este caso el menor tenía una discapacidad del 68% y movilidad reducida, pero el tribunal consideró que el horario de los padres, ambos profesores, coincidía con el del menor, considerando que esa reducción no es "para el cuidado" de la niña, sin perjuicio de que lo necesite, ya que en ese tiempo su cuidado está delegado en el centro escolar. Con igual criterio que el contenido en la sentencia de Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2017, y la TSJ la Comunidad de Valencia de 7 de febrero de 2018, insiste en que "ese tiempo de reducción no está diseñado como tiempo de descanso, sino como tiempo en el que el funcionario no puede prestar su servicio a la administración porque se está encargando del cuidado de su hijo". En sentido contrario, la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1335/2022 de 20 octubre 2022, Rec. 3974/2020, dictada en casación,
Como argumento la administración mantiene que la escolarización del menor, hecho incuestionado, no dispensa a los padres de la atención permanente que exige el precepto ni justifica el permiso en que los padres tienen que acudir a sesiones de formación y que deben llevar y recoger a la menor en el centro.

[12] Cuando se reduce la jornada laboral, el salario también se reduce en proporción, aunque puede haber mejoras establecidas por el convenio colectivo aplicable. Existen límites tanto en la edad del menor que necesita cuidado (hasta los 12 años) como en el porcentaje de reducción de la jornada laboral, que ha de ser entre un octavo y un máximo de la mitad de la duración de jornada.

El texto legal dice expresamente que la reducción de jornada se plantea "para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente". En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 568/2016 de 28 junio 2016, Rec. 80/2015[13].

Por tanto, los requisitos para pedir la reducción son[14]:

— Finalidad: la reducción es para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a cargo con la enfermedad.

— Condición de salud: El menor debe estar afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y ha de requerir necesidad de su cuidado directo[15], continuo y permanente. No existe un listado de enfermedades que deba aplicarse, ni especifica cómo se ha de entender que la enfermedad es grave, más allá de su valoración por un médico del sistema público.

— Procedimiento: la necesidad de cuidado debe estar acreditada en un informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente.

Para poder acceder a la prestación CUME es preciso, conforme al art. 2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que:

— Se haya solicitado la reducción de jornada por cuidado de menor enfermo conforme a lo establecido en el art. 37.6, párrafo tercero ET.

[13] El Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, en sentencia 568/2016 de 28 junio 2016, Rec. 80/2015, reitera la finalidad de la prestación tal y como consta en la exposición de motivos del RD 1148/2011, de 29 de julio y atendiendo a la literalidad de la normativa aplicable (art. 190 y ss. TRLGSS y art. 2 RD 1148/2011, de 29 de julio) señalando que la finalidad del CUME no es otra que "compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, fuera del centro hospitalario, por lo que el subsidio viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras".

[14] Sobre la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave, entre otros, véase Mella Méndez, L. "La reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo, Bormazo*, 2012, págs. 201-2022; Lousada Arochena, F. "Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Actualidad laboral*, N.º 8, 2011, pág. 2 y ss., y Poquet Catalá, R. "Últimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º. 134, 2018 (Ejemplar dedicado a: Seguridad Social), págs. 85-106.

[15] STSJ Cantabria de 14 de febrero 2023 "La hipótesis de cáncer comprende, por disposición legal directa, tanto "tumores malignos" como "melanomas" y "carcinomas"; la enfermedad grave se utiliza en cambio como concepto general y abierto, aunque el reconocimiento de la prestación económica de seguridad social se limita a las enfermedades reglamentariamente descritas (art. 3 RD 1148/2011, que remite al Anexo de esa misma norma, actualizable mediante orden ministerial según DF 3ª RD 1148/2011".

— Que lo soliciten las personas progenitoras, guardadoras con fines de adopción, acogedoras de carácter permanente y tutores (que no puedan adoptar al menor). Se limita por tanto quienes pueden solicitarlo ya que el ET solo habla de personas a cargo. Expresamente quedan excluidas otras modalidades de acogimiento familiar.

— Ambos progenitores, guardadores o acogedores deben trabajar o, en el caso de familia monoparental basta con la persona que desempeña dicho cometido.

— El menor debe tener cáncer o enfermedad grave incluida en el anexo del Real Decreto. 1148/2011, por tanto, se limitan los casos.

— Es preciso que el menor tenga cáncer o enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración y requiera su cuidado directo, continuo y permanente durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

— Exista ingreso hospitalario de larga duración, considerando éste la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. Por tanto, no cabría la posibilidad de pedir el CUME si no existe una hospitalización previa.

— La acreditación del padecimiento del cáncer o enfermedad grave y la necesidad del cuidado directo le corresponde únicamente al servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, responsable de la atención del menor. Los servicios médicos privados, en caso de haber sido ellos los que hicieran el diagnóstico y tratamiento del menor, firmarán junto con el servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Debe destacarse que, conforme al art. 7 RD 1148/2011, el derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave va estrechamente ligado a la reducción de jornada solicitada conforme al art. 37.6, párrafo tercero ET, de modo que el inicio de esta determina el plazo para la solicitud del CUME, que es de tres meses desde la fecha en que se produjo la reducción. Cualquier petición posterior tiene el límite de tres meses de retroactividad máxima. En congruencia con ello la petición de la prestación sin estar en reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave determina la denegación de la aquella, tal y como se sostiene en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León sede en Valladolid, de 17/04/2017, Rec. 359/2017.

A la vista de los requisitos expuestos, resulta patente que para poder ser beneficiario de la prestación CUME se ha de tener necesariamente la reducción de jornada laboral por cuidado de un menor afectado por cáncer o enfermedad grave. No obstante, es importante destacar que el mero cumplimiento de este requisito no garantiza automáticamente el acceso a dicha prestación, ya que se establecen condiciones adicionales más rigurosas para su percepción. Entre estas condiciones se incluye la exigencia de que ambos progenitores estén empleados, la inclusión de la enfermedad en el anexo del Real Decreto 1148/2011, la necesidad de que el período de hospitalización sea prolongado o que haya habido ingresos hospitalarios previos, así como y la obligación de firma del médico privado, junto con el público, si el diagnóstico y tratamiento ha sido realizado por aquel. En consecuencia, los requisitos para acceder a la prestación CUME son considerablemente más exigentes.

4. LA ENFERMEDAD GRAVE Y EL AUTISMO

Para generar derecho a la prestación CUME es necesario que el autismo[16] del menor que precisa el cuidado tenga la consideración de enfermedad grave. El Real Decreto 1148/2011[17] delimita cuáles son las enfermedades graves que dan derecho a la prestación, entre las que no se encuentra expresamente el autismo.

Desde que se aprobó el RD 1148/2011 se ha incidido en que el cuadro de enfermedades que contempla es insuficiente, ya que no deja margen de ampliación de enfermedades distintas a las que en él se recogen. Especialmente se ha puesto el foco en las enfermedades raras, que no dejan de ser también graves, pero también otras discapacidades que exigen un cuidado y atención permanente de los progenitores, adoptantes o acogedores del menor.

La modificación del anexo del RD 1148/2011[18] por Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero modificó el listado inicial de enfermedades y se añadieron otras, denominadas raras, eminentemente infantiles que son tres nuevas patologías pediátricas: la epidermólisis bullosa -comúnmente conocida como piel de mariposa-, el síndrome de Behçet y el síndrome de Smith Magenis. Sin embargo, no se hizo referencia al autismo que tiene una afectación infantil cada vez mayor[19].

Esto obliga a utilizar los enunciados amplios de enfermedades incorporados en la modificación de 2019 para poder encajar enfermedades diversas y, también, el autismo que, de forma muy forzada, cuando se reconoce el derecho, se hace en el marco del art. 35 bis que incluye "Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio" y ello a pesar de que el autismo, como se verá no es propiamente una enfermedad.

Sobre si procede o no aplicar el CUME en caso de menor autista el Gobierno de España en 2020 respondió en el Congreso de los Diputados una pregunta del Partido Popular[20] afirmando que "En este caso concreto, se indica que las patologías que integran el grupo de trastornos del espectro autista cabrían ser incluidas en el apartado 35 bis". Y añade que "se precisa indicación expresa facultativa de que el menor precisa de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio, en cuyo caso tanto las entidades gestoras como colaboradoras reconocerán el derecho a la prestación", y concluye que "no cabría entender que se produce la "posible discriminación" en el caso de niños afectados por TEA".

---

[16] Sobre la evolución de la clasificación del autismo: Garrabé De Lara, J.: "El autismo. Historia y clasificaciones", *Salud Mental*, Vol. 35, No. 3, mayo-junio 2012, págs. 257-261.

[17] En este sentido: Rivero Morón, S. "Comentarios al Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la seguridad social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Noticias Jurídicas*, 01/12/2011, https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4723-comentarios-al-real-decreto-1148-2011-de-29-de-julio-para-la-aplicacion-y-desarrollo-en-el-sistema-de-la-seguridad-social-de-la-prestacion-economica-por-cuidado-de-menores-afectados-por-cancer-u-otra-enfermedad-grave/ .

[18] En este sentido: Rivero Morón, S. "Comentarios al Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la seguridad social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", Ob. Cit.

[19] Confederación de Autismo de España, "Se confirma el aumento de personas con autismo" incluye estadísticas: https://autismo.org.es/se-confirma-el-aumento-de-personas-con-autismo-identificadas-en-espana/, Recuperada el 3 de enero 2024.

[20] Congreso, (184) Pregunta escrita Congreso 84/12248, de fecha 07 de mayo de 2020, https://www.congreso.es/entradap/l14p/e3/e_0038176_n_000.pdf Recuperada el 10 de diciembre de 2023

A la vista de lo expuesto, una aplicación literal de la norma vigente (en línea con lo que sostiene el Gobierno) conduce a que en el expediente incoado por el progenitor, adoptante o acogedor del menor autista cuando solicite el CUME acreditase que el autismo es una enfermedad grave, que haya una indicación expresa facultativa y que el menor precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.

Todo ello en el autismo es complejo y ello determina diferentes formas de afrontar la ayuda con las consiguientes discriminaciones, sin perjuicio de la necesidad de valorar cada caso de forma individualizada por sus extremadas particularidades.

El primer problema que se afronta es verificar si el autismo es una enfermedad.

4.1. La neurodiversidad: cuando la enfermedad pasa a ser condición

4.1.1. El concepto de enfermedad

El concepto de enfermedad no es pacífico y ha evolucionado a lo largo de la historia[21]. Si bien es un término que incorporamos a nuestro día a día como algo que difícilmente es cuestionable (se está sano o enfermo), la realidad es otra ya que existe, por un lado, un concepto médico diferente del coloquial y, además, una evolución en cómo se entiende la enfermedad derivada de cuestiones culturales.

La OMS define enfermedad como "Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible"[22]. Hay autores que definen la enfermedad como "una alteración manifiesta de la homeostasis en cualquier sector o unidad funcional[23]", otros entienden relevante la diferencia entre enfermedad y disfunción entendiéndose que existe esta cuando "hay un desarreglo o alteración en el funcionamiento de un sistema u organismo determinado en alguna de las operaciones que le correspondan[24]" y otros inciden en que se está ante una enfermedad cuando hay un diagnóstico realizado por un profesional médico y hay un tratamiento, si bien se reconoce que existe una gran ambigüedad en el significado de enfermedad[25].

A pesar de ello, se ha tendido a lo largo de la historia a categorizar las enfermedades y para ello se tienen en cuenta según sus características y mecanismos subyacentes, de ahí que se hable de enfermedades infecciosas, crónicas, degenerativas, genéticas, entre otras.

---

[21] El concepto de enfermedad ha experimentado una evolución significativa a lo largo de la historia, pasando de explicaciones basadas en mitos y supersticiones a un entendimiento más científico y holístico, a partir del SXIX, de la mano de la microbiología y la identificación de agentes patógenos. A lo largo del SXX, se adoptó un enfoque más integral de la salud, que incorporaba aspectos biológicos, psicológicos y sociales. Este enfoque reconoce la interconexión de diferentes factores en la salud y la enfermedad. En los últimos años la evolución gira en torno de la genética y de la salud mental, que se considera indispensable para abordar la salud general.

[22] Organización Mundial de la Salud, "Official Records of the World Health Organization N°2", 1948, https://apps.who.int/gb/or/ . Recuperado el 8 de diciembre de 2023.

[23] Schumacher H R.: "The end of "disease" as a simple concept", *Curr Rheumatol Rep*. 2000;2(4):271-2. http://doi.org/fg64q7 .

[24] Moreno-Leiva, G.M., Álvarez-Zúñiga, M.A. y Arias-Poblete, L.E.: "Una visión compleja sobre la etiología de las enfermedades", *Revista de la Facultad de Medicina*, 2019 Vol. 67 No. 1, 97-101, https://doi.org/10.15446/revfacmed.v67n1.64840

[25] Campbell, E. J. M J., Scadding G. y Roberts R. S., "The Concept of disease", *The British Medical Journal* Vol. 2, No. 6193, 1979, pág. 757.

Además, el concepto de enfermedad no solo abarca el aspecto físico, sino también el mental, emocional y social, reconociendo la complejidad y la interconexión de diversos factores que influyen en el bienestar de un individuo. Por ello, desde finales del S.XIX se incorporó al listado de categorías las enfermedades mentales, que no siempre han sido consideradas como tal, habiendo existido un cambio gradual en su comprensión científica de la mano de la evolución de la psiquiatría moderna que lleva, en el momento actual a quitar la etiqueta de enfermedad a determinadas patologías, como el autismo, pero que sigue manteniendo en los manuales de psiquiatría.

En virtud de lo expuesto, puede inferirse que, en consideración a la evolución del concepto de enfermedad, el término asignado a la patología médica tiene implicaciones de diferentes tipos, como se evidencia en el caso del autismo. Además, se constata un progreso constante en la conceptualización de lo que debe entenderse por enfermedad, en consonancia con la noción de la persona, destacándose la relevancia de los aspectos culturales y sociales en este proceso.

4.1.2. El autismo ¿es enfermedad? Una apuesta por la justicia social y la diversidad

La evolución del concepto de enfermedad refleja tanto los avances en la comprensión científica como los cambios en la forma en que la sociedad percibe la salud y la enfermedad, pero también influye el concepto de persona, tal y como ocurre en el caso del autismo o el trastorno autista (TEA). Si bien queda incluido en el "Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la American Pychiatric Association"[26], el autismo ya no tiene la consideración de enfermedad, considerando a las personas con autismo como una variante natural de la diversidad humana. La razón para este cambio conceptual es que en lugar de buscar una "cura" (que es el fin al que se tiende cuando hay una enfermedad), se persigue comprender, aceptar y apoyar a las personas autistas en función de sus necesidades individuales, respetando a la persona con sus diferencias. Por tanto, se considera el autismo como una condición que forma parte de la neurodiversidad.

Por otro lado, la Clasificación Internacional de Enfermedades (10ª ed.) de 2018 (CIE-10) utilizada para determinar el grado de discapacidad en España, enuncia enfermedades, pero cuando hace referencia al autismo y otras antes llamadas enfermedades mentales, se refiere a trastornos. Ahí, pueden consultarse trastornos de la alimentación, de ansiedad, emocional… y también el trastorno del espectro autista (F84)[27].

Por tanto, a nivel médico, se evidencia una imperativa necesidad de incorporar el trastorno autista en los manuales y clasificaciones de enfermedades, considerando la necesidad de diagnóstico y tratamiento. Sin embargo, se observa una tendencia generalizada a evitar la terminología de "enfermedad", adoptando de manera prevalente la expresión "trastorno".

La palabra trastorno "en medicina se utiliza para describir una alteración o anomalía de la función física o mental[28]" y, una vez se detecta, el paciente no siempre precisa medicación, dependiendo del trastorno específico, de la gravedad de la condición y de las especialidades del paciente. Es

[26] American Psyquiatric Association, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. https://www.federaciocatalanatdah.org/wp-content/uploads/2018/12/dsm5-manualdiagnsticoyestadisticodelostrastornosmentales-161006005112.pdf . Se ha modificado en esta edición la categoría de trastornos del neurodesarrollo al trastorno del espectro autista, que a su vez incluye el trastorno autista, síndrome de Asperger, trastorno desintegrativo infantil y trastornos generalizados del desarrollo no especificado.

[27] Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría General Técnica *CIE·10·ES Clasificación Internacional de Enfermedades 10ª ed*., Tomo 1: Diagnósticos, 2018 pág. 753. https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/CIE10/CIE10ES_2018_diag_pdf_20180202.pdf

[28] Clínica Universitaria de Navarra, "Qué es un trastorno en Medicina", *Diccionario Médico*, https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/trastorno

posible que el paciente requiera un tratamiento que consista exclusivamente en la implementación de modificaciones en su estilo de vida, prescindiendo así de la necesidad de recurrir a la administración de medicamentos.

Ya pocos hablan de enfermedad y sí de trastornos, condiciones o afecciones diversas que suponen "algún grado de dificultad en la interacción social y la comunicación[29]". Si bien, la persona autista también presenta otras características como patrones atípicos de actividad y comportamiento como pueden ser la dificultad para pasar de una actividad a otra, gran atención a los detalles y reacciones poco habituales a las sensaciones.

Miller[30] explica que el movimiento de la neurodiversidad fue iniciado por Judy Singer, una socióloga australiana que también tenía la condición de autista. Esta socióloga consideraba que la neurodiversidad debía contemplarse como un movimiento de justicia social, para promover la igualdad de lo que ella llamaba "minorías neurológicas", es decir, personas cuyo cerebro funciona de manera atípica, entre los que están los autistas, que tienen fortalezas y limitaciones diferentes. No cabe duda de que los autistas, como las personas diagnosticadas de síndrome de Asperger, pueden desarrollar otras competencias y diferenciarse así de los demás.

Sin embargo, al margen de que la persona autista se pueda considerar neurodivergente es un hecho que su diagnóstico es médico, así como su evaluación y, en ocasiones, precisa tratamiento farmacológico, especialmente destinado para abordar síntomas específicos o condiciones médicas asociadas, como trastornos del sueño, ansiedad, o dificultades en el manejo de la impulsividad, que van dirigidas en gran medida a la mejora de su calidad de vida. Por ello, muchas veces la medicación va unida a un tratamiento más amplio que incluye apoyo terapéutico y educativo.

4.2. La semántica de la norma laboral y su necesaria adaptación

La normativa laboral hace alusión repetidamente a la enfermedad, enfocándose comúnmente en las repercusiones de la dolencia que conduce a la incapacidad laboral[31] o a la exigencia de adecuación del puesto de trabajo. Un ejemplo es cómo se define enfermedad común, en contraposición a la enfermedad laboral o la causada en accidente de trabajo[32]

La noción de enfermedad de nuestras normas está vinculada a un concepto tradicional que actualmente está siendo superado. Este cambio de enfoque cultural y social (pero también científico)

[29] Autismo (actualizado a 15 noviembre 2023). Organización Mundial de la Salud. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/autism-spectrum-disorders

[30] Miller, A. y Chrétien K.: *Devoloping the capacities of children on the autism spectrum*, Jessica Kingsleay Publishers, London and Philadelfia, 2007 https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=QQwQBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=miller+autism&ots=psg88Ke_Iv&sig=RJh9vBtKKH9xIF4AaZmhPvCtYXs#v=onepage&q=miller%20autism&f=false También Jim Sinclair, un activista autista, expresó la idea de que la neurodiversidad debería ser aceptada y celebrada en su ensayo y que no debía patologizarse el autismo, sino que debía respetarse la diversidad neurológica, en "Don't Mourn for Us", 1993 https://philosophy.ucsc.edu/SinclairDontMournForUs.pdf (No llores por nosotros).

[31] Un ejemplo, el art. 169 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 al referirse a la incapacidad temporal hace referencia a "enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo".

[32] "Las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157 determinada por la profesional prevista en el RD 1299/2006, de modo que es común la que no es profesional.": art.158 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.

se orienta hacia la defensa de la autonomía individual de la persona, implicando el reconocimiento y respeto de las formas particulares en que cada individuo puede tomar decisiones y participar en la sociedad. En paralelo, se aboga por la provisión de herramientas, adaptaciones y apoyo personalizado, con el propósito de capacitar a las personas para ejercer su autonomía de manera congruente con sus necesidades y habilidades únicas.

De esta forma lo que antes eran algunas enfermedades, sobre todo mentales o de comportamiento, actualmente han pasado o están pasando a ser condicionantes o trastornos. Es el caso de la persona autista, que no es enferma sino diversa o divergente,

La distinción en la terminología utilizada para describir el autismo, ya sea como una "enfermedad", "condición" o "trastorno" reviste una importancia sustancial, particularmente desde una perspectiva laboral. En tanto que la normativa laboral hace exclusiva mención a la enfermedad y no a la neurodiversidad, es plausible que en ciertos casos los derechos del menor o de sus progenitores, adoptantes o acogedores se vean comprometidos, como en el supuesto de la prestación CUME[33].

En el caso de la reducción de jornada para al cuidado de un menor enfermo grave, su reconocimiento está condicionado a la presencia de cáncer o una enfermedad grave, y para ser beneficiario de la prestación, además, la enfermedad figurar en el listado establecido por el Real Decreto 1148/2011, donde expresamente no se considera el autismo. No se hace referencia a la neurodiversidad como situación protegida para poder ser beneficiario de la prestación. Por ello, la consideración del autismo desde la perspectiva de la neurodiversidad o neurodivergencia por el profesional sanitario que firme el informe médico podría entrañar complicaciones para el reconocimiento de la prestación correspondiente.

Por otro lado, ya se considere el autismo como enfermedad o condición, es imprescindible ser conscientes de la diversidad inherente al espectro autista, donde las necesidades individuales y la manifestación de características varían considerablemente. No todas las personas autistas son iguales. En virtud de ello, el informe médico solicitado para la justificar la necesidad de cuidado del menor y el consiguiente reconocimiento de la prestación adquiere una relevancia sustancial, dada la variabilidad en las necesidades de las personas autistas. A diferencia de condiciones más definidas, como el cáncer, donde se puede establecer su presencia o ausencia, en el caso del Trastorno del Espectro Autista (TEA), el impacto del cuidado puede variar considerablemente de una persona a otra, tal y como se puede constatar en los casos diagnosticados, que crecen anualmente[34].

En conclusión, no se puede pasar por alto los cambios culturales, sociales y científicos inherentes a la noción de enfermedad, los cuales conllevan a evitar la categorización de "enfermo" para referirse a individuos diagnosticados de TEA o de otros trastornos neurológicos o de comportamiento. Un ejemplo de este cambio conceptual se refleja en la "Guía práctica para el autismo de ESPCP: resumen de las recomendaciones basadas en la evidencia para su diagnóstico y tratamiento"[35], de la

[33] Hasta enero 2023 esta autora no conoce ninguna resolución judicial en la que se deniegue la prestación basándose en que el autismo no es en sí enfermedad, pero ello no impide el análisis realizado dado lo integrado que está el nuevo concepto de neurodivergencia en la sociedad frente al de enfermedad, sobre todo en trastornos neurológicos y de comportamiento.

[34] Recientemente en un estudio del Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de EEUU se han identificado trastornos del espectro autista (TEA) en 1 de cada 36 niños de 8 años de edad (2.8 %) y en España se considera que la prevalencia de este trastorno afecta a 1 de cada 100 nacimientos, sin embargo no existe una estadística oficial, lo que impide valorar su alcance real y también, en su vista, las necesidades que la persona o su entorno necesita o las líneas de trabajo que deben pergeñarse para avanzar en la protección y el desarrollo de los afectados.

[35] Ob. cit.: *Guía práctica para el autismo de ESCAP: resumen de las recomendaciones basadas en la evidencia para su diagnóstico y tratamiento* https://autismo.org.es/wp-content/uploads/2020/09/guia_practica_de_escap_para_el_autismo.pdf

Sociedad Europea de Psiquiatría Infantil y del Adolescente, que omite calificar al autismo como una enfermedad.

Por ello, este escenario incita a reflexionar sobre la necesidad de reconsiderar la terminología asociada a prestaciones y derechos vinculados con la enfermedad, con el fin de alinearse con las concepciones adoptadas por el colectivo médico, o a incorporar junto con la enfermedad la neurodiversidad, lo que implicaría una modificación del Real Decreto 1148/2011 y, en su caso, del art. 37 del ET.

4.3. El autismo y la discapacidad

A pesar de que el autismo no sea catalogado estrictamente como una enfermedad, sino más bien como un trastorno, es importante destacar que, en España, las personas diagnosticadas con autismo pueden ser susceptibles de recibir un reconocimiento formal de grado de discapacidad. Este reconocimiento se basa en la evaluación de las limitaciones funcionales asociadas a la condición, estableciéndose en cada caso un grado específico de discapacidad. Este procedimiento busca reconocer y abordar las necesidades particulares de las personas con trastorno del espectro autista, facilitando su acceso a servicios, apoyos y beneficios específicos, y promoviendo así la inclusión y la igualdad de oportunidades en el ámbito social y laboral.

La discapacidad, igual que la enfermedad, es un concepto que "evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás[36]". Sin embargo, no todo enfermo tiene discapacidad, ni necesariamente la discapacidad es una enfermedad.

La discapacidad se define en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de la siguiente manera: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Por lo tanto, no se refiere a enfermedad sino a deficiencias previsiblemente permanentes.

La modificación normativa implementada en el año 2022 mediante el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, que establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, marcó un hito al incluir de manera específica, por primera vez, las características fundamentales del trastorno del espectro autista (TEA) en el nuevo baremo. Este cambio representa un avance significativo con respecto al baremo previo, que no cumplía con las obligaciones estipuladas en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. La incorporación de criterios específicos para el TEA refleja un compromiso normativo con la adecuada consideración de las necesidades y particularidades de las personas con este trastorno, alineándose con los principios de inclusión y respeto a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, pero lo que interesa para el análisis que se acomete es que incluir el TEA en el baremo implica su reconocimiento como una condición previsiblemente permanente, como lo son las enfermedades graves.

La modificación en el baremo se hace en concordancia con la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de la Organización Mundial de la Salud, que incorpora explícitamente en el

[36] Preámbulo, letra e), de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

capítulo "Trastornos generalizados y específicos del desarrollo" en el punto F84.0 el trastorno autista[37], pero también resulta de la Guía DMS 5 donde lo incluye en los trastornos de desarrollo neurológico[38]. En el baremo de discapacidad actual el trastorno autista se incluye en la categoría 1.6.1., titulada "Trastorno generalizado del desarrollo. Trastornos del espectro del autismo (TGD/TGD/TEA)". Este apartado se caracteriza por presentar una tabla exhaustiva en la que se detallan los criterios para la asignación de puntos en relación con la deficiencia permanente derivada del trastorno generalizado del desarrollo. Cabe destacar que dicha tabla establece distinciones específicas para individuos menores de 6 años, aquellos comprendidos entre 7 y 15 años, así como para aquellos mayores de 16 años. Esta meticulosa clasificación y diferenciación reflejan una aproximación detallada y ajustada a los diversos estadios de desarrollo, contribuyendo a una evaluación más precisa y completa de las implicaciones del trastorno del espectro autista en distintas etapas de la vida.

La evaluación del menor autista por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas permite que la persona pueda tener un grado de discapacidad mayor o menor, lo que permite amparar a las personas con discapacidad y sus familias, tal y como consta en la exposición de motivos del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, que hace además referencia a la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, en la que "se realiza un reconocimiento de las necesidades y situaciones de aquellas personas con discapacidad con mayores limitaciones, así como de las situaciones de sus familias, ya que es mucho más probable que sin acciones proactivas y preventivas vuelvan a quedar fuera de los planteamientos más innovadores de ejercicio de derechos, prestación de apoyos e incluso de la política social".

Sin embargo, en la actualidad, las prestaciones derivadas de este reconocimiento de discapacidad al menor autista o su familia no enlazan, afectan ni permiten el reconocimiento del CUME, que queda limitado estrictamente al ámbito laboral, donde las entidades gestoras, esencialmente las mutuas, son las que resuelven. Por eso, el CUME solo se da en el caso de que los progenitores o adoptantes trabajen los dos y uno de ellos solicite la reducción de jornada para el cuidado del menor, pudiéndose dar situaciones como que el menor autista tenga un grado de un 33% de discapacidad y que no se haya reconocido el CUME al progenitor solicitante.

Consideramos que el informe es determinante para definir la situación real del menor. Ahora bien, el informe para solicitar el CUME es muy diferente al que se establece para el reconocimiento de la discapacidad ya que aquel en la actualidad, permite diferentes niveles de implicación por parte del médico y que no contempla los requisitos que se establecen claramente en el baremo de discapacidad lo que puede dificultar la valoración del autismo en lo referente a la necesidad de dependencia y cuidado necesario y permanente, sin perjuicio de la dificultad en la concurrencia del requisito de estancia hospitalaria.

Además, la adopción de este enfoque más estructurado y detallado en la evaluación del grado de discapacidad contribuiría a establecer un proceso más transparente y uniforme, beneficiando tanto a los solicitantes como al personal médico involucrado en este proceso de evaluación.

Por ello, debe considerarse una posible solución a la situación actual la modificación legislativa que ligue el CUME con el grado de discapacidad, puesto que un menor con discapacidad en un determinado grado precisa del cuidado directo de los progenitores, adoptantes o acogedores.

[37] Ob. cit., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría General Técnica *CIE·10·ES Clasificación Internacional de Enfermedades 10ª ed*., Tomo 1: Diagnósticos, 2018 pág. 753. https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/CIE10/CIE10ES_2018_diag_pdf_20180202.pdf

[38] Asociación Americana de Psiquiatría, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*, Arlington, VA, 2013. https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf

Esto supondría un grado mayor de transparencia para conceder el CUME ya que quien reconoce la discapacidad ha realizado una anamnesis del menor de acuerdo con un baremo que es detallado, claro y basado en la evidencia científica.

Asimismo, facilitaría a los progenitores la posibilidad de anticipar con certeza la viabilidad del reconocimiento de CUME, reduciendo así la carga administrativa que deben afrontar. Este esfuerzo administrativo, que conlleva inversión de tiempo, bienestar emocional y recursos financieros por parte de los progenitores, adoptantes o acogedores durante el proceso, se vería aliviado al existir una perspectiva clara y previa sobre la probabilidad de reconocimiento del CUME, eliminando, por tanto y en gran medida, la incertidumbre inherente a dicho proceso.

Otra consecuencia adicional de relevancia de considerar el grado de discapacidad sería la reducción significativa de la litigiosidad judicial, dado que en numerosos casos las entidades gestoras, especialmente las mutuas, responden de manera inmediata con una denegación del CUME. En caso de que se considerara un porcentaje mínimo de discapacidad, estas entidades se verían compelidas a proceder con el reconocimiento si concurriera aquel, mitigando la necesidad de los progenitores de recurrir a instancias judiciales para obtener resoluciones favorables.

Por otro lado, facilitaría la labor a los médicos que deben elaborar los informes y también a los tribunales, que pueden basar sus sentencias en algo objetivo. De hecho, existen ya sentencias que ponen en valor el porcentaje de discapacidad[39].

En virtud de las consideraciones expuestas, se puede concluir que la consideración del grado de discapacidad reconocido por la Administración, según lo establecido en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, posibilitaría que, en particular, las entidades gestoras adoptaran una postura homogénea y guiada por criterios uniformes. Este enfoque redundaría en un respeto del principio de igualdad, asegurando que dichas entidades actúen de manera equitativa y coherente en el reconocimiento del grado de discapacidad.

En base a lo expuesto se plantean dos posibilidades para el cumplimiento del fin de la norma. La primera, dado que el CUME se prevé para casos de menores afectados por cáncer y otras enfermedades graves, sería aconsejable la inclusión en la regulación actual de la prestación otro sistema concebido específicamente para situaciones de menores con un grado mínimo de discapacidad, como pudiera ocurrir con los menores autistas. De esta forma, habría una ampliación del sistema actual, que ha resultado necesario y respaldado especialmente eficaz en situaciones de cáncer, donde la noción de grado de discapacidad no resulta aplicable (como en el caso de una leucemia), así como en ciertas enfermedades graves. Esta dualidad de sistemas para la misma prestación permitiría abordar con precisión y equidad la diversidad de condiciones médicas, garantizando una evaluación adecuada tanto para casos de enfermedades graves sin implicaciones de discapacidad cuantificable, como para aquellos donde la discapacidad juega un papel preponderante, como en el caso de los menores con trastorno del espectro autista. En ambos casos el cuidado del menor por sus progenitores, adoptantes o acogedores es necesario y, por ello, se requieren procedimientos más seguros y transparentes.

La segunda posibilidad sería definir una nueva prestación específica para cuidado de menor discapacitado[40], que fuera ligada con una reducción de jornada por este motivo, equivalente en

[39] Es el caso del reconocimiento del CUME al progenitor de un niño con autismo en el País Vasco en 2017 cuando concurría una dependencia severa con puntación del 66%. Sentencia 2013/2017 de 17 oct. 2017, Rec. 1847/2017.

[40] Debe recordarse que en antiguo Estatuto de los trabajadores al hacer referencia a la reducción de jornada por cuidado de menor enfermo (de 8 años) incluía también la posibilidad de que tuviera discapacidad, si bien el porcentaje de reducción ha variado considerablemente. Art. 37.5. 5. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. "Quien por razones de guarda legal tenga

derechos al CUME. Se trataría así de dar cumplimiento al art. 67 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el que se insta a los poderes públicos a adoptar medidas de acción positiva respecto de las familias cuando alguno de sus miembros sea una persona con discapacidad.

5. ¿CUÁNDO EL AUTISMO TIENE LA CONSIDERACIÓN DE (ENFERMEDAD) "GRAVE"?

En la actualidad no está expresamente incluido el autismo como enfermedad grave, lo que genera inseguridad a los progenitores, adoptantes o acogedores de los menores que solicitan el CUME. La forma utilizada para justificar el derecho a la prestación es el artículo 35 bis del Real Decreto 1148/2011 que establece: "Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio".

Sin embargo, tal y como se ha sostenido a lo largo de este estudio el autismo no es una enfermedad, sino una manifestación de la neurodiversidad. Por esta razón, incluir el autismo en el art. 35 bis del Real Decreto 1148/2011 como enfermedad psiquiátrica grave debe ser muy cuestionado, incluso a pesar de que desde el Gobierno así se entienda[41]. Sólo con esta valoración los progenitores, adoptantes o acogedores del menor autista no podrían aspirar al CUME, lo que es manifiestamente injusto a la vista de cómo el menor precisa de atención y asistencia constante.

Prescindiendo de la calificación del autismo como enfermedad y sin considerar el baremo de discapacidad analizado, la American Psychiatric Association, en su "Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales", establece criterios para determinar su gravedad basándose en el deterioro de la comunicación social y en patrones de comportamiento restringidos y repetitivos[42]. En este contexto, la aplicación de estos criterios permitiría a la Administración y médicos la elaboración de un informe más ajustado a las condiciones del menor autista, puesto que facilitaría ponderar el alcance de la necesidad de cuidado.

El manual señalado[43] establece tres grados de gravedad: Necesita ayuda", "necesita ayuda notable", "necesita ayuda muy notable" y añade que deberá especificarse si el autismo va acompañado con o sin déficit intelectual, con o sin deterioro del lenguaje, asociado a una afección médica o genética, o a un factor ambiental conocido, asociado a otro trastorno del desarrollo neurológico, mental o del comportamiento, o con catatonía (síndrome neuropsiquiátrico caracterizado por anormalidades motoras, que se presentan en asociación con alteraciones en la conciencia, el afecto y el pensamiento). Además, facilita cómo valorar esas ayudas que se va a necesitar la persona autista y que determina la gravedad del trastorno.

En consecuencia, se podría sostener que la gravedad del autismo implica la existencia de una dependencia, de ayuda, lo que es coherente con el requisito que se demanda para el reconocimiento de la prestación: la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.

---

a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla".

[41] Congreso de los Diputados de España, (184) Pregunta escrita 84/12248, Ob. Cit.

[42] American Psychiatric Association, *Guía de consulta de los Criterios Diagnósticos del DSM-5*, Arlington, VA, 2013. págs.. 28 y ss. https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf

[43] American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Ob.cit, pág. 51.

Por ello, parece que es más congruente con la forma de entender actualmente la neurodiversidad, que en lugar de centrar el reconocimiento del subsidio en la calificación del autismo como enfermedad y, por tanto, su inclusión en el listado de enfermedades del RD Real Decreto 1148/2011, se realice un análisis pormenorizado de condiciones específicas de la persona y sus necesidades, teniendo en cuenta la evidencia científica. En este contexto, reviste crucial importancia la valoración realizada por médico que debería ser siempre especialista y, por tanto, estará capacitado para analizar los distintos niveles de gravedad asociados e incorporarlos en el informe preceptivo, además de estar actualizado en una materia de constante cambio como son los trastornos mentales.

6. LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL INGRESO HOSPITALARIO EN LA PRESTACIÓN CUME Y EL AUTISMO

El segundo gran requisito del art. 37.6 ET, además de la necesidad de enfermedad grave, es que la reducción de la jornada solo aplicará mientras dure "la hospitalización y tratamiento continuado" y, como se ha indicado previamente, el art. 35 bis del Real Decreto 1148/2011 exige que la gravedad vaya acompañada de la necesidad del menor de "cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio".

La persona autista no precisa la hospitalización por su trastorno, ni en su diagnóstico ni en el evolutivo, y ello sin perjuicio de la concurrencia con otras posibles patologías o de síntomas asociados. Por ello, la aplicación literal de la normativa anterior implicaría que en el caso del autismo no se pudiera solicitar la reducción y la consiguiente prestación CUME, a pesar de que el menor autista sea una persona que precise de la atención directa y continua de sus progenitores o cuidadores. Sin embargo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en fecha 10 de febrero de 2022, ha considerado que el requisito de hospitalización existe en un caso de menor autista porque "aunque no ha habido ingreso hospitalario de larga duración sí lo ha sido ambulatorio, pues la menor ha tenido que acudir a diversos centros públicos sometiéndose a diversas pruebas a fin de ser diagnosticada precozmente de la enfermedad que la aqueja, hasta que finalmente y una vez efectuado el diagnóstico debe acudir a un programa integral para pacientes con trastorno de espectro autista (AMI-TEA), prescrito por la sanidad pública y seguimiento médico privado por distintos especialistas así como estimulación precoz, que requiere un cuidado directo, continuado y permanente del menor, por el progenitor solicitante, concurriendo, por tanto, a juicio de la sala, el requisito de ingreso hospitalario de larga duración al que alude el meritado Real Decreto".

Un análisis de las sentencias[44] indica que las mutuas utilizan el argumento de la necesidad de hospitalización para justificar la denegación del CUME. Esto obliga a los progenitores, adoptantes o acogedores a presentar recursos en vía judicial impidiéndose, en ocasiones, que aquellos puedan cuidar a sus hijos por la necesidad de mantener el nivel de ingresos económicos, sin importar que es el menor quien queda desprotegido, cuestión esta que contradice la voluntad legislativa de la protección del menor y de la conciliación laboral.

[44] Un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25/04/2016, Rec. 653/2015. En este caso la niña estaba diagnosticada de 1.-Síndrome de Phelan-McDermid, enfermedad rara, que afecta a unos 55 casos en España y 700 en el mundo; 2.-Trastorno del espectro del autismo no especificado; 3.-Retraso Cognitivo de gravedad no especificada. La mutua denegó el subsidio alegando "no ha existido ingreso hospitalario de larga duración y que la enfermedad grave que padece el menor, no se encuentra incardinada dentro del listado en el anexo al Real Decreto 1148/2011". En la misma línea la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15/02/2023, Rec. 4820/2022.

Por su parte la Seguridad Social en su web indica que[45]: "Se considera como ingreso hospitalario de larga duración, cuando tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave, fuera necesaria la continuación del tratamiento médico o el cuidado del causante en su domicilio".

La aplicación estricta de la norma, que exige la hospitalización, también se ha venido aplicando por los tribunales[46], lo que impulsó que muchas familias se quejaran a través de diversas vías, entre ellas el Defensor del Pueblo, cuestionando los diferentes criterios seguidos por las mutuas colaboradoras que son las que mayoritariamente gestionan la prestación CUME[47]. Esto supuso la necesaria intervención de la TGSS que emitió un informe el 4 de julio de 2022 en el que aclaró lo que debe considerarse ingreso hospitalario a fin de que la aplicación de la norma fuera homogénea en todo el país. Sobre el ingreso hospitalario de larga duración, la TGSS recuerda el oficio de la DGOSS de fecha 4 de julio de 2014, donde ya se aclaró que es requisito necesario la hospitalización aunque sin margen temporal, lo que significa que no es preciso que sea de larga duración, ni tampoco requiere que la hospitalización sea precedente inmediato del cuidado domiciliario, considerándose que el cuidado del menor en el domicilio o la continuidad del tratamiento médico en el domicilio es una situación asimilada al ingreso hospitalario de larga duración. Esta interpretación abierta no obsta a que se exija una hospitalización previa relacionada con la enfermedad, lo que limita de forma importante que los progenitores, adoptantes o acogedores de menores autistas puedan acceder al CUME ya que el autismo no precisa hospitalización para su diagnóstico.

La postura de la administración de no atender exclusivamente a la hospitalización de larga duración es acorde a una tendencia cada vez mayor de ingresos ambulatorios y a que la asistencia se realice siempre que sea posible en el seno del hogar.

Aplicando esta interpretación, pero sin hacer referencia a las instrucciones de la TGSS, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 14/02/2023 resuelve un caso específico del reconocimiento de esta prestación cuando el menor es autista, aunque no esté hospitalizado. Justifica las necesidades del niño de la siguiente manera: "Es un niño que presenta conductas auto y heteroagresivas y no puede valerse para sus actividades básicas de la vida diaria. Precisa acudir a múltiples terapias tanto por la mañana como por la tarde para su manejo conductual y también para mejorar sus problemas de comunicación e interacción social. Realiza seguimiento preferiblemente ambulatorio puesto que los ingresos hospitalarios por sí mismos pueden agravar en algunos casos sus conductas autolesivas" (…) "El hecho de que no se le haya llegado a hospitalizar, tampoco de forma permanente (aunque el cuidado si lo exige) porque no es recomendable, dadas tales conductas, no excluye el tratamiento ambulatorio sustitutivo y sobre todo que existe la continuación del tratamiento médico y el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico".

Esta flexibilización del ingreso se ha mantenido también en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, regulado en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de

[45] https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/1941/1942 Recuperada el 15 de enero de 2024.

[46] Un supuesto, a modo de ejemplo, es el que resuelve la Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, sentencia 6/2019 de 7 enero 2019, Rec. 5815/2018. En este caso el menor autista, también tiene una cardiopatía congénita y un grado de discapacidad del 78%, pero falta el requisito de la hospitalización, que es en lo que se basa la Mutua para denegar la prestación, haciendo referencia a la STSJ Cataluña de 7 de junio de 2017, recurso nº 2496/2017, que dice que "La naturaleza de la prestación, o su diseño, no es asimilable a la situación de disminución física o psíquica permanentes, que pueden causar derecho a una prestación de la ley de dependencia o que incluso pueden dar lugar a una invalidez no contributiva en su caso, de acreditarse una disminución permanente que conlleve una graduación en los términos legales".

[47] De acuerdo con las estadísticas publicadas por la Seguridad Social, en 2023 las mutuas gestionaron 3.842 expedientes, frente a los 357 del INSS, de un total de 4.199 expedientes. https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2503/bd527c4e-2e3e-493d-80dd-7c5d0a90f099

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), cuando se solicita el reconocimiento o mantenimiento de la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave, con la que automáticamente se tiene el 100% de la prestación sin necesidad de hacer ni tramitar solicitud de CUME. Aplicando el art. 49.3) EBEP la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 641/2020 de 3 Junio 2020, Rec. 78/2018 establece doctrina esencial considerando que no resulta necesaria la hospitalización del menor, recordando el Acuerdo de la Comisión del empleo público sobre la aplicación del permiso previsto en el art. 49, letra e) del EBEP relativo al permiso por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave de fecha 8 de mayo de 2013, y adoptado a instancias de la recomendación realizada por el Defensor del Pueblo 14 de enero de 2013[48], donde consta expresamente que: "Que en la aplicación del artículo 49 letra e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público[49] , se admita la posibilidad de que, en el caso de enfermedad grave que no sea cáncer, quepa considerar "como ingreso hospitalario de larga duración" la continuación del tratamiento o cuidado del menor tras el diagnóstico de la misma, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente", y añade que "los supuestos en los que la continuación del tratamiento o el cuidado del menor en el domicilio pueden considerarse continuación del ingreso hospitalario de larga duración al requerir cuidados directos, continuos y permanentes".

Por lo tanto, en la actualidad, ya no se requiere un ingreso de larga duración; no obstante, es necesario que exista un ingreso inicial asociado a la enfermedad. En el caso específico del trastorno del espectro autista, este requisito y cómo se interprete por las entidades gestoras podría impedir que los progenitores, adoptantes o acogedores accedan al CUME, a menos que el menor presente otras enfermedades graves que justifiquen su ingreso o que, a través de un proceso judicial, se evalúen las particularidades del menor que justifiquen, por una interpretación teleológica de la normativa, el reconocimiento de la prestación.

7. LA NECESIDAD DE CUIDADO DIRECTO, CONTINUO Y PERMANENTE Y LA ASISTENCIA DEL MENOR AL COLEGIO

La necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer o enfermedad grave es uno los requisitos exigidos para el reconocimiento y mantenimiento del CUME que contempla tanto el artículo190 TRLGSS, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, como el artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio. Si bien en ambas normativas enlazan estrechamente con el ingreso hospitalario, también es de aplicación a la continuidad del tratamiento en el domicilio particular, tal y como se ha expuesto previamente.

La justificación para el reconocimiento del CUME radica precisamente en facilitar a la persona trabajadora tiempo y respaldo económico para el cuidado y atención de las necesidades del menor con enfermedad grave o cáncer, lo cual fundamenta la concesión tanto de la reducción de jornada como de la prestación mencionada.

[48] Acuerdo de la Comisión de coordinación del empleo público sobre la aplicación del permiso previsto en el artículo 49, letra e) del EBEP relativo al permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave http://femp.femp.es/files/566-1457-archivo/ACUERDO%20DE%20LA%20CCEP%20SOBRE%20APLICACION%20PERMISO%20ART%2049%20e)%20EBEP.pdf

[49] Sobre la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave, consúltese García Romero, B.: "Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 458. p. 43.

No obstante, una de las grandes dudas que se plantean es si el menor, sea o no autista, puede acudir al centro educativo sin que por ello decaiga del derecho los progenitores, adoptantes o acogedores al reconocimiento de la prestación o su mantenimiento.

Los menores crecen y a partir de los 6 años la educación es obligatoria, de acuerdo con el art. 4.2. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, esto implica que el menor debe salir del cuidado directo y continuo por parte de sus progenitores, adoptantes o acogedores al menos durante unas horas, aquellas mínimas legales. Por otro lado, el mismo precepto en su apartado 3 reconoce que la educación debe atender a la diversidad de las necesidades de todo el alumnado, tanto del que tiene especiales dificultades de aprendizaje como del que tiene mayor capacidad y motivación para aprender, por lo que el hecho de que el menor salga de una zona de confort controlada, como es el hospital o su domicilio, no limita sus derechos ya que existe la obligación de legal por el colegio de adoptar cuantas medidas organizativas, metodológicas y curriculares sean pertinentes, facilitando el acceso a los apoyos que requiera. Por tanto, en el colegio sí se atiende a la diversidad. La cuestión es si precisamente por recibir esa atención debe decaer el CUME.

Un estudio sistemático de la normativa permite concluir que lo importante es el cuidado continuado y directo, de modo que la mera escolarización no determina *per se* que la prestación se pueda generar o mantener[50]. De ahí la importancia de que en cada caso se evalúen las condiciones del menor, debiendo ser el informe médico el que determine el alcance de la necesidad de asistencia y cuidado que precisa, aunque en ocasiones simplemente se centre la resolución al hecho de la asistencia al colegio, ya que la asistencia que precisa el menor no es como la que necesitaría si estuviera hospitalizado[51].

Por ello, en el caso del menor autista deberán valorarse cuestiones como la necesidad del progenitor, adoptante o acogedor de tener disponibilidad para acudir de forma al colegio en casos de crisis, o la posibilidad de poder llevarle a terapias específicas que no ofrezca el colegio o recogerle en casos de problemas de convivencia. Además, debe tenerse en cuenta que, en los niños autistas, dependiendo de la gravedad de su condición, puede existir un deterioro persistente de la comunicación social recíproca y dificultades en la interacción social o existir los patrones de conducta, intereses o actividades restrictivos y repetitivos. Tal y como dice el Manual de la asociación de Psiquiatría "estos síntomas están presentes desde la primera infancia y limitan o impiden el funcionamiento cotidiano" y pueden tener la condición de grave.

Esto permite que existan sentencias judiciales con resultados diferentes sin que por ello se incurra en una contracción entre las mismas ya que es complicado que los casos resueltos sean exactamente iguales, ya que dependen de esas circunstancias médicas comentadas, que pueden incluir

[50] Entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 21de febrero 2017, Rec. 776/2016.

[51] La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Sevilla, de 08 de junio 2016 Rec. 1677/2015 resuelve sobre el caso de un menor autista denegando la prestación porque "ha de tenerse en cuenta que no consta, sin embargo, que el niño haya precisado ingresos hospitalarios y no consta tampoco que, ni su horario de entrada y salida al centro donde se encuentra escolarizado (…). Por ello y aun reconociendo que el niño precise atención constante de los progenitores, no la precisa en la forma requerida por el Real Decreto 1148/2011 de 29 de Julio ya citado, que vincula el " cuidado directo, continuo y permanente" a la hospitalización, o a que la enfermedad grave ya diagnosticada tras un periodo de hospitalización, requiera de una atención directa, continua y permanente equiparable a la que se precisara de estar hospitalizado, como ha puesto de manifiesto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla -León (Sala de Burgos) Sentencia núm. 165/2014 de 20 de marzo de 2014 , y en la misma línea ha resuelto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha Sentencia núm. 420/2015 de 14 mayo, pues un niño que acude al colegio ordinariamente, aunque allí precise de apoyo especial, es evidente que no precisa atención constante y continua de sus padres."

el reconocimiento de un grado de dependencia, pero también de asistencia se ofrece en el colegio[52]. No se trata de valorar si la escolarización determina el fin de la prestación como que se mantienen las circunstancias en el menor que exigen de los progenitores, adoptantes o acogedores su atención y cuidado.

Tampoco se puede afirmar que la simple escolarización determina el fin de la prestación ya que la reducción de jornada de la que pende aquella no puede tener la consideración de tiempo libre para los progenitores, adoptantes o acogedores[53]. Que el menor esté escolarizado no empece para que deba mantenerse la atención y cuidado, sin que este tenga que ser permanente, directo y sin solución de continuidad. La mera asistencia al colegio no puede considerarse por sí sola como razón que habilite para romper ese cuidado exigido por la norma, ya que si el legislador así hubiera querido que sea hubiera considerado este hecho como determinante del fin de la prestación.

Otro aspecto a considerar es que la escolarización no garantiza automáticamente el cuidado adecuado para un niño, especialmente en el caso de un niño con autismo. No basta con administrarle medicación, como en el caso de una niña con diabetes a quien la escuela proveía de insulina y controlaba sus niveles de glucosa[54]. El niño autista requiere apoyo tanto asistencial como educativo, personalizado y académico, que el entorno escolar a menudo no puede proporcionar adecuadamente, especialmente en casos de autismo severo.

Afirmar que todos los colegios están equipados para proporcionar una atención adecuada a niños con condiciones especiales, como aquellos diagnosticados con trastorno del espectro autista, es una suposición errónea. Esto se debe a que no todos los colegios cuentan con el personal especializado ni con programas adaptados para abordar las amplias variaciones que pueden existir entre los niños divergentes o diversos. Además, es importante destacar que las necesidades de estos niños pueden variar significativamente, lo que implica que no todos requieren la misma atención ni el mismo enfoque para abordar sus diferencias individuales.

Por ello, es esencial reconocer que la capacidad de un colegio para proporcionar un entorno educativo inclusivo y adecuado para cada niño con diversidad funcional depende en gran medida de la evaluación del alcance de dicha diversidad y de la participación activa de los progenitores, adoptantes o acogedores para garantizar el bienestar y el desarrollo integral del menor, por lo que debe presumirse que, ante un autismo grave, es imprescindible que los progenitores, adoptantes o acogedores mantengan el CUME.

Esa valoración de las circunstancias particulares del menor y la necesidad de la atención y cuidados del hijo a pesar de su asistencia al colegio deberían ser abordadas desde el especialista médico.

Una primera cuestión que permite la valoración de cada caso en concreto y no asumir la escolarización como determinante para la finalización del CUME es que la normativa aplicable (art. 190 y ss. TRLGSS 2015 y art. 2 RD 1148/2011, de 29 de julio no exige que la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente al menor suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día. Por tanto, es perfectamente compatible el CUME con la asistencia al colegio. Si no fuera así

[52] La STS Tribunal Supremo. Sala Cuarta, de 20 de abril 2021 Rec. 3135/2020.

[53] STS, Sala IV, de 28 de junio 2016, Rec. 80/2015 establece: "El examen de los preceptos aplicables, anteriormente transcritos, conduce a la Sala a entender que el hecho de que el menor esté escolarizado, recibiendo los tratamientos y educación a la que se ha hecho referencia anteriormente, no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación solicitada."

[54] STS, Sala de lo Social 93/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 680/2016. A pesar de ello, esta sentencia tiene voto particular en el que se acoge la doctrina de la STS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 568/2016 de 28 junio 2016, Rec. 80/2015.

el menor no iría al colegio, lo que, en palabras del TS "es "impensable" que hoy en día, que ningún menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial... para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita. Además, ha de tenerse en cuenta que el subsidio a favor del progenitor, adoptante o acogedor se reconoce siempre que la jornada se reduzca al menos en un 50%, por lo que se supone que el solicitante del subsidio no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte de este la dedica a la realización de su trabajo

En definitiva, el reconocimiento de la prestación CUME no tiene por qué cesar por el simple hecho de que el menor comience a ir al colegio, sino que deberá analizarse la situación concreta, ver las prestaciones del colegio y, sobre todo, las necesidades más allá de lo académico que precisa el menor.

8. CONCLUSIONES

La regulación actual del CUME genera dificultades para su reconocimiento a los progenitores, adoptantes o acogedores de menores autistas. Por un lado, se encuentra la dificultad inherente al hecho de que el trastorno del espectro autista no es clasificado como una enfermedad por la comunidad médica. Esta falta de consideración conlleva a que una aplicación literal del art. 190 y ss. TRLGSS impediría el reconocimiento del mencionado trastorno, así como la posibilidad de acceder a la reducción de jornada laboral por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave.

Adicionalmente, la enumeración de enfermedades contemplada en el Real Decreto 1148/2011, a pesar de las reformas implementadas, resulta también insuficiente en este contexto, ya que el trastorno del espectro autista no puede ser clasificado como una enfermedad en sí misma, sino más bien como una condición derivada de la neurodiversidad. Esta particularidad plantea un desafío adicional para el reconocimiento y la protección de los derechos laborales y sociales de las personas afectadas por este trastorno.

Resulta imperativo evolucionar el lenguaje contenido en las normativas vigentes para adecuarlo a los criterios médicos, específicamente a la comprensión de la neurodiversidad. En este sentido, se propone la inclusión de condiciones como el trastorno del espectro autista en las disposiciones reguladoras del CUME. Este planteamiento se encuentra en consonancia con el enfoque centrado en la persona que promueve la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. La inclusión de la neurodiversidad, alineada con los principios de derechos humanos y equidad, contribuiría significativamente a la garantía de los derechos y la igualdad de oportunidades para las personas afectadas por el trastorno del espectro autista.

A pesar de las dificultades habidas en la aplicación del CUME, la jurisprudencia ha adoptado una interpretación teleológica de la normativa. Sin embargo, esta práctica conlleva innegablemente a una inseguridad jurídica, ya que otorga a las entidades gestoras y a los tribunales un margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma, generando disparidades y desigualdades en su implementación y reconocimiento de la prestación. Por ello, es esencial modificar la normativa vigente con el propósito de establecer criterios más precisos y uniformes, a fin de mitigar la incertidumbre jurídica asociada al proceso de solicitud y reconocimiento del CUME. La clarificación normativa contribuiría a fortalecer la coherencia en la aplicación de la norma, promoviendo así la igualdad y la justicia en el ámbito de la protección de derechos asociados a los menores autistas.

La exigencia normativa de hospitalización de larga duración para el reconocimiento del CUME, aunque haya experimentado cierta flexibilidad en términos jurisprudenciales, constituye en muchos casos un obstáculo para la solicitud del CUME, ya que el autismo no precisa hospitalización. En este contexto, la aplicación rigurosa de la normativa por parte de las entidades gestoras puede llevar a los progenitores, guardadores o acogedores a decaer en su derecho a solicitar el reconocimiento de la prestación o a emprender acciones judiciales si se desestima el reconocimiento de la prestación. En aras de una mayor equidad y consideración de la diversidad de condiciones de salud, sería recomendable que el Ministerio, a nivel nacional, estableciera criterios claros y uniformes que vinculen a las entidades gestoras, sin perjuicio de que lo más recomendable sería una modificación normativa que no se limite exclusivamente a contemplar la hospitalización de larga estancia como criterio determinante para la generación del derecho.

Una de las modificaciones que proporcionaría seguridad jurídica a los progenitores, adoptantes o acogedores sería vincular el reconocimiento CUME al grado de discapacidad que haya sido oficialmente reconocido al menor. En situaciones de este tipo, se debería considerar reglas específicas ante la posibilidad de que exista duplicidad de subsidios o ayudas asociadas al disfrute de la reducción de jornada para el cuidado del menor. La asociación del reconocimiento del CUME con el grado de discapacidad reconocido no solo proporcionaría claridad y seguridad jurídica, sino que también aseguraría que los médicos pudieran hacer informes más acordes a síntomas y necesidades específicas del menor afectado de acuerdo con el baremo oficial, lo que sería más justo.

Se debería otorgar un reconocimiento más relevante al informe del médico especialista, sin que este pueda ser objeto de cuestionamiento por parte de la entidad gestora. En caso de que esta opinara de forma diferente y se denegara la prestación, la presentación de demanda judicial debería determinar el reconocimiento a que el solicitante reciba el importe de la prestación de manera inmediata, sin perjuicio de la posibilidad de que la Mutua realice los ajustes necesarios en las liquidaciones futuras en caso de que la acción judicial no prospere y confirme su postura. Se considera que esta medida contribuiría a agilizar el proceso de reconocimiento y a aliviar la carga los solicitantes.

Por otro lado, sería necesario un posicionamiento normativo sobre el impacto que puede tener en el cuidado directo, continuo y permanente la asistencia de menor al colegio, se trate o no de educación especial o diferencial. Ha de considerarse que la asistencia al colegio no debería obstaculizar el acceso a la prestación CUME en atención a las necesidades particulares del menor, ya que cada menor autista tiene unos condicionantes diferentes.

La interpretación del derecho al reconocimiento de la prestación ha de realizarse, en caso de duda, de conformidad a la finalidad de la norma, que no es otra, que facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar y que los progenitores, guardadores o acogedores puedan atender al menor autista en todos los ámbitos de su vida.

9. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, págs. 313 y ss.

Ballester Pastor, M. A.: "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*". Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, n.º 25, mayo de 2012, doi:10.1387/lan-harremanak.6172.

Campbell, E. J. , Scadding G. y Roberts R. S.: "The Concept of disease", *The British Medical Journal* Vol. 2, No. 6193, 1979, pág. 757.

Cristóbal Roncero, R.: "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, pág. 115 y 116.

Durán Heras, M. A.: *Desigualdad social y enfermedad*, Tecnos, 1983.

Espacio autismo: https://www.espacioautismo.com/el-autismo-no-es-una-enfermedad-es-una-condicion-que-significa/

Fernández Orrico, F. J., "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 344, pág. 127.

García Romero, B.: "Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 458. p. 43.

Garrabé de Lara, J.: "El autismo. Historia y clasificaciones", *Salud Mental*, Vol. 35, No. 3, mayo-junio 2012, págs. 257-261.

Lousada Arochena, F. "Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Actualidad laboral*, N.º 8, 2011, pág. 2 y ss.,

Mella Méndez, L. "La reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo, Bormazo*, 2012, págs. 201-2022;

Miller, A. y Chrétien K.: *Devoloping the capacities of children on the autism spectrum*, Jessica Kingsleay Publishers, London and Philadelfia, 2007

Moreno-Leiva, G.M., Álvarez-Zúñiga, M.A. y Arias-Poblete, L.E.: "Una visión compleja sobre la etiología de las enfermedades", *Revista de la Facultad de Medicina*, 2019 Vol. 67 No. 1, 97-101,

Poquet Catalá, R. "Últimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º. 134, 2018 (Ejemplar dedicado a: Seguridad Social), págs. 85-106.

Rivero Morón, S. "Comentarios al Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la seguridad social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Noticias Jurídicas*, 01/12/2011, https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4723-comentarios-al-real-decreto-1148-2011-de-29-de-julio-para-la-aplicacion-y-desarrollo-en-el-sistema-de-la-seguridad-social-de-la-prestacion-economica-por-cuidado-de-menores-afectados-por-cancer-u-otra-enfermedad-grave/

Schumacher H R.: "The end of "disease" as a simple concept", *Curr Rheumatol Rep*. 2000;2(4):271-2. http://doi.org/fg64q7 .

Sinclair, J.: "Don't Mourn for Us", 1993 https://philosophy.ucsc.edu/SinclairDontMournForUs.pdf (No llores por nosotros).

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La protección social de los trabajadores del mar frente a la digitalización: ¿oportunidad o amenaza?

The social protection of seafarers in the face of digitalisation: opportunity or threat?

Sandys Menoya Zayas *Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad de Pinar del Río, Cuba. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Derecho Marítimo. Doctorando del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, España*
https://orcid.org/0000-0002-3249-7248

Cita Sugerida: MENOYA ZAYAS, S.: «La protección social de los trabajadores del mar frente a la digitalización: ¿oportunidad o amenaza?». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 113-129.

Resumen

El dilema planteado entre las urgencias del desarrollo sostenible y la competitividad empresarial, de un lado, y la necesidad de garantizar la protección social de los trabajadores y respetar los derechos humanos, de otro, impacta en el mundo del trabajo marítimo, cuyas particularidades delinean las actuaciones en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante el fenómeno global de la digitalización. Esta contribución tiene como propósito referirse a la digitalización en el sector marítimo y su impacto en las relaciones de trabajo, sobre la base del análisis de oportunidades, amenazas y retos a afrontar por parte de los trabajadores como eslabón más débil de la relación laboral. Se proponen reflexiones en torno a los posibles elementos a considerar por los actores sociales involucrados en el sector, para garantizar que las nuevas tecnologías no socaven las condiciones laborales ni exacerben las desigualdades sociales. Se concluye que en la actualidad la digitalización constituye al mismo tiempo oportunidad, amenaza y reto; que impacta en gran medida en el trabajo marítimo sobre todo a un nivel de gestión organizacional y operativa, con una normativa que va rezagada; y que está más centrada en los beneficios económicos que en las personas trabajadoras.

Palabras clave

sector marítimo; trabajadores del mar; digitalización; protección social

Abstract

The dilemma raised between the urgency of sustainable development and business competitiveness, on the one hand, and the need to guarantee the social protection of workers and to respect human rights, on the other, is impacting the world of maritime employment, whose particularities outline the actions in the field of employment and social security law in the face of global digitalisation. This article refers to digitalisation in the maritime industry and its impact on labour relations, based on the analysis of opportunities, threats and challenges faced by employees as the weakest link in labour relations. Reflections are given on the possible elements to be considered by companies in the industry to ensure that new technologies do not undermine working conditions or exacerbate social inequalities. The conclusions are that digitalisation is currently an opportunity, a threat, and a challenge alike, that it has a huge impact on maritime employment, especially at an organisational and operational management level (with backward regulations), and that it is more focused on financial profits than on employees.

Keywords

Maritime industry; seafarers; digitalisation; social protection

1. INTRODUCCIÓN

En el escenario mundial actual, caracterizado por la velocidad de las transformaciones de todo tipo y la influencia de varios factores como la globalización, el cambio climático, la innovación

Fecha Recepción: 25/10/2023 - Fecha Revisión: 11/11/2023 - Fecha Aceptación: 13/11/2023
Pags. 113-129

tecnológica, la escasez de recursos o los cambios demográficos, "el proceso de transformación digital se erige como un elemento catalizador y a la vez acelerador de muchos de estos cambios"[1].

Parviainen et al. definen transformación digital como cambios en las formas de trabajo, roles y oferta de negocios, causados por la adopción de tecnologías digitales en una organización, o en el entorno de operación de la organización; por lo que estos cambios se manifiestan en varios niveles, tanto los internos relativos a procesos, prácticas y servicios, como los externos que implican la extensión de los roles y participación de la empresa dentro de una cadena o ecosistema de valor, o hacia la sociedad en general[2].

En las publicaciones actuales se ha definido la digitalización o la transformación digital como "cambios relacionados con la aplicación de la tecnología digital en todos los aspectos de la sociedad humana"[3]. En el contexto de sectores económicos específicos, la digitalización introduce cambios en la forma de trabajar, los perfiles laborales y los modelos empresariales que se utilizan.

El futuro de la economía en general pasa por la digitalización[4]. Si se entrecruzan las visiones aportadas por los referentes consultados, puede considerarse que dicha digitalización debe ser enfocada desde, al menos, tres aristas: la primera, la existencia de tecnologías habilitadoras o facilitadoras del proceso; la segunda, la capacidad de transferencia, adaptabilidad o asimilación de tales tecnologías; y por último, su accesibilidad, fiabilidad y seguridad[5].

Para hablar de digitalización en el mundo del trabajo hay al menos tres tendencias globales a las que será inexcusable aludir: la revolución tecnológica, marcada por el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y sobre todo de Internet; la globalización (económica, financiera, comercial, social, cultural, tecnológica, ambiental y política); y el cambio cultural que las acompaña como resultante[6]. Todas ellas impactan sobre el empleo y las relaciones laborales, y no siempre de manera positiva: humanización *versus* pérdida de puestos de trabajo, flexibilidad *versus* protección de datos o derecho a la desconexión, por solo citas algunas contradicciones latentes, se interrelacionan de una forma cada vez más fuerte.

---

[1] Jorge, J., Chivite, M. P. y Salinas, F. (2019): "La transformación digital en el sector cooperativo agroalimentario español: situación y perspectivas", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 95, 39-70. DOI: 10.7203/CIRIEC-E.95.13002, p. 43.

[2] Véase Parviainen, P., Tihinen, M., Kääriäinen, J., & Teppola, S. (2017). "Tackling the digitalization challenge: How to benefit from digitalization in practice." *International Journal of Information Systems and Project Management*, 5(1), 63–77. https:// doi.org/10.12821/ijispm050104

[3] Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2021). La digitalización y el futuro del trabajo en el sector de los servicios financieros, Documento temático para la Reunión técnica sobre las repercusiones de la digitalización en el sector financiero, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales, Ginebra. Disponible en: https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay/alma995151490602676/41, p. 9.

[4] Consúltese Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Gobierno de España (2019). Estrategia de digitalización del sector agroalimentario y forestal y del medio rural. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/estrategia-digitalizacion-sector-agroalimentario/estrategia_digitalizacion_sector_agroalimentario_forestal_medio_rural_ve_tcm30-509645.pdf

[5] Al respecto se sugiere: Sotomayor, O., Ramírez, E. y Martínez, H. (coords.) (2021). "Digitalización y cambio tecnológico en las mipymes agrícolas y agroindustriales en América Latina", Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/65), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO); y Vañó Vañó, M. J. (2022). "Digitalización del sector agroproductor: intercooperación y tecnologías disruptivas", *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 41, pp. 191-221. DOI: https://doi.org/10.7203/CIRIEC-JUR.41.24591.

[6] Fundación Friedrich Ebert Argentina (2017). Digitalización y el Futuro del Trabajo, Sinopsis del estudio "Trabajar 4.0" elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo de Alemania. Análisis Nº 20, 17 p., https://library.fes.de/pdf-files/bueros/argentinien/13617.pdf.

El principal reto está en garantizar, por un lado, el trabajo decente dentro del cambio digital; y por otro, en plantear límites legales, sociales y económicos a la digitalización desenfrenada, de manera que no se comprometa el derecho al trabajo como vía para la reproducción material y espiritual del ser humano y se produzca la llamada "desocupación tecnológica"[7]. Asimismo, se han considerado otros desafíos o tendencias, como son: la flexibilización laboral, el desentendimiento del Estado y los empleadores en favor de la mayor autonomía de los trabajadores de plataforma, los riesgos y desventajas asociados al trabajo a distancia y el teletrabajo, o las nuevas formas de organización empresarial, intermediación laboral y tercerización, entre otros. Las preocupaciones viajan en ambos sentidos de las relaciones laborales –trabajadores y empresarios– e incluso se ha llegado a acuñar el término de "darwinismo tecnológico", que supone que quienes no consigan adaptarse tendrán bajas probabilidades de sobrevivir en el nuevo entorno digital[8].

Sin dudas, todo ello entraña el despliegue de mecanismos más eficaces en cuanto a la negociación colectiva, el asesoramiento jurídico empresarial y sobre todo laboral, la seguridad social, la cualificación, desarrollo y especialización laboral y profesional, la cultura organizacional y la innovación; ya que la digitalización como sinónimo de progreso económico no puede significar retroceso desde el punto de vista social, sino una oportunidad para continuar humanizando el trabajo y brindar mayores posibilidades de inserción a los diferentes colectivos, a tono con los postulados del trabajo decente y el Estado social de derecho[9].

Como tendencia, se ha señalado que la mayoría de los sectores digitalizados mejoran su productividad más rápido que los sectores menos digitalizados[10]. En este sentido, se afirma que la transformación digital es uno de los retos que todas las instituciones públicas y privadas están afrontando una vez superada la pandemia de la COVID-19, en función de ofrecer servicios adecuados a los ciudadanos, favorecer la productividad y mejorar el rendimiento de los trabajadores[11].

El propósito de esta contribución es referirse a la digitalización en el sector marítimo y su impacto en las relaciones de trabajo, sobre la base del análisis de oportunidades, amenazas y retos a atender por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en cumplimiento de su función tuitiva. Por un lado, se esboza el alcance de los desafíos que plantean las nuevas tecnologías para los trabajadores del mar; y por otro, se proponen reflexiones en torno a los posibles elementos a considerar por los actores sociales involucrados en el sector para garantizar que las nuevas tecnologías no socaven las condiciones laborales ni exacerben las desigualdades sociales.

---

[7] Ídem, p. 7.

[8] Aita, D. (2022). *Boletín FAL No. 393*: Digitalización en puertos: aplicación de gemelos digitales en la complejidad logística, www.cepal.org/transporte, p. 8.

[9] Fundación Friedrich Ebert Argentina (2017). Digitalización y el Futuro del Trabajo, Sinopsis del estudio "Trabajar 4.0" elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo de Alemania, op. cit.

[10] Para un mejor desarrollo de estas ideas, consúltese: Beltrán, A.; Oslé, S.; Ferrándiz, L.; González, E.; y Fernández, S. (2017). La reinvención digital: una oportunidad para España, McKinsey & Company, 58 p., disponible en https://circulodeempresarios.org/transformacion-digital/wp-content/uploads/PublicacionesInteres/05.La-reinvencion-digital-de-Espana.pdf.

[11] Análisis más acotados a las realidades comunitaria europea y española pueden hallarse en: García-Tudela, P.A., Montiel-Ruiz, F.J., y Prendes-Espinosa, M.P. (2022). "Tecnologías digitales para la formación en empresas y entidades de la economía social." *Hachetetepé. Revista científica en Educación y Comunicación*, (24), 1-19. https://doi.org/10.25267/Hachetetepe.2022.i24.1204; González-Cancelas, N., Molina-Serrano, B., Esteban-Infantes, M., Soler-Flores, F. y Camarero-Orive, A. (2020). "Escenario de digitalización para el sistema portuario español." *Revista Transporte y Territorio*, 22 (enero-junio), doi: 10.34096/rtt.i22.6377 [258-279]; y Sepúlveda Gómez, M. (2021). "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, el necesario protagonismo de la norma pactada." *Temas Laborales* núm.158, pp. 213-244.

La pertinencia de abordar estas cuestiones deriva de la condición de España como potencia marítima[12], rodeada por una gran masa de agua donde coexisten desde pequeñas embarcaciones de recreo hasta barcos de pesca y enormes buques de mercancías, y por tanto, del significativo peso que tienen los trabajadores del mar para nuestra economía y sociedad[13].

2. LA DIGITALIZACIÓN Y SU IMPACTO EN EL TRABAJO

La pandemia de la COVID-19 parece haber acelerado el proceso de digitalización en la organización del trabajo y las empresas, sobre todo a partir del incremento del trabajo a distancia y el teletrabajo[14], que supuso además la necesidad de ampliar y replantear sus marcos regulatorios. Algunos analistas consideran que la automatización, la tecnología 4.0, el teletrabajo y el trabajo en plataformas digitales han venido para quedarse; y que a su vez entrañarán efectos sociales, en particular sobre el volumen de empleo[15].

Sin embargo, no existe consenso en cuanto a si la digitalización devendrá automatización ahorradora de puestos de trabajo como ha sido históricamente la tónica del progreso tecnológico[16]; si el cambio estructural digital no modificará sustancialmente el nivel de empleo, sino que afectará más bien la distribución de puestos de trabajo según profesión, sector y cualificación[17]; o si el impacto será limitado a las tareas de trabajo[18].

En la actual era de las plataformas digitales en el medio global, considera Pastor Sempere que: "Nos encontramos ante una nueva oportunidad única para aprovechar y "humanizar" la cuarta revolución industrial y los cambios sociales que desencadena, para ayudar a abordar los problemas sociales…"[19].

En este sentido, el *Libro Blanco Trabajar 4.0*, elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania, ha reconocido que

> La digitalización aumenta la tendencia a flexibilizar el trabajo en materia de horarios y lugares, y ofrece nuevas posibilidades a la actividad por cuenta propia y a la compensación entre la profesión y la familia. Sin embargo, esto conlleva el riesgo de

[12] Así se afirma en el prestigioso blog institucional "Expansión Madrid" en su entrada del 3 de octubre de 2019, intitulada *El reto de digitalizar las comunicaciones marítimas*. Disponible en: https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2019/10/03/5d94c821468aebe1628b45c1.html.

[13] Según Julio Gómez-Pomar, Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, el sector marítimo español en su conjunto genera 350 mil empleos y una aportación el Valor Bruto Añadido nacional por encima del 3%. Al respecto, *vid.* ALBORS GALIANO PORTALES (19 de abril de 2018). *Los Retos de la Innovación y la Digitalización en el Sector Marítimo, desayuno del CME con el Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda*. Blog institucional. https://www.alborsgaliano.com/los-retos-de-la-innovacion-y-la-digitalizacion-en-el-sector-maritimo-desayuno-del-cme-con-el-secretario-de-estado-de-infraestructuras-transporte-y-vivienda/

[14] Menoya Zayas, S. (2022). "Trabajo a distancia y COVID-19 en Cuba: entre la protección sanitaria obligada y la protección laboral incompleta." *Revista Internacional de la Protección Social*, España, Vol. VII, Nº 1, pp. 154-180, http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.08.

[15] *Vid.* Martín Artiles, A. (2021). "Digitalización del trabajo: proto sindicalismo y cuasi-unionismo post-pandémico." *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 9-32. https://doi.org/10.5565/rev/aiet.91.

[16] Ídem.

[17] Fundación Friedrich Ebert Argentina (2017). Digitalización y el Futuro del Trabajo, Sinopsis del estudio "Trabajar 4.0" elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo de Alemania, op. cit.

[18] Como punto de partida, no es ocioso dejar claro que la automatización puede entenderse como el proceso de lograr que una tarea o procedimiento se pueda ejecutar sin asistencia humana, o con asistencia humana reducida, mientras que los procesos de digitalización son más amplios y complejos (abarcan tecnologías como inteligencia artificial, cadenas de bloques, análisis de datos, Internet de las cosas y automatización de los procesos robotizados).

[19] Pastor Sempere, C. (2021), "Digitalización y cooperativas de plataforma", op. cit., p. 34.

> que se "eliminen las fronteras" del trabajo y se fragmente el personal, lo que dificulta la búsqueda y la representación de intereses colectivos.[20]

Al hilo de estas ideas, han emergido al debate académico y social otras preocupaciones en torno a la "invasión" a la vida privada y la no neutralidad que supone la automatización, de la mano de los llamados algoritmos digitales como una de las salidas del proceso y herramienta a la que las empresas están recurriendo con mayor frecuencia hoy en día para la toma de decisiones, en franco reemplazo de la subjetividad y humanismo de las relaciones laborales, y también como instrumento de vigilancia a sus empleados[21].

Según el informe "Digitalización y Servicios Públicos: Una Perspectiva desde el Trabajo", la digitalización afecta a los mercados laborales de cinco maneras principales: 1) creando empleos y nuevas profesiones relacionados con nuevas tecnologías digitales; 2) destruyendo empleos y tareas que pueden ser digitalizadas, sobre todo si aportan poco valor o son simples, repetitivas, peligrosas, tediosas o agotadoras; 3) modificando el contenido del empleo, desdibujando el lugar de trabajo y las fronteras de trabajo/vida e instaurando nuevas formas de gestión habilitada digitalmente; 4) modificando la relación con ciudadanos/usuarios del servicio, reduciendo notablemente el contacto humano y la interfaz; y 5) desplazando la relación laboral hacia la subcontratación y la privatización[22].

2.1. La digitalización en el sector marítimo

Cuando se aborda el tema de la digitalización en el ámbito marítimo, los estudios discurren fundamentalmente en torno a la gestión del transporte marítimo, entendido sobre todo como ingeniería naval; las operaciones logístico-portuarias; los sistemas de comunicaciones marítimas conocidos hoy como *e-navigation* (navegación electrónica o navegación-e); y la automatización de procesos de organización, gestión, control, vigilancia y administración de información y datos, que apunta hacia la llamada revolución o industria 4.0[23].

Hay que tener en cuenta que el transporte marítimo representa el pilar fundamental sobre el cual se sostiene la economía mundial, y que los nuevos desarrollos en inteligencia artificial y automatización brindan a la industria herramientas digitales cada vez más relevantes, que bien utilizadas pueden garantizar mayor eficiencia, productividad, sostenibilidad y transparencia de los

---

[20] Fundación Friedrich Ebert Argentina (2017). Digitalización y el Futuro del Trabajo, Sinopsis del estudio "Trabajar 4.0" elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo de Alemania, op. cit., p. 1.

[21] Para un mayor abundamiento sobre este tema se recomienda: Aragüez Valenzuela, L. (2022). "Desafíos de la digitalización de las relaciones laborales: algoritmos digitales, robotización y trabajo a distancia." *Revista Internacional de la Protección Social*, España, Vol. VII, Nº 1, pp. 8-10, http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.01.

[22] Este interesante enfoque desde la negociación colectiva se puede leer en: Colclough, C. J. (2021). Digitalización: una guía de acción sindical para el trabajo y trabajadores de Servicios Públicos, https://publicservices.international/resources/digital-publication/digitalizacin-una-gua-de-accin-sindical-para-el-trabajo-y-trabajadores-de-servicios-pblicos?id=11767&lang=es.

[23] Así puede colegirse a partir de la triangulación de distintas visiones que convergen hacia estos temas, como en: Aita, D. (2022). *Boletín FAL No. 393*: Digitalización en puertos: aplicación de gemelos digitales en la complejidad logística, op. cit.; Bárcena Conde, J. (2019). *TICs en procedimientos de gestión y facturación de servicios portuarios: digitalización de la factura proforma*. Trabajo de fin de Máster Universitario en Náutica y Gestión del Transporte Marítimo, Escuela Superior de la Marina Civil de Gijón, Universidad de Oviedo, 41 p.; GRADIANT (2019). La digitalización de las comunicaciones marítimas – Estudio de la evolución de las comunicaciones marítimas: desde la voz hasta la *e-Navigation*, 1ª edición, noviembre, 103 p.; y Ortiz, N., González, N., Molina, B., Soler, F. y Camarero, A. (2020). "Estrategia del Océano Azul para el sector portuario (sincromodalidad y digitalización)." *Entre Ciencia e Ingeniería*, vol. 14, no. 27, enero-junio, pp. 50-57 (en línea).

procesos comerciales y logísticos[24]. En ese sentido, diversas fuentes refieren que entre el 80% y el 90% del comercio mundial se lleva a cabo por navieras, lo cual demuestra la casi total dependencia de la economía global del sector marítimo[25], razón de peso para comprender que la transformación digital y la presencia de puertos inteligentes resultan imprescindibles[26].

Se ha demostrado que la optimización de las operaciones de transporte conduce a una disminución de los accidentes en los puertos y en el mar, reduce la contaminación y las emisiones y, en general, ayuda a minimizar las externalidades negativas y agilizar el transporte del comercio internacional[27]. Por lo tanto, la digitalización en el transporte marítimo también puede contribuir a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[28]. De hecho, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en su último examen del transporte marítimo mundial ha señalado como dos de las principales líneas de actuación en torno a ese propósito la inversión en infraestructuras y sistemas de transporte para reforzar las cadenas globales de suministro y la inversión encaminada a la descarbonización del sector[29].

Esto implica un reto importante desde el punto de vista normativo de cara a los colectivos de personas trabajadoras que sostienen esta industria, ya que se requiere de regulaciones actualizadas y exigentes que por un lado no frenen el desarrollo vertiginoso de la digitalización, pero por el otro que no menoscaben la seguridad y salud de los trabajadores (prevención de riesgos laborales, prevención de accidentes, sistemas de emergencia, comunicación constante con tierra en alta mar, etc.)[30].

La optimización y la automatización también pueden resultar en una reducción del empleo tradicional, tanto del trabajo manual (por ejemplo, el trabajo portuario), como del trabajo de oficina (por ejemplo, tareas que se están automatizando). Esto puede tener una influencia negativa en el mercado laboral, y si los países en desarrollo no logran participar en las nuevas oportunidades comerciales, esto podría tener un impacto adverso en la innovación y el desarrollo de infraestructura[31].

El impacto general de la digitalización en el transporte marítimo en el logro de los ODS dependerá del marco internacional y de las políticas nacionales que afecten al transporte, el empleo,

[24] *Víd.* Jama Barzola, W. R. (2023). *El Impacto de la Digitalización en la Gestión del Transporte Marítimo: Oportunidades y Desafíos para el Ecuador.* Guayaquil: Universidad Del Pacífico, 19 p. Trabajo de Titulación.

[25] Consúltese, entre otras: Flores Téllez, F. (25 de enero de 2023). La importancia del transporte marítimo en el comercio internacional y los seguros marítimos. Blog del Centro Universitario de Estudios Jurídicos (CUEJ), disponible en: https://librosyrevistascuej.com/la-importancia-del-transporte-maritimo-en-el-comercio-internacional-y-los-seguros-maritimos; Organización Marítima Internacional [OMI] (20 de noviembre de 2015). "El transporte marítimo: indispensable para el mundo", seleccionado como lema del Día marítimo mundial de 2016. Sitio web oficial, disponible en: https://www.imo.org/es/MediaCentre/PressBriefings/Paginas/47-WMD-theme-2016-.aspx#:~:text=%22Actualmente%20alrededor%20del%2090%25%20del,para%20mantener%20el%20mundo%20actual; Organización Mundial del Comercio (2023). *Transporte marítimo*. Sitio web oficial, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/transport_s/transport_maritime_s.htm.

[26] Así lo ha considerado en su página web institucional el influyente Grupo Moldtrans (10 de julio de 2020). *Importante impulso a la digitalización de la industria marítima*. Blog institucional, https://www.moldtrans.com/importante-impulso-a-la-digitalizacion-de-la-industria-maritima/.

[27] Confederación Europea de Sindicatos [CES] (2021). Informe la digitalización de la economía. https://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf.

[28] Con respecto a la implementación de los ODS y el desarrollo del sector marítimo, se recomiendan los trabajos: Tjan, E. (2021). Transformación digital en el sector del transporte marítimo. https://www.researchgate.net/publication/351851417_Digital_transformation_in_the_ maritime_transport_sector; y Jovic, M., & Tijan, E. (2022). Factores de la Transformación Digital en el Sector del Transporte Marítimo. https://www.researchgate.net/publication/362610868_Factors_of_Digital_Transformation_in_the_Maritime_Transport_Sector.

[29] Consúltese: United Nations (2022). Review of Maritime Transport 2022. Geneva, 174 pp. https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2022_en.pdf.

[30] Véase "Expansión *M*adrid", en la propia entrada antecitada.

[31] Yuan, F. (2019). Digitalization of Maritime Transport Documents. https://dnb.info/1202334253/34.

el medio ambiente, la innovación y la competencia. Es necesario diseñar políticas, a nivel nacional e internacional, dirigidas a garantizar que los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, no se queden atrás y puedan beneficiarse de la digitalización del transporte marítimo internacional, tanto como comerciantes como proveedores de servicios portuarios y marítimos[32].

Tales propósitos requieren no solo la creación de capacidades en infraestructura, sino además la existencia de capacidades institucionales que garanticen la igualdad de condiciones para los operadores de transporte y otros proveedores de servicios de los países en desarrollo y los países menos adelantados; así como el desarrollo de capacidades humanas, dado el aumento en la demanda de profesionales cualificados, particularmente en logística, tecnología de la información y áreas relacionadas que trae consigo la digitalización.

La Organización Marítima Internacional (OMI) está trabajando para asegurarse de que todos los países adopten la revolución digital a fin de mejorar su eficiencia y sostenibilidad para facilitar el comercio y el crecimiento económico, si bien la industria marítima aún tiene varios retos que afrontar debido a las asimetrías que se manifiestan en el proceso de incorporación de los países, empresas y puertos a la transformación digital[33]. Estudios recientes de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) revelan entre los riesgos que representan las tecnologías exponenciales que conforman la cuarta revolución industrial precisamente a la brecha existente entre los países para abordar económica y estratégicamente el uso de tecnologías como la inteligencia artificial, el internet de las cosas, *blockchain*, las comunicaciones con tecnología 5G, entre otras[34].

En el ámbito comunitario europeo, la Declaración de La Valeta (Malta) sobre la política marítima de la Unión Europea (UE), adoptada en conferencia ministerial el 29 de marzo de 2017 y refrendada por el Consejo de la UE en junio del mismo año, estableció la competitividad, la descarbonización y la digitalización como principios rectores de la política de transporte marítimo de la Unión[35]. Y es que en materia de sostenibilidad ambiental también hay que echar mano de nuevas tecnologías amigables con el medio ambiente marino, como respuesta a los compromisos adoptados por los Estados en el marco de los objetivos de la OMI hasta 2050 de reducir a la mitad las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de buques; lo que a su vez impactará en el empleo por la necesidad de contar con un talento formado para las nuevas exigencias de la economía digital[36].

Los retos actuales del sector portuario pasan por desarrollar los llamados puertos inteligentes (*smart ports*), cuyas características principales se definen por la digitalización y la sincromodalidad[37], y por ser sin dudas un importante elemento diferenciador de las ciudades que los poseen. Presentados como estandartes de la economía 4.0, esta nueva versión de puertos integra tecnologías disruptivas esenciales en la actualidad, en función de revolucionar y mejorar los procesos de automatización,

[32] Jama Barzola, W. R. (2023). *El Impacto de la Digitalización en la Gestión del Transporte Marítimo: Oportunidades y Desafíos para el Ecuador*, op. cit.

[33] Fruth, M. y Teuteberg, F. (2017). "Digitization in maritime logistics—What is there and what is missing?". *Cogent Business & Management*, vol. 4, no 1, p. 1411066.

[34] Aita, D. (2022). *Boletín FAL No. 393*: Digitalización en puertos: aplicación de gemelos digitales en la complejidad logística, op. cit.

[35] ALBORS GALIANO PORTALES (19 de abril de 2018). *Los Retos de la Innovación y la Digitalización en el Sector Marítimo, desayuno del CME con el Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda*. Blog institucional. https://www.alborsgaliano.com/los-retos-de-la-innovacion-y-la-digitalizacion-en-el-sector-maritimo-desayuno-del-cme-con-el-secretario-de-estado-de-infraestructuras-transporte-y-vivienda/

[36] Randstad España (2 de octubre, 2020). *El futuro digital y sostenible del transporte marítimo*. Blog institucional, https://www.randstad.es/contenidos360/tecnologia/digitalizacion-transporte-maritimo/

[37] Ortiz *et al.* (2020), "Estrategia del Océano Azul para el sector portuario (sincromodalidad y digitalización)", op. cit.

descarbonización, conectividad, monitorización, e implementar la inteligencia artificial en la gestión del transporte y la logística portuaria[38].

Se trata, pues, de un proceso de automatización que persigue hacer más eficiente, predictiva, flexible y ágil la cadena de suministro, lograr la intermodalidad y desarrollar una gestión más sostenible para reducir la contaminación[39]. En este sentido se afirma que "la navegación electrónica ha supuesto una auténtica revolución para el dominio marítimo y ha establecido las bases de un nuevo paradigma en la navegación, el transporte y las comunicaciones en el mar"[40].

2.2. Características del trabajo en el mar

Muchos trabajos de carácter asalariado presentan particularidades en su regulación sin entrar en la categoría de las relaciones laborales de carácter especial (*v. gr.*, personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, abogados en despachos jurídicos, entre otros). Tales particularidades suelen derivar del ámbito de trabajo, siendo el sector de actividad uno de los factores que más influyen en la modalización del trabajo y de su régimen jurídico[41], y es este el caso del trabajo en el mar.

La mayor parte de estos trabajos se rige por la legislación laboral común, a la que se añaden reglas particulares a través de distintas fuentes: unas veces a través de leyes especiales o de la legislación que con carácter general aborda la actividad productiva correspondiente, como la legislación sobre marina mercante; y en otras ocasiones a través de normas laborales de carácter sectorial procedentes de la negociación colectiva, de la potestad reglamentaria o incluso de instancias internacionales o supranacionales[42].

Si nos detenemos en el panorama general del mercado de trabajo de la gente de mar, se puede advertir con suma nitidez el enorme peso de este sector laboral para la economía y la sociedad. Se afirma que más del 90% del comercio mundial, en términos de tonelaje, se hace a través del sector marítimo y se estima que hay más de 1,6 millones de personas que trabajan como gente de mar en diferentes tipos de buques mercantes, mientras que unos 15 millones de personas se dedican a la pesca.

El trabajo marítimo y pesquero está caracterizado por una serie de notas diferenciadoras que se apartan, sustancialmente, de aquellas que definen y propician la aplicación de mecanismos protectores a otros colectivos profesionales[43], a saber: el espacio físico en que se lleva a cabo la actividad, la dureza de las condiciones de vida a bordo, el prolongado aislamiento de las tripulaciones, el alejamiento del hogar familiar, las elevadas tasas de morbilidad y siniestralidad, así como el carácter estacional del trabajo y la existencia de una retribución a la parte (sector pesquero).

[38] Véase: Pérez, M. (s/f). *Factores clave para la digitalización del sector portuario*. Blog personal. https://euro-funding.com/es/blog/factores-clave-para-la-digitalizacion-del-sector-portuario/; Aita, D. (2022). *Boletín FAL No. 393*: Digitalización en puertos: aplicación de gemelos digitales en la complejidad logística, op. cit.; y Fuentes, M. (2022). *Digitalización en el Sector Marítimo y Portuario*. Revista Marítima & Portuaria, https://revistamaritima.com/2022/01/12/digitalizacion-en-el-sector-maritimo-y-portuario/.

[39] González-Cancelas *et al.* (2020), "Escenario de digitalización para el sistema portuario español", op. cit.

[40] GRADIANT (2019). La digitalización de las comunicaciones marítimas – Estudio de la evolución de las comunicaciones marítimas: desde la voz hasta la *e-Navigation*, op. cit., p. 95.

[41] Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J. (2018). *Derecho del Trabajo*. Tecnos: Madrid.

[42] Ídem.

[43] Muy ilustrativo en cuanto a esta caracterización resulta el Preámbulo a la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, Boletín Oficial del Estado de 22-10-2015, https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11346, del que se reproducen aquí algunas ideas.

Sobre la base de lo anterior, el legislador tomó en consideración el carácter especial de la actividad marítimo-pesquera y le otorgó dicho calificativo, en orden a la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social (por ejemplo, la aplicación de coeficientes reductores en la edad de jubilación); y así la fue dotando sucesivamente de una normativa propia, al amparo de un régimen especial que equiparase el grado de protección social de las personas trabajadoras del mar al de las personas trabajadores de otros sectores.

Las circunstancias señaladas del trabajo en el mar, junto a otras como pueden ser la extraterritorialidad del trabajo marítimo, la dispersión del colectivo y el carácter hostil e imprevisible del medio donde se desarrolla la actividad, conforman, además, un marco laboral que requiere de un modelo de protección diferenciado por su carácter específico e integral.

A ello se unen otros caracteres distintivos, como es el caso de la profesionalización, signada por un proceso de contratación que debe cumplir las exigencias internacionales y nacionales respecto de los niveles de formación obligatorios requeridos para cada puesto que ha de ocupar un marino; la intervención de actores diversos (armadores, corredores navales, gestores de tripulaciones, agencias de contratación y colocación e instituciones de formación) y la condición de mercado de trabajo globalizado y multinacional (altamente extranjerizado), marcado por la proliferación de las banderas de conveniencia (dados sus bajos costes de contratación y escaso control fiscal).

Cuando se analizan a fondo las características del trabajo y la vida a bordo, la cuestión se complejiza por el referido particularismo. Los marinos están casi todo el tiempo sujetos a muchos peligros, vulnerabilidades y riesgos. El medio naval donde tiene lugar su actividad es al mismo tiempo "centro de trabajo", "lugar de trabajo" y "domicilio temporal", lo cual hace el proceso y régimen de trabajo diferente y anómalo. Los largos períodos de permanencia en el mar, la rápida rotación en los puertos, la conformación de tripulaciones más pequeñas y los horarios prolongados e irregulares provocan en los marinos sensación de aislamiento social, niveles elevados de estrés, depresión, cansancio o fatiga. Asimismo, existe un mayor riesgo de exposición al abuso del alcohol y el consumo de drogas, a las enfermedades infecciosas, la violencia y el acoso. Por otra parte, el trabajo en un entorno multicultural, multiétnico y multirreligioso, que obliga a la gente de mar a adaptarse a diferentes idiomas y prácticas culturales, crea barreras a la comunicación, puede generar discriminación, violencia, acoso, etc. Y finalmente, y no por ser menos importante, la gente de mar está expuesta a otros problemas relacionados con su trabajo, como son la piratería, el abandono y la criminalización.

Por todo ello, las actuaciones en sanidad marítima se basan en que la concepción de la salud en el medio marítimo obliga a poner en marcha mecanismos sanitarios preventivos, complementarios de los asistenciales, de forma integral y planificada, que traten de minimizar desde el punto de vista sanitario aquellos factores morbígenos que determinan la singularidad propia de este sector marítimo-pesquero, en concreto la lejanía de los centros sanitarios, el trabajo en plataformas móviles, la exposición a un ambiente natural impredecible y el aislamiento social y familiar.

Desde la perspectiva de la normatividad legal e institucional en torno al trabajo de la gente de mar, cabe apuntar que son varios los organismos, instrumentos y mecanismos de concertación que tributan de manera cruzada –que no integrada– pero sí directa o indirectamente a la regulación del trabajo y de la seguridad social de estos colectivos; dígase la OIT, la OMI, la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, por sus siglas en inglés) (para la actividad pesquera), los memorandos de entendimientos (MOU, por sus siglas en inglés), y las disposiciones jurídicas en los ámbitos de la UE, regionales y nacionales.

Por otra parte, la naturaleza internacional y de actor múltiple del trabajo marítimo dificulta el cumplimiento de la normatividad internacional y la generación de políticas públicas para garantizar las condiciones de empleo y la cobertura de seguridad social. El escenario común del trabajo a bordo de buques es el siguiente[44]:

1) La gente de mar puede trabajar en buques de su misma nacionalidad en aguas nacionales o internacionales.

2) La gente de mar puede laborar en buques de otra nacionalidad en aguas nacionales o internacionales.

3) Las agencias de contratación o colocación de gente de mar emplean trabajadores de distintas nacionalidades.

4) Los buques, la mayoría de las veces, son registrados en países distintos al de sus propietarios.

Se trata, pues, de un derecho público y privado internacionalizado, lo que condiciona las regulaciones de trabajo y seguridad social.

3. HACIA UNA CONVERGENCIA NECESARIA ENTRE LA DIGITALIZACIÓN Y EL TRABAJO EN EL SECTOR MARÍTIMO. PERSPECTIVAS Y RETOS PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL

En materia de empleabilidad, el marítimo es uno de los sectores con mayor capacidad de generar empleo, sin embargo, el incremento constante del contenido tecnológico de esta industria contrasta con la tendencia a la baja de las contrataciones e impone la necesidad de perfiles profesionales con una buena formación técnica y una gran polivalencia[45]. La tecnología afecta principalmente a las terminales de contenedores y se estima que la destrucción potencial de puestos de trabajo en los puertos rondará el 8,2%[46].

En un informe de 1991 presentado a la Comisión Paritaria Marítima (JMC), la OIT ya señalaba a los adelantos tecnológicos como la posible causa de la disminución de las oportunidades de empleo en el mar. Igualmente se citaban la automatización y otras innovaciones tecnológicas como factores que podían reducir las dotaciones y aumentar su aislamiento, al tiempo que aumentaba la necesidad de disponer de personal altamente cualificado. La demanda de tripulaciones altamente especializadas y cualificadas aumentará a medida que el sector avance con la digitalización de los sistemas de navegación de los buques.

Los avances tecnológicos han facilitado o sustituido parte de las labores de la tripulación, lo cual ha provocado una reducción gradual del número de miembros de la tripulación a bordo de los buques. El nivel de autonomía de los buques incidirá en el número de marinos necesarios para manejar

[44] Cuchcatla Méndez, C. (2021). El trabajo marítimo: condiciones de empleo y seguridad social en las Américas. Cuadernos de Políticas para el Bienestar, núm. 8. Conferencia Interamericana de Seguridad Social.

[45] Blanco, A. (26 de mayo de 2023). *La unión del sector marítimo, clave para afrontar los retos de empleabilidad, transición energética y digitalización*. Portal Conecta Industria, https://www.conectaindustria.es/articulo/innovacion/union-sector-maritimo-clave/20230526100434010283.html

[46] Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte [ITF] (s/a). Sector Marítimo. Sitio web, https://www.itfglobal.org/es/focus/automation/sector-mar%C3%ADtimo.

los sistemas de a bordo, y en las competencias necesarias para ello[47], lo cual puede suponer un gran reto para el marco reglamentario y jurídico de cara a la estabilidad laboral del colectivo. Incluso, ya se avivan las discusiones en torno a la figura del capitán *remoto*, el cual se considera que tendría las mismas obligaciones y derechos que el capitán a bordo, pero con especificidades (como puede ser el hecho de si un capitán remoto puede estar al mando de varios buques, si puede haber relevo entre capitanes durante la navegación o si deben considerarse gente de mar)[48]. No obstante, se reconoce que es difícil predecir el impacto que tendrán los avances tecnológicos y la automatización en la pérdida o la creación de empleos en el sector marítimo a futuro, ya que se espera que la digitalización repercuta más en las tareas que en los puestos de trabajo[49].

Estudios sobre la percepción de la gente de mar con respecto a la transformación digital sugieren que para ellos representa más una oportunidad que una amenaza para sus puestos en el futuro y mayormente refieren que

> la automatización tiene un efecto positivo en su puesto de trabajo, pues puede contribuir a mejorar la vida laboral mediante la mejora de las condiciones de trabajo en el mar, la reducción del número de actividades físicamente duras y de tareas peligrosas, monótonas o tediosas, lo cual disminuiría, a su vez, las horas de trabajo excesivas y el cansancio, así como las lesiones relacionadas con el trabajo y otros problemas de seguridad y salud en el trabajo[50].

Sin embargo, cuestiones tales como el uso de buques sin tripulación, la robótica y la inteligencia artificial son consideradas por los marinos como las principales amenazas para su carrera profesional en el futuro y generan temores, escepticismo y cierta resistencia ante la carencia de las capacidades y los conocimientos necesarios para cumplir los requisitos de las nuevas tecnologías[51].

Autores como González-Cancelas et al. consideran que el rechazo del gremio a la digitalización puede convertirse no solo en un freno al desarrollo, sino en fuente de conflictos colectivos que afecten los beneficios de las navieras y operadores de terminales portuarias[52].

Por otra parte, la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF, por sus siglas en inglés) ha considerado que en tanto muchas de las tecnologías creadas podrían utilizarse en beneficio de los trabajadores y sus condiciones laborales, así también su uso podría acarrear el efecto contrario. A este respecto, ITF pone como ejemplo a la pesca, ámbito en el cual la tecnología de control disponible podría utilizarse para garantizar unas condiciones laborales decentes en el mar, pero en la actualidad se utiliza principalmente para controlar las capturas y permitir que las tripulaciones se comuniquen con la costa; mientras que en algunos casos, como la navegación autónoma, todavía los

---

[47] Consúltese: Organización Internacional del Trabajo (2019). *Contratación y retención de la gente de mar y promoción de oportunidades para las mujeres de mar*. Informe (Ginebra, 25 de febrero – 1.º de marzo de 2019), Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales, p. 9 ss.

[48] Frade de Blas, H. J. (2023). "Buques autónomos." *Revista Mar*, núm. 637, septiembre (impresa), Instituto Social de la Marina, pp. 26-29.

[49] OIT (2019). *Contratación y retención de la gente de mar y promoción de oportunidades para las mujeres de mar*, op. cit., pp. 31-32.

[50] Ídem, pp. 32-33.

[51] Sobre estos hallazgos se recomienda consultar a: Redacción Naucher (18 enero, 2023). *El progreso marítimo en peligro por el temor a la digitalización, según Wärtsilä*. https://www.naucher.com/el-progreso-maritimo-en-peligro-por-el-temor-a-la-digitalizacion-segun-wartsila/ y MasContainer (24 de septiembre de 2023). *Resistencia a la digitalización en el transporte marítimo*. Blog institucional, https://www.mascontainer.com/resistencia-a-la-digitalizacion-en-el-transporte-maritimo/

[52] González-Cancelas *et al.* (2020), "Escenario de digitalización para el sistema portuario español", op. cit.

desarrollos están en fase de prueba y se enfrentan a importantes obstáculos técnicos, reglamentarios y jurídicos[53], por lo que su impacto en el trabajo está por verse.

González-Cancelas et al. plantean que "las claves para obtener la máxima eficiencia a través de la digitalización van a sustentarse en un cambio cultural y una visión del sector portuario frente a la innovación"[54], de ahí se asume como pilar la gobernanza y las relaciones público-privadas, sociales y laborales nuevas, a lo que se añadiría el rol del sindicalismo y la negociación colectiva.

Desde el prisma del ordenamiento interno español, se puede entender tanto como oportunidad y como reto la adopción adecuada, esto es, contextualizada, del Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, de 22 de junio de 2020, que al decir de Sepúlveda Gómez entraña un mayor protagonismo de dicha negociación colectiva y del diálogo social en la concepción de un marco regulatorio nacional de las nuevas relaciones laborales[55].

En esta tesitura, la respuesta de los sindicatos de trabajadores marítimos ante los desafíos de las nuevas tecnologías debe enfocarse en los siguientes aspectos: participación en el diseño de procesos, algoritmos y tecnologías; evaluación de impacto en seguridad y salud laboral; conocimiento de contenidos y propósitos del uso de datos personales y mecanismos de vigilancia laboral; actualización y producción legislativa en relación con las nuevas tecnologías; provisión de facilidades de acceso a formación y capacitación; utilización de las tecnologías en la mejora de las condiciones laborales a bordo de los buques, seguridad y salud, y comunicación[56]; mecanismos de compensación o indemnización ante la desaparición de puestos de trabajo por causas tecnológicas; derecho al descanso y a la desconexión digital[57].

Esto es primordial si se quiere que la UE continúe ganando espacio en la competitividad del mercado y la geopolítica de las cadenas de valor globales, que tal y como se ha apuntado resultan inseparables del sector marítimo-portuario, el cual –a tenor de las características tan singulares que ya fueron comentadas– precisa de abordajes distintos y mucho más abarcadores con respecto a algunas de las cuestiones del trabajo que el referido Acuerdo ha señalado como susceptibles de ser impactadas negativamente por la digitalización, a saber:

> la formación permanente en competencias digitales para mantener el empleo; el tiempo de trabajo en la organización flexible del trabajo por el uso de la tecnología –conexión y desconexión- ya sea en el lugar de trabajo o mediante teletrabajo; directrices y principios sobre cómo se debe introducir la inteligencia artificial (IA) en el mundo laboral y la garantía de su control humano; y la preservación de la dignidad de las personas trabajadoras en el control empresarial de la ejecución del trabajo a través de dispositivos digitales[58].

Al hilo de los aspectos mencionados, se coincide con Valverde Asencio en cuanto a la importancia de diseñar e implementar políticas de empleo y acceso a la formación de las nuevas capacidades que demanda la digitalización de la economía, así como su adaptabilidad a los cambios

[53] ITF (s/a). Sector Marítimo, op. cit.

[54] González-Cancelas *et al.* (2020), "Escenario de digitalización para el sistema portuario español", op. cit., p. 270.

[55] Sepúlveda Gómez, M. (2021). "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, el necesario protagonismo de la norma pactada", op. cit.

[56] Hay una diferencia entre la tecnología destinada a mejorar la seguridad y la tecnología destinada a mejorar la eficiencia o la productividad. Esta última suele hacer hincapié en la velocidad y la reducción de los costes, muchas veces en sacrificio de la seguridad.

[57] ITF (s/a). Sector Marítimo, op. cit.

[58] Sepúlveda Gómez, M. (2021). "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, el necesario protagonismo de la norma pactada", op. cit., p. 215.

constantes que se van produciendo, no solo tecnológicos sino también en relación con formas de organización del trabajo que cuestionan la estructura y capacidad de respuesta de los sistemas de protección social ante las nuevas realidades[59].

4. A MODO DE REFLEXIONES FINALES

A medida que quedan más claras las consecuencias sociales y económicas de la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19, se revela con más claridad y urgencia la necesidad del salto digital en el mundo del trabajo. Como se ha visto a lo largo del desarrollo de este trabajo, las miradas a la digitalización del sector marítimo apuntan más a cuestiones técnicas que humanas, enfatizando en los desafíos y oportunidades para digitalizar la cadena de valor en todos sus eslabones[60]: diseño y construcción naval; navegación autónoma; conectividad; gestión de puertos, almacenes y trámites documentarios, entre otros. Pero no se puede perder de vista que detrás de todos esos procesos y actividades están los trabajadores del mar.

Existe una serie de características o circunstancias particulares que diferencian el trabajo de la gente de mar del de otros colectivos profesionales, como puede ser: la dureza de las condiciones a bordo de un buque, el aislamiento de las tripulaciones, la lejanía del hogar y las altas tasas de siniestralidad, además de su carácter estacional. Un poco más acotado a la relación entre la llamada navegación-e y el factor humano, se reconocen factores de riesgo en el manejo de la tecnología por parte del marino como causas de accidentes, entre ellos: exceso de confianza, saturación de la información y el propio estrés tecnológico.

Sobre la base de un cambio de foco hacia el ámbito del trabajo marítimo, se colige que el proceso de transformación digital lo impacta en gran medida, pero a criterio del autor más en vínculo con la gestión de los recursos humanos, su formación continua y competitividad –en lo que a dominio o destreza tecnológica se refiere en cuestiones tales como gestión de la información, ciberseguridad o gestión operacional–, que enfocado a la regulación jurídica de relaciones laborales nuevas o redimensionadas por tal salto tecnológico.

Las preocupaciones de los actores económicos de hoy día se dirigen más hacia lograr mayor competitividad en los mercados, la eficiencia en el transporte y la búsqueda de mecanismos de inserción en las cadenas globales de suministros, que hacia la preparación de la fuerza de trabajo marítima para enfrentar los cambios y ser protagonista de las transformaciones. Por tanto, se trata de un enfoque que tiene que cambiar de manera urgente, e integrar las visiones de corto, mediano y largo plazo, teniendo en cuenta que una reducción de los puestos de trabajo actuales a causa de la digitalización, también puede suponer a futuro un incremento de la demanda de ocupaciones por el rápido crecimiento de la productividad, la actividad económica y comercial, y las infraestructuras y sistemas de transporte marítimo-portuario.

Por tanto, son necesarios nuevos modelos de gestión laboral adaptados a las nuevas realidades; y en función de ellos, se requiere de nuevos enfoques de protección social. Pero ello no será del todo posible sin la participación efectiva de los interlocutores sociales en representación de los trabajadores del sector. Corresponde, pues, al diálogo social y a la negociación colectiva –en este sector marcadamente internacionalizada– lograr que se manifieste un adecuado equilibrio entre

[59] Valverde Asencio, A. J. (2019). "Nuevas capacitaciones profesionales para la mejora de la empleabilidad en el proceso de digitalización: un debate necesario sobre la formación y las políticas activas de empleo." *Temas Laborales* núm. 148, pp. 137-160.

[60] Para un reflexión en torno a los impactos de la digitalización sobre la cadena de valor marítima: "El Canal Marítimo y Logístico" (22 marzo, 2023). *Sinaval enarbola la bandera de la digitalización*. Blog institucional. https://www.diarioelcanal.com/sinaval-enarbola-la-bandera-de-la-digitalizacion/.

desarrollo digital y desarrollo laboral, es decir, que esta relación constituya un verdadero círculo virtuoso orientado a la sostenibilidad y al trabajo digno.

Asimismo, se debe garantizar una correlación positiva entre formación y desarrollo de capacidades y competencias profesionales, retención laboral y oportunidades de reconversión profesional; y por otra parte, es imprescindible llevar a cabo una reformulación de la seguridad y salud laboral, tanto en términos de identificación, prevención y gestión de nuevos o más complejos riesgos laborales, como en términos de adaptación y mejora de los mecanismos normativos existentes.

A ese respecto, es preciso entonces asumir nuevos estudios en torno al tema aquí examinado, en los cuales se adopten posturas que no solo cuestionen los vacíos teóricos (ya jurídicos, ya interseccionales o interdisciplinares) y las insuficiencias normativas, sino que definan en profundidad los aspectos que requieren actualizaciones legislativas urgentes, de manera que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no vaya tan distante en la carrera de la transformación digital, sobre todo en este sector marítimo-pesquero tan sensible para el desarrollo humano.

Es que la digitalización laboral no parece ser una opción para el sector marítimo mundial, sino una necesidad que supone competitividad, sostenibilidad y un sistema de relaciones laborales más centrado en el ser humano y menos en la tecnología, que garantice el trabajo decente de la gente de mar. A fin de cuentas, las personas son más cruciales para la transformación digital que la tecnología misma. He ahí que la respuesta a la interrogante que da título a la comunicación tiene una respuesta afirmativa en ambos sentidos.

Pero sin duda alguna, más que todo lo que hay es un reto mayor: generar conciencia sobre los problemas a los que se enfrentan los trabajadores y las trabajadoras del mar en relación con las nuevas tecnologías. A los laboralistas preocupados nos toca.

5. REFERENCIAS

Aita, D. (2022). *Boletín FAL No. 393*: Digitalización en puertos: aplicación de gemelos digitales en la complejidad logística, www.cepal.org/transporte, 14 p.

Aragüez Valenzuela, L. (2022). "Desafíos de la digitalización de las relaciones laborales: algoritmos digitales, robotización y trabajo a distancia". *Revista Internacional de la Protección Social*, España, Vol. VII, Nº 1, pp. 8-10, http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.01

Bárcena Conde, J. (2019). *TICs en procedimientos de gestión y facturación de servicios portuarios: digitalización de la factura proforma*. Trabajo de fin de Máster Universitario en Náutica y Gestión del Transporte Marítimo, Escuela Superior de la Marina Civil de Gijón, Universidad de Oviedo, 41 p.

Beltrán, A.; Oslé, S.; Ferrándiz, L.; González, E.; y Fernández, S. (2017). La reinvención digital: una oportunidad para España, McKinsey & Company, 58 p., https://circulodeempresarios.org/transformacion-digital/wp-content/uploads/PublicacionesInteres/05.La-reinvencion-digital-de-Espana.pdf

Colclough, C. J. (2021). Digitalización: una guía de acción sindical para el trabajo y trabajadores de Servicios Públicos, https://publicservices.international/resources/digital-publication/digitalizacin-una-gua-de-accin-sindical-para-el-trabajo-y-trabajadores-de-servicios-pblicos?id=11767&lang=es

Confederación Europea de Sindicatos [CES] (2021). *Informe la digitalización de la economía*. https://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf

Cuchcatla Méndez, C. (2021). "El trabajo marítimo: condiciones de empleo y seguridad social en las Américas." *Cuadernos de Políticas para el Bienestar*, núm. 8. Conferencia Interamericana de Seguridad Social.

Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte [ITF] (s/a). Sector Marítimo. Sitio web, https://www.itfglobal.org/es/focus/automation/sector-mar%C3%ADtimo

Flores Téllez, F. (25 de enero de 2023). La importancia del transporte marítimo en el comercio internacional y los seguros marítimos. Blog del Centro Universitario de Estudios Jurídicos (CUEJ), disponible en: https://librosyrevistascuej.com/la-importancia-del-transporte-maritimo-en-el-comercio-internacional-y-los-seguros-maritimos.

Frade de Blas, H. J. (2023). "Buques autónomos". *Revista Mar*, núm. 637, septiembre (impresa), Instituto Social de la Marina, pp. 26-29.

Fruth, M. & Teuteberg, F. (2017). "Digitization in maritime logistics—What is there and what is missing?". *Cogent Business & Management*, vol. 4, no 1, p. 1411066.

Fundación Friedrich Ebert Argentina (2017). Digitalización y el Futuro del Trabajo, Sinopsis del estudio "Trabajar 4.0" elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo de Alemania. Análisis Nº 20, 17 p., https://library.fes.de/pdf-files/bueros/argentinien/13617.pdf

García-Tudela, P.A., Montiel-Ruiz, F.J., y Prendes-Espinosa, M.P. (2022). "Tecnologías digitales para la formación en empresas y entidades de la economía social." *Hachetetepé. Revista científica en Educación y Comunicación*, (24), 1-19. https://doi.org/10.25267/Hachetetepe.2022.i24.1204

González-Cancelas, N., Molina-Serrano, B., Esteban-Infantes, M., Soler-Flores, F. y Camarero-Orive, A. (2020). "Escenario de digitalización para el sistema portuario español." *Revista Transporte y Territorio*, 22 (enero-junio), doi: 10.34096/rtt.i22.6377 [258-279].

GRADIANT (2019). La digitalización de las comunicaciones marítimas – Estudio de la evolución de las comunicaciones marítimas: desde la voz hasta la *e-Navigation*, 1ª edición, noviembre, 103 p.

Jama Barzola, W. R. (2023). *El Impacto de la Digitalización en la Gestión del Transporte Marítimo: Oportunidades y Desafíos para el Ecuador*. Guayaquil: Universidad Del Pacífico, 19 p. Trabajo de Titulación.

Jorge, J., Chivite, M. P. y Salinas, F. (2019): "La transformación digital en el sector cooperativo agroalimentario español: situación y perspectivas", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 95, 39-70. DOI: 10.7203/CIRIEC-E.95.13002

Jovic, M., & Tijan, E. (2022). Factores de la Transformación Digital en el Sector del Transporte Marítimo. https://www.researchgate.net/publication/362610868_Factors_of_Digital_Transforma tion_in_the_Maritime_Transport_Sector

Martín Artiles, A. (2021). "Digitalización del trabajo: proto sindicalismo y cuasi-unionismo post-pandémico". *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 9-32. https://doi.org/10.5565/rev/aiet.91

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J. (2018). *Derecho del Trabajo*. Tecnos: Madrid.

Menoya Zayas, S. (2022). "Trabajo a distancia y COVID-19 en Cuba: entre la protección sanitaria obligada y la protección laboral incompleta". *Revista Internacional de la Protección Social*, España, Vol. VII, Nº 1, pp. 154-180, http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.08.

Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Gobierno de España (2019). Estrategia de digitalización del sector agroalimentario y forestal y del medio rural. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/estrategia-digitalizacion-sector-agroalimentario/estrategia_digitalizacion_sector_agroalimentario_forestal_medio_rural_ve_tcm30-509645.pdf

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2019). *Contratación y retención de la gente de mar y promoción de oportunidades para las mujeres de mar*. Informe (Ginebra, 25 de febrero – 1.º de marzo de 2019), Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales.

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2021). La digitalización y el futuro del trabajo en el sector de los servicios financieros, Documento temático para la Reunión técnica sobre las repercusiones de la digitalización en el sector financiero, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales, Ginebra. Disponible en: https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay/alma995151490602676/41

Organización Marítima Internacional [OMI] (20 de noviembre de 2015). "El transporte marítimo: indispensable para el mundo", seleccionado como lema del Día marítimo mundial de 2016. Sitio web oficial, disponible en: https://www.imo.org/es/MediaCentre/PressBriefings/Paginas/47-WMD-theme-2016-.aspx#:~:text=%22Actualmente%20alrededor%20del%2090%25%20del,para%20mantener%20el%20mundo%20actual.

Organización Mundial del Comercio (2023). *Transporte marítimo*. Sitio web oficial, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/transport_s/transport_maritime_s.htm.

Ortiz, N., González, N., Molina, B., Soler, F. y Camarero, A. (2020). "Estrategia del Océano Azul para el sector portuario (sincromodalidad y digitalización)". *Entre Ciencia e Ingeniería*, vol. 14, no. 27, enero-junio, pp. 50-57 (en línea)

Parviainen, P., Tihinen, M., Kääriäinen, J., & Teppola, S. (2017). "Tackling the digitalization challenge: How to benefit from digitalization in practice." *International Journal of Information Systems and Project Management*, 5(1), 63–77. https:// doi.org/10.12821/ijispm050104

Pastor Sempere, C. (2021). "Digitalización y cooperativas de plataforma", Tema de actualidad, *Noticias de la Economía pública, social y cooperativa* Nº 68, pp. 30-52, http://ciriec.es/wp-content/uploads/2022/05/Revista_68_CIDEC_tema_actualidad.pdf

Sepúlveda Gómez, M. (2021). "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, el necesario protagonismo de la norma pactada". *Temas Laborales* núm.158, pp. 213-244.

Sotomayor, O., Ramírez, E. y Martínez, H. (Coords.) (2021). "Digitalización y cambio tecnológico en las mipymes agrícolas y agroindustriales en América Latina", Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/65), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO).

Tjan, E. (2021). Transformación digital en el sector del transporte marítimo. https://www.researchgate.net/publication/351851417_Digital_transformation_in_the_ maritime_transport_sector.

United Nations (2022). Review of Maritime Transport 2022. Geneva, 174 pp. https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2022_en.pdf.

Valverde Asencio, A. J. (2019). "Nuevas capacitaciones profesionales para la mejora de la empleabilidad en el proceso de digitalización: un debate necesario sobre la formación y las políticas activas de empleo". *Temas Laborales* núm. 148, pp. 137-160.

Vañó Vañó, M. J. (2022). "Digitalización del sector agroproductor: intercooperación y tecnologías disruptivas", *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 41, pp. 191-221. DOI: https://doi.org/10.7203/CIRIEC-JUR.41.24591

Yuan, F. (2019). Digitalization of Maritime Transport Documents. https://dnb.info/1202334253/34.

6. WEBGRAFÍA

https://euro-funding.com/es/blog/factores-clave-para-la-digitalizacion-del-sector-portuario/

https://revistamaritima.com/2022/01/12/digitalizacion-en-el-sector-maritimo-y-portuario/

https://www.alborsgaliano.com/los-retos-de-la-innovacion-y-la-digitalizacion-en-el-sector-maritimo-desayuno-del-cme-con-el-secretario-de-estado-de-infraestructuras-transporte-y-vivienda/

https://www.conectaindustria.es/articulo/innovacion/union-sector-maritimo-clave/20230526100434010283.html

https://www.diarioelcanal.com/sinaval-enarbola-la-bandera-de-la-digitalizacion/

https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2019/10/03/5d94c821468aebe1628b45c1.html

https://www.mascontainer.com/resistencia-a-la-digitalizacion-en-el-transporte-maritimo/

https://www.moldtrans.com/importante-impulso-a-la-digitalizacion-de-la-industria-maritima/

https://www.naucher.com/el-progreso-maritimo-en-peligro-por-el-temor-a-la-digitalizacion-segun-wartsila/

https://www.randstad.es/contenidos360/tecnologia/digitalizacion-transporte-maritimo/

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Personas mayores, fragilidad y autonomía

Older people, fragility and autonomy

José Delgado Ruiz *Abogado Doctor en Derecho*
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-1518-1716

Cita Sugerida: DELGADO RUIZ, J.: «Personas mayores, fragilidad y autonomía». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 131-146.

Resumen

Es objeto de este estudio el papel de la persona mayor en el contexto de la nueva Seguridad Social. La propuesta que hacemos fija el interés sobre la asistencia social en ese sector concreto de la población y la controvertida prestación de dependencia. Partimos del proceso de envejecer para asociar la longevidad al propio desarrollo de la sociedad en un Estado que se proclama del Bienestar, conectando después su eje vertebral en torno a la edad y la discapacidad. Por ello abordamos la marginación y fragilidad como premisas de un cambio sustancial en el tratamiento de la cuestión que requiere de recursos materiales y humanos, dignos y suficientes. Y buscamos respuesta a la nueva situación desde unos esquemas regidos por el universo superior de los cuidados, pasando desde la obligación civil a la protección social en un tránsito que se inicia con la mera tutela y culmina en la implantación de un eficaz derecho subjetivo. Todo en un contexto que apunta a un horizonte de participación e integración social desde el llamado envejecimiento activo a través del impulso de unos principios jurídicos sin caducidad y siempre vivos.

Palabras clave

discriminación; protección; género; longevidad; dependencia

Abstract

This study considers the role of the elderly in the context of the new Social Security. Our proposal focuses on social assistance in that specific sector of the population and the controversial dependency benefit. Based on the ageing process, we associate longevity with the very development of society in a state which proclaims itself a welfare state, then connecting its backbone around age and disability. Therefore, we address marginalisation and fragility as premises for a substantial change in the treatment of the issue that requires dignified and sufficient material and human resources. We also respond to the new situation based on schemes governed by the higher universe of care, moving from civil obligation to social protection in a transition that begins with mere guardianship and culminates in the implementation of an effective entitlement. All this in a context that points to a horizon of participation and social integration from the so-called active ageing through the promotion of constant and lifelong legal principles.

Keywords

Discrimination; protection; gender; longevity; dependency

1. PREMISAS Y PLANTEAMIENTO

El tratamiento dado a las personas mayores ha evolucionado porque antes era la familia el soporte natural y ahora el debilitamiento de los lazos familiares favorece el cuidado externo. Hablamos de una sociedad avanzada pero asistimos a un retroceso en determinados campos: el bienestar con que se adorna aquélla a menudo sólo es un eslogan con el que cubrir las apariencias de una gestión saturada y desganada. Porque el desgaste físico de las personas a lo largo del tiempo no ha cambiado en sustancia; pero sí la calidad de los cuidados, prestados en un contexto social radicalmente distinto.

Cuando se habla de la fragilidad del ser humano no ponemos el acento en la diferencia que pueda haber entre los individuos sino en el inevitable deterioro que tarde o temprano se producirá en su organismo. La certeza de sabernos finitos puede acelerar el desarrollo de proyectos pendientes,

Fecha Recepción: 3/11/2023 - Fecha Revisión: 21/12/2023 - Fecha Aceptación: 23/12/2023
Pags. 131-146

desapego a la norma o tratar de entender el proceso de la vida de forma egoísta o solidaria. Todo este crisol de actitudes determina una forma de ser y pensar; en suma, un catálogo de principios y valores que nos acercan o alejan del factor social mediante el compromiso en una doble dirección: de un lado, la que obliga al individuo a integrarse en el sistema de protección pública; y de otro, la que impone sencillamente nuestra condición de administrados, con voluntad de participación o sin ella.

Hay palabras que encuentran su completo significado cuando se iluminan de contenido y dinámica; el vocablo *dependencia* en el ámbito social, con su vasta diversidad de significados y campos de aplicación [Mercader Uguina, 2004, p 65], adquiere todo su vigor cuando se conecta con la misma evolución de la persona y con la etapa final que el proceso de envejecer escenifica. Sin duda hay otras clases de dependencias, pero esta es la que despierta nuestro interés cuando sabemos de antemano que a ella todos estamos abocados. Y que la respuesta a su atención debe ser necesariamente social; esta realidad es vieja, pero nunca antes se pudo dar respuesta a situaciones que ni siquiera se habían planteado. Siempre ha sido excepcional vivir cien años y solo una minoría llegaba a la edad centenaria; eso sí, con suerte y provista de atenciones.

Esta última consideración conduce a preguntarnos sobre la forma en que ha venido evolucionando la obligación primaria de darse alimentos entre parientes[1]. Parece como si todo fuese inmutable, como si nos viéramos guiados por una suerte de engranaje que impusiera a la familia la forzosa y recíproca atención entre todos sus miembros. Pero olvidamos que su modelo tradicional ha cambiado y que ese debilitamiento del vínculo parental ha dejado paso a un mayor intervencionismo público, en una compensación entre lo que dejamos atrás y la tendencia que en la actualidad destaca. Quizá para lavar nuestra mala conciencia de haber aflojado en los sentimientos de proximidad, esos que hacen de la cercanía un valor y de la atención un mérito sosegado y natural.

Es cierto que somos seres sociales y que la convivencia es consustancial a todo grupo humano. La soledad como opción de vida no es más que una situación excepcional, adoptada o fijada en consideración a un criterio de individualidad. En el desarrollo de las sociedades ha ido tomando cuerpo la noción de previsión por cuanto es del todo punto seguro que envejeceremos; por ello el factor clave consiste en asumir como elemento común un fenómeno que a todos alcanza. Y en este punto cobra verdadera importancia el ingrediente colectivo: podremos desconectarnos del sistema y buscar una solución ajena al mismo para afrontar las carencias por edad o enfermedad, pero no cabe un planteamiento inverso por razón de competencia y responsabilidad. El componente social no puede elegirse porque somos parte de un colectivo, pensemos o queramos lo contrario. Hay aspectos que no se pueden negociar: se imponen incluso sus consecuencias, en particular si están predeterminadas y sabemos que terminarán por llegar.

Los accidentes suceden aunque se prevean. Lejos de todo aseguramiento, la precaución no deja de ser un estado de ánimo que puede romperse de forma abrupta y repentina. Y para este momento debemos prepararnos; no tanto para encajar el golpe sino para ofrecer soluciones. Respecto del tiempo en que se presentan, la fragilidad determina que estemos siempre preparados. Y sobre los medios con que debemos contar, es claro que la ordenación de recursos se muestra clave en la búsqueda de soluciones asistenciales. Ya el propio vocablo *ordenar* implica previsión y programación previa. La referencia a los recursos también supone dar prioridad a lo cualitativo frente al número de ellos; porque la clave de toda gestión está en la eficacia con que se empleen los medios asignados sin considerar la complejidad de los objetivos a cubrir.

[1] Es significativo destacar el amplio concepto de esta institución jurídica que incluye, a tenor del artículo 142 del Código Civil, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia sanitaria, se extiende a la educación e instrucción del alimentista y llega incluso a los gastos ocasionados por el embarazo y el parto, cesando solo con la muerte del obligado: *constat alimenta cum vita finiri* (Ulpiano, D. 2.15.8.10).

2. LA PROGRESIVA PROTECCIÓN SOCIAL

La longevidad es una meta difícil de alcanzar, sujeta a múltiples riesgos: las enfermedades prematuras, las plagas y epidemias, las guerras y la carencia de remedios -preventivos o paliativos- han hecho muy difícil tratar un problema que, al no plantearse, quedaba desprovisto de toda solución.

De hecho, la vejez se incorpora como objeto de protección en nuestro ordenamiento jurídico por medio de un seguro social voluntario en 1908 y adquiere carácter obligatorio a través del Retiro Obrero por Decreto de 11 de marzo de 1919[2]. Sin embargo, a lo largo de los siglos se advierte una paulatina preocupación por el hecho del envejecimiento mismo, no tanto quizá por lo que a su vertiente física respecta -asociada al progreso de la sociedad - sino sobre todo por la consideración hacia la persona misma que ese proceso natural encierra, a modo de recuperar, mantener e incluso potenciar la dignidad, la importancia, el mérito y hasta el orgullo de haber conquistado esa meta. Ya Cicerón mantiene que la autoridad es la corona de la vejez (*apex est autem senectutis auctoritas)* y que *es honorable si ella misma se defiende...si no es dependiente de nadie* [Cicerón, 1928, p. 41].

En suma, es la sociedad misma la que se vuelca con las personas mayores no sólo por retrospectiva de *gratitud por los servicios prestados* sino porque la experiencia nos muestra el camino a recorrer*;* y tan importante circunstancia marca un actuar preventivo, un *preparémonos para el futuro,* donde las carencias y limitaciones puedan asumirse por el conjunto de la sociedad. Aquí sí se combinan los aspectos individual y colectivo del fenómeno: los sentimientos de mero apoyo y protección en la familia no terminan por colmar la dimensión social que el hecho de envejecer comporta. Su carácter limitado no puede por sí misma garantizar los medios que tiene el Estado en su completo aseguramiento. Y ello en un contexto demográfico caracterizado por una débil fertilidad y una esperanza de vida creciente… de lo que resulta una sociedad en proceso de envejecimiento.

Asistimos de este modo al alumbramiento de la Seguridad Social, que no responde a concesión graciosa de gobernante bienintencionado alguno; todo lo contrario: emerge como conquista originaria de un entorno laboral que poco a poco la impone mediante el aseguramiento individual de contingencias aisladas que se incrementan con el discurrir de los años desde unos postulados de carácter universal con origen en la misma tradición humanística [Raimundo de Peñafort, 1945, p.23)[3]. Es un proceso que va desde la protección al accidente de trabajo, nacido por ley de 30 de enero de 1900, hasta confluir en un sistema donde la oportunidad del siniestro evoluciona y culmina en la *dependencia*, determinando el arranque de una nueva prestación que en el presente siglo sigue buscando identidad propia [González Ortega, 2004, p. 13]. Antes de la publicación de su ley reguladora[4] la doctrina se venía interesando por la tutela de las situaciones de dependencia como nuevo riesgo social, como *necesidad social* distinta de la discapacidad que centra en la edad su elemento básico.

Mucho tiempo hemos tardado como sociedad en valorar el merecimiento de alguna suerte de sistema de protección social. Esa espontaneidad o generosidad en hacerse cargo del colectivo desamparado por causa de orden público o caridad [Vives, 2007, p.75][5] llegaba a un punto insostenible. Porque tanto se llame *misericordia* como *beneficencia* estamos ante un comportamiento similar que

[2] Después evoluciona al subsidio de vejez por ley de 1 de octubre de 1939 y posteriormente al *seguro de vejez e invalidez* (SOVI), incorporado por Decreto de 18 de abril de 1947.

[3] En su *Summa Iuris* Raimundo de Peñafort recuerda que son cuatro las palabras que resumen la naturaleza de la ley porque permite, castiga, impone y prohibe. *Quattuor ex verbis virtutem colliget legis: permittit, punit, imperat atque vetat.*

[4] El fenómeno demográfico denominado *envejecimiento del envejecimiento* justifica el reto que plantea la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

[5] La referencia en este punto a Juan Luis Vives resulta inexcusable como humanista que dedicó su obra a los más diversos temas desde la gramática y filosofía hasta la ética y la política, siempre con la constante de su preocupación

entronca con la nobleza del ser humano, entendida como instinto de conservación de todos frente a postulados de mero individualismo. Pero admitamos que ese devenir se hace desde el gris de la confusión y la duda…como si otros valores se antepusieran y chocaran entre sí por razón de jerarquía o rango de sangre y nacimiento.

Es cierto que el tramo postrero de la vida comporta la certeza de que al final terminaremos iguales y compartiendo un mismo destino; también sucede que vamos acumulando experiencias porque se agota el tiempo de hacer y hay necesidad de mantener las cosas en orden, de enderezarlas si podemos o sencillamente contemplarlas para dejarlas como están. Al menos esa vista panorámica consuela y reconforta. Se ha pasado del abandono a la consideración, de dar por perdida una etapa, última y decadente, para valorarla como nunca; y no es tanto por cuestión de supervivencia sino porque la vejez atesora unas virtudes muy aprovechables para el conjunto de la sociedad. Primero y principal, porque la sola consideración física de llegar es todo un mérito y eso es justo lo que debe celebrarse; después está su duración: porque hemos evolucionado y ya no estamos en presencia de personas molestas, apartadas durante un breve tiempo, sino ante depositarios de experiencia que transmitir. Del trato ocasional y excepcional, fuera de las agendas de actuación públicas, hemos pasado a la importancia y fuerza que su sola presencia numérica suscita.

3. UNA TOMA DE CONCIENCIA INEVITABLE

Ya no hay obstáculos naturales que detengan su desarrollo: el control sanitario, la mejora de las condiciones laborales y de prevención en riesgos determinan que de no tratarse *la cuestión social de las personas mayores* se haya convertido en centro neurálgico de las políticas sociales. Echando la vista atrás cuesta asimilar que hayamos tardado tanto tiempo en darnos cuenta; han tenido que pasar episodios de sangre, soportar lacras vergonzantes y toda suerte de infortunios y vicisitudes históricas para advertir que sólo era necesario modificar levemente el rumbo para llegar a un destino distinto, más conciliador y amable. Ello no significa que la solución haya llegado definitivamente porque a menudo basta remediar un problema para abocar el germen del siguiente[6]. De igual modo que la esclavitud fue asumida con naturalidad en su tiempo, terminó por evolucionar a un punto insostenible donde la dignidad humana se comprometía y quedaba vulnerada sin remisión. Ese horizonte no se vislumbró de súbito; así como en una puesta de sol, la variedad y gama de colores es infinita, también en esa contemplación caben todos los matices: ese lento proceso invariablemente conduce al objetivo final de su independencia, desgajada de toda connotación piadosa.

Por ello la vejez ha de ser tratada en su retrospectiva de gratitud pero sobre todo en el respeto a su propia naturaleza. Es volver la vista atrás pero con el decidido propósito de tomar fuerza y lanzarse decididamente a su protección. Sabedores de que constituye un proceso en el que todos estamos involucrados. Y ya no cuentan las distintas cualidades individuales que nos diferencian sino el destino común que nos liga sin puerta de salida alguna. Sin duda, los recursos propios importan y el ámbito familiar sigue teniendo peso; pero lo realmente valioso es saberse acogido por esa red que nos ata, hecha en su mayor parte de vínculos anónimos e invisibles, cuya cualidad más destacada es su continua presencia. Así como la fortuna personal y de nuestro entorno más próximo son variables, es seguro que los recursos de la sociedad entera son constantes en mayor o menor medida y siempre será posible adaptarlos a las situaciones de cambio. Lo que conduce a pensar que frente a lo volátil de lo *mío* siempre podrá oponerse la garantía de lo *nuestro*.

por el ser humano. En su tratado sobre *el socorro de los pobres y la comunicación de bienes* ya se interesa por lo que se entiende como la *función social de la propiedad* que hace compatible con la naturaleza privada de la misma.

[6] Enseña el viejo aforismo *ubi remedium ibi ius* que donde hay un recurso allí hay derecho, secuencia que inevitablemente conduce a entender que todo ordenamiento jurídico para resultar eficaz debe contar con un sistema procesal efectivo que haga valer los derechos; de ahí que los juristas romanos tuvieran identificado el concepto de *derecho* con el más preciso de *acción*.

Conscientes de la viabilidad de ese objetivo de protección, solo queda esmerarse en dar contenido y hacer creíble el bienestar con que hemos adornado esta clase de sociedad a la que aspiramos Porque no basta con asumir el envejecimiento como un estado óptimo o deseable; se trata de hacer frente a una tendencia cambiante: hoy es tiempo de baja natalidad pero esta orientación puede cambiar con el tiempo y las particularidades de los distintos pueblos. Por eso las declaraciones de derechos son un refrendo de lo que pasa; o mejor, de lo que se pretende que suceda, aunque lo más importante es transcender ese escaparate, por muy transparente que se muestre, hasta conseguir tocar los objetos que exhibe.

Cuanto venimos diciendo es aplicable a nuestro contexto más próximo, pero sin duda responde a un comportamiento universal que nos hace partícipes de una sola naturaleza al margen de diferencias geográficas o culturales. Este hecho permite entender la longevidad como cualidad cada vez más generalizada y extendida merced al progreso del conocimiento científico y la homogeneización de las legislaciones. Tendemos a un estrechamiento de redes e interconexiones entre gentes y países diversos; y esta realidad necesariamente se traduce en una mejora de los sistemas de atención y protección sociales.

No resulta imaginable que sólo el transcurso temporal haya podido alumbrar un mínimo de esperanza en el tratamiento de las personas mayores; cuando recién inaugurado el siglo anterior se instituye el seguro obrero -que primero atiende la situación de retiro y después las contingencias de vejez e invalidez- no cabía pensar que su desarrollo pudiera abordar la protección más amplia del desempleo en distintas modalidades y compensar de forma estable los estragos de la edad y la enfermedad en la población trabajadora[7]. Afortunadamente son prestaciones en forma de conquista muy difíciles de dar marcha atrás; aunque, siempre está la sombra del retroceso y, lo más grave, de su desaparición so pretexto impostado del advenimiento de crisis y epidemias [Ponce de León, 2020, p.32][8].

En este punto y a modo de corolario cabe preguntarse si los derechos se otorgan generosamente por los gobernantes o su implantación se resuelve como resultado de un pacto social inevitable por razón de convivencia. En el primer caso nos situamos en un escenario cercano a la quimera, siendo ese el mensaje que cabe inferir en el final de un proceso histórico que se viene haciendo muy largo; es decir, ahora se ganan elecciones o el poder se legitima realizando buenas obras tras la correspondiente promesa. Pero contrariamente, para concebir el progreso social como una máxima inevitable se ha tenido, con penalidad y esfuerzo, que llegar a una conclusión colectiva que implica reconocernos mucho más iguales de lo que hasta ahora hemos sido. Es el triunfo de una paradoja: cuanto mayor ha sido el agravio más fuerte se ha consolidado el derecho compensador. Y también la ironía que supone destapar la lógica de la igualdad, antes excepción, en una regla de conducta esencial que todo lo impregna y orienta. Por fortuna.

[7] Uno de estos mecanismos jurídicos lo constituye la *doctrina del paréntesis* respecto de las cotizaciones que deben tenerse en cuenta a efectos de causar derecho a la pensión de jubilación; sin embargo esta ficción, que consiste en considerar cubierto un periodo en que no se pudo trabajar por distanciamiento objetivo y justificado del mundo laboral, no se aplica en todos los casos. El Tribunal Supremo así lo tiene expuesto en la sentencia número 173/2018 de 20 de feberero, toda vez deniega la pensión de jubilación por falta de cobertura del periodo de carencia específico al momento de solicitud, por no acreditarse la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo sin que además concurra ninguna circunstancia personal o familiar justificativa, reprochando de ese modo unas interrupciones relevantes que evidencia la voluntad de apartamiento del mundo laboral.

[8] En su trabajo *Reflexiones sobre la covid 19 y población vulnerable ¿Estado del Bienestar o Neoliberalismo?* Laura Ponce de León nos acerca a las consecuencias devastadoras de la pandemia del coronavirus sobre la población vulnerable y en riesgo de exclusión social. Y para ello se hace un estudio comparativo entre dos modelos antagónicos de protección social, España y Méjico, que arroja un resultado esclarecedor y favorable a su reforma urgente.

4. ENVEJECIMIENTO Y LONGEVIDAD

Es manifiesto que el aumento de la población mundial[9] exige un cambio de modelo para afrontar el reto de un mayor y mejor envejecimiento mediante la búsqueda de nuevas alternativas en un incesante cambio legislativo [Gala Durán y otros, 2016, p.23], toda vez resulta evidente que el incremento de la población mundial se ha vuelto imparable. Y aunque asistimos a un escenario incierto que crea inquietud y desasosiego es muy probable que la tendencia siga en aumento. A tal punto ha llegado nuestro empeño en superar los acontecimientos que el sinsentido histórico no puede repetirse. La invocación de conceptos como el heroísmo ya no seduce a la mayor parte de la población y no hay margen para la ingenuidad. Tampoco las situaciones llegan a desbordarse porque los instrumentos de apoyo están más al alcance de las gentes y en el último momento, ante la necesidad más extrema, siempre llega una mano amiga. Esta evidencia hace que la población mayor se sienta aprovechable y socialmente útil, facilitando el planteamiento de retos para el futuro [Maldonado Molina, 2003, p.79][10].

Las guerras y epidemias del pasado han evolucionado hacia otros peligros, que por fortuna se están afrontando con decidido optimismo. Este hecho, no obstante, hace que nuevos instrumentos salten a escena, antes impensables: la reducción del confort que hasta hace poco representaba un sistema estable de pensiones es un signo evidente[11]; pero aún así se formulan imaginativas propuestas que suponen un avance claro en esta *sociedad del bienestar* que, al menos declarativa y nominalmente, todavía disfrutamos y nos resistimos a perder.

Sin embargo, este amable panorama hay que verlo desde una posición relativa: sí, la población mundial se incrementa pero es evidente que los problemas asociados a esta circunstancia no se perciben igual en todos los lugares. La ironía de las estadísticas termina imponiendo su espejismo: aunque haya un promedio mundial, es claro que no es igual envejecer en Tanzania que en Alemania. Y aunque los datos enseñen que las mujeres viven más tiempo, también en este punto cabe pasar un filtro de género. Los datos demográficos alimentan sesudos estudios con los que manejar recursos y estrategias varias, pero son incapaces de mostrar un retrato concreto de las situaciones, donde el quebranto de unos pocos jamás podrá ser compensado con el promedio de casi todos.

Es cierto que a lo largo de la historia se tiene constancia de personas muy longevas. Pero no se trata de entrar en una carrera estadística o registrar el dato curioso sino de considerar la magnitud del problema en su verdadera extensión. Un grano no hace granero y es claro que el dato puntual o

[9] A mitad de 2018 la población mundial se registraba en 7.612 millones, de los que 740 corresponden a Europa. Aquí, aproximadamente el 16% tiene menos de 15 años, el 63% se encuentra en la franja entre 15 y 65 años, y el 21% restante corresponde a los individuos con 65 ó más años. Las personas con edad superior a 80 años alcanzan casi los 39 millones, doblando en número el grupo de mujeres al de hombres que ser sitúa en torno a los 25 (Fuente Naciones Unidas).

[10] Ya en la primera época de desarrollo legislativo la doctrina empieza a preguntarse sobre los distintos aspectos de la nueva prestación poniendo su crítica a las deficiencias que presenta en cuanto a su cobertura y destacando el reto que presenta en el conjunto de la financiación y gestión de la misma.

[11] Son innumerables los ejemplos en la jurisprudencia que vienen interpretando de foma variable los requisitos de acceso a la pensión de jubilación, en especial en los casos de tránsito desde la prestación de desempleo. Como es de apreciar, de una situación protegida ante la falta de trabajo se pasa a otra que solo representa su prolongación agónica en el tiempo. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2005, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 1708/2004, es buen ejemplo de este *peregrinaje prestacional*: no se computan las cotizaciones correspondientes a la situación de desempleo subsidiado y se deniega la pensión de jubilación al no alcanzarse el requisito de carencia.

aislado puede acontecer en cualquier tiempo y lugar[12], aunque es la tendencia colectiva el factor que hace cambiar el panorama de la asistencia en términos públicos.

En el orden privado el tratamiento que a las personas mayores se ha venido dando tiene unos perfiles muy particulares, toda vez su cuidado queda sujeto a los familiares más próximos y responde a un mecanicismo secular: se protege al niño en los albores de su existencia y a las personas maduras cuando el ciclo de la vida se cierra. No hay artilugios interpuestos ni importan las estadísticas, las previsiones o los grandes proyectos sobre logística o arquitectura sociales. Sin embargo, cuando en estos términos se piensa, por fuerza tenemos que acudir a constatar una realidad que poco a poco se ha ido sedimentando: fenómenos como el nuevo urbanismo, el transporte asociado al factor demográfico y los vaivenes del mercado de trabajo –con su cohorte de accesorios inevitables- no hacen sino poner en cuestión el viejo modelo privado y abrir el horizonte a una desconocida realidad que inquieta y desborda.

Así, cuando todo parece tender hacia una estabilidad emocional y un equilibrio presupuestario, que hace de la vejez un espacio digno de la máxima protección, basta una defectuosa gestión coyuntural, una falta de previsión y cálculo, un mínimo *resfriado* en las cuentas públicas para que la catástrofe se perciba próxima[13]. De ser la llamada *cuarta edad* un logro, una conquista, puede pasar en un instante a considerarse un fenómeno perverso del que alejarse como si de la peste se tratara. Y para eso sólo hace falta una inculpación interesada, una intriga, un criterio selectivo o utilitario, en definitiva, crear un anatema sobre su posicionamiento social: lo que en Cicerón queda registrado como *coronación del mérito* puede convertirse en un lastre que no merece la pena conservar ni soportar. Sin duda, sería el triunfo de la deslealtad y la afrenta más dolorosas que su progresiva vulnerabilidad convierte en más obscenas e insoportables todavía. Por eso apelamos al sentido común que debe hacer de la contemplación del problema sólo la primera etapa de un actuar consecuente. Y eso sí, con todas las estadísticas y las proyecciones que sean necesarias, pero sobre todo con una fórmula que nunca falla: la comprensión de esta nueva realidad y el convencimiento de que hay remedios con que tratarla, más allá de fábulas y posturas imaginarias.

5. EL CAMBIO DE MODELO

Las palabras tienen, como la luna, un lado oculto más allá de sus distintas acepciones, los alargamientos de significados o sus matices semánticos. Para que pueden ser entendidas mejor conviene adentrarse en ellas desde su ángulo no explícito hasta alcanzar el tesoro que esconden. Con el vocablo *dependencia* aludimos en su versión positiva a la necesidad que tenemos de los demás, destacando el vínculo con otros que nos sostiene y ayuda. Pero también puede entenderse como carencia de autonomía personal, en visión complementaria de la anterior que cierra en círculo su comprensión más acabada.

[12] Ya en la Edad Media desde la Escuela de los Glosadores se recordaba que los auxilios legítimos no han de ser denegados (*legitima adminicula non sunt deneganda*), principio que es extensible a innumerables campos entre los que sin duda se encuentran los relativos a la Asistencia Social.

[13] En este punto debe llamarse la atención sobre la elasticidad no sólo de los conceptos sino de la cambiante interpretación de la norma que lleva al reconocimiento o al rechazo de las distintas prestaciones de Seguridad Social. Así sucede con frecuencia con la variable exigencia de requisitos en materia de jubilación: la asimilación de días por parto que figuran en la ley orgánica 3/2007, LOIEMH, es desestimada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de noviembre de 2013, recaída en el recurso de unificación de doctrina número 792/2013, cuando el parto no coincide con el periodo de carencia específico que se requiere para causar derecho a la misma. A este posicionamiento se llega ante la existencia previa de criterios enfrentados y pone en evidencia las razones de oportunidad y coyuntura en que a menudo se produce la protección social de las personas mayores.

Quizá debe repararse en que, además de sus distintos sentidos y visiones, existe una manera cierta de aproximarnos a su último significado; y esta fórmula se consuma cuando somos capaces de relacionar el concepto nudo con el escenario en que se emplea. Cuando aludimos a la *prestación de dependencia* estamos refiriendo un determinado contexto, el de la protección social, y de camino admitimos que además de dar lo estamos haciendo porque concurren los requisitos de vulnerabilidad y necesidad. Por eso los ámbitos pueden cambiar; porque además de sus distintas acepciones el vocablo tiene muchos terrenos en los que prosperar por razón de transversalidad. Su noción básica resulta transcendente para identificar el contrato de trabajo desde la *subordinación* entre partes; también sucede así en su dimensión civil respecto de las obligaciones de familia. Pero cuando penetra en el campo de lo administrativo adquiere un carácter completamente diferente, no tanto por razón de significado sino por el tratamiento dado.

En el ámbito de la protección social es la dependencia con toda seguridad un concepto camaleónico porque el núcleo del sistema se hace en torno a la carencia de medios o por simple vulnerabilidad: la prestación de incapacidad se reconoce cuando fracasan las condiciones físicas que impiden o limitan el desempeño del trabajo; la de viudedad o la orfandad y demás prestaciones familiares cuando faltan las rentas por la pérdida de una de sus fuentes; la de jubilación cuando se cumple una edad madura que abre paso a un periodo de reconocimiento social por una trayectoria de actividad laboral [Blázquez Agudo, 2009, p.105][14]; y así sucede con todas las que paulatinamente se han ido incorporando hasta llegar a la llamada de *dependencia*, prestación que viene concitando a su alrededor toda una constelación de relaciones complejas a causa de su espinosa dinámica y disputada competencia.

Es justo ese carácter mixto y singular el que viene determinando su parálisis, no tanto por las dificultades en la gestión sino porque a menudo hay excusa presupuestaria para omitir su aplicación y concederle un descanso. Sí, ajustar su desarrollo armónico es costoso porque los colectivos afectados son ingentes y también astronómicos se muestran los costes que su atención implica. Pero los factores que con más vigor lastran su definitivo impulso y consolidación apuntan a la dispersión de recursos y a la disgregación de su tratamiento, atomizado en organismos y departamentos de dispar encaje, color y tamaño.

Ello hace que a cada momento se haga preciso replantear la nueva institución. Desde que fuera ideada y llevada a cabo su *institucionalización* ha pasado por situaciones de dificultad severa, siempre por causa de gestión o económica. Pero también ha influido la imprecisión de su alcance desde el primer momento; de estar asociada a un factor preciso como la población madura se ha ido diluyendo hacia un terreno amplio y difuso representado por la enfermedad y las situaciones de necesidad en general. Ha faltado determinación en destacar su verdadero carácter ligado al hecho del envejecimiento mismo, esto es, al factor exclusivo de la edad que antes había asumido la familia; pero esta institución ha sufrido y sufre los embates del paso del tiempo. Su modelo ha cambiado al punto de que el papel de sus miembros se ha transformado de la misma forma en que lo ha hecho el espacio físico, geográfico, demográfico, económico y social que la sustenta. La decadencia del cuerpo en las personas mayores se asistía tradicionalmente por los cuidadores más próximos en condiciones propicias para la atención y desarrolladas en un entorno favorable.

[14] El concepto de jubilación se ha venido relacionando inevitablemente al de envejecimiento de la población; y ello se ha propiciado desde un debate social en que el incremento de los costes de las pensiones por aquella contingencia se sitúa en un primer plano. La profesora Blázquez Agudo en la obra colectiva ya citada *Trabajadores maduros, un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, que dirige Jesús R. Mercader, analiza este fenómeno desde el principio de promoción de la vida activa llevando su reflexión a los motivos que asisten a los ciudadanos para continuar en activo más allá de la edad pensionable.

Otra reflexión que se suma a la anterior viene dada por la inercia en asumir la longevidad como un hecho inevitable y considerarla como valor en sí mismo sin atender a criterios o factores de calidad de vida. Es cierto que existe conciencia social respecto de situaciones difíciles de tratar por razones éticas y que desde hace tiempo se imponen salidas razonables que vienen a respetar los sentimientos de las personas afectadas. Pero todavía se aprecian grandes lagunas en este campo que condicionan las políticas de asistencia social en relación con las personas mayores. Es justo este cambio de mentalidad el factor que ha hecho de la senectud un verdadero mérito en lugar de un estorbo repudiable. Y ello ha sido posible por el progreso de la geriatría, sí, pero sobre todo porque se ha potenciado el lado *oculto* del concepto, dotando a nuestros mayores de la autonomía que socialmente se les había venido negando. No tenía sentido el pesimismo histórico sobre el papel que su experiencia aporta a la sociedad. Y es claro que el peso de los años acarrea enfermedad y carencias; pero sobre todo aporta el papel insustituible del conocimiento y del legado cultural que atesoran.

6. EDAD Y DISCAPACIDAD

La edad, pues, representa sólo un elemento de referencia[15]. No puede hacerse una delimitación estricta porque la vejez no acontece en un determinado día, sino que constituye un proceso indeterminado en el tiempo. Por ello la extensión de este aspecto es aconsejable y debe dejarse una puerta abierta que permita abordar la dependencia en términos amplios y sin consideración a un sólo factor. Es justamente la visión de conjunto del individuo la que debe prevalecer, asociando la edad biológica a los parámetros de la discapacidad propiamente dicha, las carencias de afecto y las limitaciones en su autonomía personal.

La discapacidad afecta de modo imprevisible, diverso y durante mucho tiempo, no siendo acontecimiento puntual sino instalado en el propio proceso de envejecimiento. Esto define la dependencia porque si padecemos enfermedad común bastaría aplicar un tratamiento adecuado conforme al protocolo ordinario. Pero aquí no hablamos sólo de la incapacidad como aspecto único, como prestación estricta de naturaleza sanitaria, sino como parte de una realidad que al presentar perfiles propios debe afrontarse desde los esquemas preexistentes, sin duda, pero dando un giro decisivo tanto a los elementos clínicos como asistenciales que comporta.

Como queda expuesto, en este campo debemos estar atentos y alejados de todo prejuicio. Cuando en un proceso lógico ordenamos palabras y tiempo, resulta indiscutible asociar *salud* con edad joven y *enfermedad* con vejez; pero el esquema se rompe cuando esta última irrumpe. Entonces podemos pensar que la necesidad llega en cualquier momento sin atender a criterios o factores prefijados[16]. Somos dependientes al nacer y después también; y ese vínculo puede estar más o menos visible porque no siempre tiene evidencia física; no es hora de referirnos a los *factores del alma* que hacen de nuestro comportamiento el mayor de nuestros aliados, en lo favorable y en lo adverso. Por eso decimos que no cabe mantener alegremente silogismos que no siempre se cumplen: la edad no

[15] En las encuestas periódicas que realizan los organismos especializados hay una constante marcada por el escaso valor que la cifra de 65 años posee como umbral de la vejez que mayoritariamente se sitúa por encima de los 72 años como valor medio actualmente. En España el Centro de Investigaciones Sociológicas es referencia en este campo.

[16] Es tal la fuerza del *estado de necesidad* que en términos jurídicos rige el principio *necessitas non habet legem* (la necesidad no tiene ley) correlativo del que expresa *quod non est licitum lege, necessitas facit licitum* (lo que no es lícito por la ley, la necesidad lo hace lícito). Esta regla -con reflejo tanto en los artículos 20 del Código Penal como en el 18.2 de la Constitución Española a propósito de la legítima defensa y como excepción a la inviolabilidad del domicilio, respectivamente- es perfectamente trasladable a las situaciones de vulnerabilidad que presenta la asistencia a la población de mayor edad.

comporta necesariamente dependencia ni figura como factor decisivo del concepto, mostrándose sólo como simple requisito de entrada[17].

El sentido, pues, de la prestación no lo concede sólo el factor temporal sino la necesidad de ser asistido por otros. El matiz es importante: no se trata de prestar un recurso económico sino un medio asistencial. Éste es el hecho diferencial de la prestación que comentamos. Sí, es lógico considerar que se requieren medios efectivos y reales; pero lo esencial viene determinado por el servicio, que no por el aspecto dinerario. Y así hasta enlazar con los dos recursos fundamentales: la residencia y el cuidador. Son estos vocablos los que también han sufrido una evolución marcada por sus distintos componentes: los centros de atención han dejado de ser depósitos de ancianos para convertirse en verdaderos hogares; y los cuidadores han dejado de ser *amateurs* hasta llegar a profesionales cualificados de la asistencia, aunque todavía queda mucho por hacer en ambos entornos.

Cuando nos referimos al *factor edad* es preciso destacar que no es riguroso hablar de vejez objetiva sino de personas mayores en quienes destacar el elemento subjetivo; del mismo modo que distinguimos entre enfermedad y enfermos. Por mucho que los organismos oficiales se empeñen en poner edad a la jubilación es claro que la evidencia hace que todo umbral varíe según se atienda a una u otra comunidad, a un determinado sector productivo o a un tiempo concreto[18]. No cabe encerrar en una estadística lo que se constituye a lo largo de un proceso sin fecha de partida ni de caducidad. Se podrá oponer una razón de seguridad jurídica, pero cuando está en juego una ayuda que puede ser vital debemos dejar atrás la frialdad del dato; cuando se trata de poner intensidad o definir atenciones, incluso afectos, el número debe ceder ante el sentimiento solidario que despierta toda suerte de vulnerabilidad.

De ahí que deba darse preferencia a la necesidad del individuo ampliamente considerada, al margen de la edad concreta y sin delimitaciones precisas. Porque como venimos manteniendo es la discapacidad (aunque asociada a la edad) el factor que necesariamente debe concurrir para completar el concepto. Y cuando sostenemos este cuadro hacemos referencia a la falta de capacidad tanto crónica como puntual, en el convencimiento de que el deterioro cognitivo y funcional tiene carácter permanente, aunque se alteren episodios más o menos cambiantes en tiempo e intensidad. Para ello debemos estar preparados y contar con la máxima previsión. Es fácil sobre el papel reseñarlo; pero sabiendo que es un proceso inevitable los recursos deben estar dispuestos. Con certeza sabemos que a las primeras deficiencias se sumarán otras restricciones cuyo progreso nos impedirá mantener la autonomía personal por razón no solo de edad[19]. El ciclo se cierra y ya sólo cabe asumir

[17] En la citada Recomendación nº (98) 9 del Comié de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia, de 18 de septiembre de 1998, ya se expresa que esta situación puede afectar a cualquier sector de la sociedad y no sólo a las personas mayores, aunque se cuida mucho de dejar claro que la misma tiende a aumentar con la edad, que la vejez se caracteriza por asociarse frecuentemente a múltiples problemas de salud y que *la edad no es el único criterio acerca de este estado.*

[18] El Tribunal Supremo entiende procedente la concesión de la pensión anticipada de jubilación al computar el periodo correspondiente al extinto servicio social obligatorio de la mujer. En la sentencia de 6 de febrero de 2020, recaída en el recurso 3801/2017, la Sala de lo Social estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una beneficiaria a quien previamente se le había denegado la prestación por no reunir el periodo mínimo de cotización para el acceso a la misma por aplicación del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social. En el criterio del Alto Tribunal prevalece la perspectiva de género de conformidad con la interpretación que hace del artículo 4 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

[19] El factor de la edad es la puerta de acceso a la pensión de jubilación que se reconoce en función del cumplimiento de este requisito variable al margen de cualquier consideración sobre el estado de salud del solicitante. Así, cabe su reducción en el caso de piloto de aviación de línea de transporte aéreo de personas y mercancías que solicita el derecho a la reducción de coeficiente en la edad de jubilación en función de los años trabajados y al aumento con igual porcentaje de los años cotizados como copiloto. En este caso la reducción de edad viene justificada en las especiales condiciones de peligrosidad y penosidad en que se desarrolla el trabajo, las peculiaridades de la actividad aeronáutica *y el prematuro envejecimiento que esta produce* (STS 13 de julio de 2009, recud 4109/2008). En igual

la consecuencia. Y lo más importante: dar respuesta a la nueva situación desde unos esquemas que superen la versión primaria de prestaciones económicas puntuales para entrar en el universo superior de los cuidados, donde a lo material se une con fuerza -y destacadamente- el elemento emocional de las atenciones y los afectos.

Es la consumación de un cambio sustancial no sólo en los órdenes particular y público, sino también -y sobre todo- en el jurídico. También en esto hemos terminado abriendo los ojos con el paso del tiempo.

7. LA PRESTACIÓN DE CUIDADOS

En el intento de conocer el alcance de la dependencia -de los muchos que encierra - hemos puesto el acento hasta ahora en dos aspectos básicos como son la edad y la discapacidad en alguno de sus grados, que dan como resultado limitaciones en la autonomía personal. Sin embargo, un rasgo que define claramente el concepto que tratamos lo aporta la necesidad de ayuda externa. Sin este elemento no hay dependencia porque podrá darse la situación de persona mayor con alguna discapacidad, pero si ésta no alcanza el nivel deficitario bastante para generar el necesario apoyo de otro no podemos hablar de dependencia o de situación dependiente en sentido estricto. La tercera persona es, pues, elemento integrador básico del concepto mismo y tiene por objetivo acometer y afrontar los cuidados que requieren el desempeño de los *actos esenciales de la vida*. Una vez más nos encontramos con el referente abierto de esta expresión, que es justamente el aspecto que proporciona dinamismo y sentido a la tarea asistencial. Porque lo determinante no es tanto prestarla desde la previsión tasada, sino dar eficaz respuesta mediante un comportamiento ético y cabal a cuantos nuevos obstáculos puedan plantearse en el cuidado de la persona dependiente a causa de su fragilidad tanto en el ámbito social como en el familiar [Bonete Perales, 2009, p. 103][20].

La familia urbana, monoparental en muchos casos y con pocos hijos, se muestra limitada para atender esa tarea en casa. Y las instituciones religiosas y de caridad vienen sufriendo un notable declive, proporcional al que también viene experimentando el correlativo sentimiento religioso. De ahí que en la prestación de cuidados sea preciso partir de las distintas clases de personal en razón a su naturaleza, pública o privada, su ámbito de procedencia y otras que pueden establecerse atendiendo al contenido de la tarea, el medio en que se desarrolle y la modalidad asistencial ejecutada.

Con independencia del alcance que pueda darse al concepto *dependencia*, es manifiesto que la figura de los prestadores de cuidados resulta decisiva en la regulación de la institución. Como venimos diciendo, en el orden civil el problema ni se plantea; ahora, si se trata de establecer la incorporación de este recurso el panorama cambia porque en su tratamiento está la clave de que la prestación pueda llevarse a efecto. Si una Administración indecisa apuesta por desarrollar la colosal tarea de asistir a la dependencia contando con personas no formadas, habrá de admitirse de antemano el fracaso, el avance será nulo y seguiremos en el mismo esquema; en cambio, si se ordena y valora el importante papel que esos agentes desempeñan, se habrá dado un paso de gigante.

Estas reflexiones son premisa inevitable de lo que inspira el núcleo de la cuestión porque, en efecto, tiempo hemos tenido desde la publicación de la ley para testar su evolución hasta el presente. La tercera persona es importante en la tarea de consolidar la institución si queremos sacarla de la improvisación y la competencia mal entendida porque ya no es tanto partir del reconocimiento de

sentido la que dicta la misma Sala para los mecánicos de vuelo en igual sector y por igual fundamentación jurídica (STS 27 de enero de 2009, recud 1345/2008).

[20] En su monografía Ética de la dependencia el autor analiza la complejidad de esta realidad partiendo de las distintas actitudes que ante la persona dependiente pueden darse hasta llegar al cuidado de su grado máximo.

la situación en algunos de sus grados sino de gestionar adecuadamente los recursos materiales y humanos que el sistema emplea en su cobertura. Y aquí se abre un gran abanico con el que ventilar la complejidad de casos. Porque no es igual atender al dependiente en casa con familiares próximos o con una atención externa de mínimos que afrontar el ingreso en un centro especializado. Con todo, es claro que tanto en un supuesto como en otro la necesidad de asistencia impone la presencia de quien haya de prestar el servicio. En el sistema ya implantado no hay sitio para el *altruismo de ocasión* sino para otro muy distinto que entronque con la esencia y *razón de ser* de los cuidados. Ese *darse a los demás* despierta sin duda buenos sentimientos, pero en numerosas ocasiones puede ser mal interpretado y generar toda suerte de abusos[21]. La atención a la población necesitada, en ausencia de soporte familiar, se daba en el contexto de los sentimientos religiosos; de este modo la caridad se practicaba por toda una legión militante de buenos cristianos cuya máxima de comportamiento venía constituída por la entrega desinteresada al prójimo. De igual modo las llamadas Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) nacen al calor de estos valores, si bien en su desarrollo y comportamiento encuentran muchas dificultades para sobrevivir porque están supeditadas a las subvenciones volubles y discrecionales de los gobiernos y a la constante dedicación e ímprobo esfuerzo de sus componentes.

Con esta fortaleza personal se llega lejos; y más aún si hay perseverancia en los proyectos que se sostienen en el tiempo salvando fuertes y numerosas dificultades. Lo curioso es constatar que, aunque la visión del problema haya cambiado sustancialmente, lo fundamental permanece; por mucho que cambien la *nomenclatura* de los centros y aunque se adorne la plantilla de personal con méritos o títulos, reales o supuestos, la realidad no cambia: todavía hay carencias que ningún propósito benefactor puede corregir. Y no son restricciones materiales sino de enfoque. No pensemos que cambiando el asilo por la residencia llegan las soluciones porque la receta no siempre se cumple. Y basta con que se nos vaya un poco la mano en la sal para arruinar el plato más elaborado.

Los fracasos de un nuevo proyecto pueden radicar no tanto en su diseño sino en el modo de llevarse a cabo. El difícil urbanismo, los distintos modelos de familia y cuantos otros aspectos nos son dados por una realidad caótica y descompensada pueden echar por tierra el mejor de los propósitos. Por ello mantenemos que, aun cuando se proclame como principio general el fomento de la asistencia a domicilio, es manifiesto que las condiciones reales a menudo imponen un cambio de rumbo. De igual modo, la magnitud de la empresa determina que los profesionales de los cuidados sean clamorosamente insuficientes porque su número escaso responde a consideraciones que tienen que ver con la escasez de las dotaciones públicas o con el tratamiento laboral de verdadera precariedad que en muchos casos le dispensa la empresa del sector[22].

Este último apunte nos sitúa en la doble vertiente de la persona cuidadora, la pública y la privada. Aunque constituye molesto prejuicio pensar que tal opción es determinante en el tratamiento y los resultados finales. La equiparación es lógica al ser una sola la realidad que ambos deben atender, aunque no termine de implantarse en el legislador tan evidente criterio. *Divide y vencerás* es una vez más el lema que se impone ante la dispersión de recursos humanos. En este punto se hablaba con términos elogiosos del *yacimiento de empleo* que anidaba en el reclutamiento y selección de esta clase de personal. Pero la realidad ha venido a imponer su propia visión: la etimología es rica y cambiante

[21] La doctrina del abuso encuentra fundamento en el Derecho Romano: *abusus non est usus sed corruptela* (El abuso no es uso sino corruptela). El Título Preliminar de nuestro Código Civil lo recoge en su artículo 7.2 y desde aquí lo expande a todo el ordenamiento jurídico.

[22] En este punto conviene tener presente el viejo aforismo *fictio habet vim veritatis* (la ficción tiene la fuerza de la verdad) que nos recuerda otro complementario: *in fictione iuris semper aequitas est* (en la ficción jurídica, siempre está presente la equidad). Y ello porque en el campo de los cuidados a menudo se debe partir de un hecho incierto para llegar a la creencia de que los objetivos se cumplen, pasando de forma automática de la precariedad real de medios a la más satisfactoria plenitud asistencial.

porque es justo la *quietud* y pasividad de su significado la cualidad que mejor define el deficiente estado, plano y *yacente*, en que se encuentra el mercado de trabajo en este especializado campo.

8. EL COMPROMISO COLECTIVO

La prestación de servicios se puede alcanzar tanto a través del Estado como de la sociedad civil. Pero esa misma realidad puede contemplarse desde el ángulo contrario planteando que las personas mayores también se impliquen con su propia actuación y esfuerzo. Por eso la consideración al dependiente en materia asistencial es clave para darle la debida dimensión como protagonista y no como mero receptor de servicios y prestaciones.

De este fundamento partimos para sostener que la persona mayor dependiente no puede considerarse como mero instrumento para lograr un fin, sino el centro de cualquier estrategia que otorgue prioridad a sus emociones y necesidades. Por ello es importante que activen sus energías y participen socialmente en la medida de sus posibilidades, máxime cuando está reconocido que desde la edad de jubilación ordinaria el nivel de eficiencia intelectual sigue perfectamente conservado hasta la edad octogenaria, en que aparecen los primeros declives en una persona sana[23]. Y ello sin olvidar que la población mayor en absoluto constituye un cuerpo homogéneo y que existen tantas modalidades de envejecer como personas hay. De ahí que en el desarrollo y elaboración de programas de actuación sea loable el estímulo de facultades mediante su participación social y no quepa tomar la edad como factor de referencia cerrado sino como verdadero *tiempo de dicha* [Borges, 1969, p.375][24].

Es, pues, tarea prioritaria calificar con rigor las situaciones de dependencia y elaborar planes de actuación específicos [Barcelón y Quintero, 2004, p.93]. Después y a la vista de los distintos recursos y competencias (aunque fronterizas y solapadas), debe seguir la actuación administrativa de forma coordinada entre las distintas instancias, afectando igualmente a toda la sociedad mediante un necesario proceso de sensibilización y aportaciones desde el ámbito de la familia y el voluntariado. Pero como venimos sosteniendo, para que el terreno de juego sea completo se precisa del *sí quiero* voluntario del propio protagonista. Y no vale cualquier clase de consentimiento sino aquel que va más allá del simple conformismo o la resignación. Es un compromiso, o al menos debiera ser, de actividad y participación integradoras. Siguiendo las pautas ya marcadas, resulta elemental tener voz y voto en las decisiones que día a día la convivencia impone y a tal efecto la participación de las personas de edad en buena medida representa garantía de ponderación y experiencia. El gran pensador clásico, tras recordar que en la última parte de la vida se es más feliz porque se tiene más autoridad y menos trabajo, entona un ¡honra y mérito a la vejez! y hace un recorrido integrador y participativo de cuantas

[23] Pese a todo, no son las condiciones físicas de la persona mayor las determinantes de la pensión de jubilación. La posibilidad de anticipar la prestación en determinados casos en razón a una serie de circunstancias personales, contributivas o puramente económicas favorece un incremento de solicitudes ante una situación de expectativas inciertas, que vienen generando una rica jurisprudencia a propósito de la falta de requistos para acceder a su disfrute. Tal es el caso de la STS (Sala de lo Social) número 731/2019, de 23 de octubre, que excluye el subsidio de desempleo del cómputo del periodo de carencia exigido en la prestación de jubilación, situando en la fecha en que dio comienzo la percepción de aquel el momento a partir del cual hay que realizar la cuenta atrás de quince años en el cumplimiento del requisito de carencia, conforme exige el artículo 205 de la Ley General de Seguridad Social. La misma cuestión es tratada por la misma Sala del Alto Tribunal en la sentencia número 940/2018 de 30 de octubre, que hace aplicación de la *teoría del paréntesis* al tiempo en que la solicitante estuvo privada de libertad en cumplimiento de condena sin mediar ofrecimiento o rechazo de trabajo alguno en talleres penitenciarios. En igual sentido, la dictada por la misma Sala de 14 de marzo de 2012 (recud 4774/2010) que hace aplicación de la citada doctrina a los últimos cinco años de permanencia como demandante de empleo, tras existir un periodo de varios años sin inscripción en la Oficina de Empleo.

[24] Quizá de este modo pueda hacerse realidad la previsión del premio Nobel de literatura*: La vejez (tal es el nombre que los otros le dan) puede ser el tiempo de nuestra dicha. El animal ha muerto o casi ha muerto. Quedan el hombre y el alma.*

edades suceden en la vida humana, sentando que la adolescencia solo muestra sus frutos pero son las restantes edades a las que corresponde las tareas de *recolectar y saborearlos,* conforme a un propósito que *estimula y busca la integración social del mayor* [Ribera Casado y otros, 2001, p.32].

Los llamados *derechos de cuarta generación* implican, pues, la consecución por parte de la sociedad de la sensibilidad necesaria para abrirse a la realidad del envejecimiento y asumir este proceso desde la propia escuela. La participación de las personas mayores, no de forma ocasional y esporádica, sino ajustada a unos contenidos de carácter estable, favorece la cohesión entre dos sectores claves y coincidentes.

En el área local los mayores pueden desempeñar múltiples tareas siempre proporcionadas a su condición física; livianas, de cuidado y observación de espacios públicos y patrimonio municipal, que representan en la práctica muestra de eficaz colaboración ciudadana, perfectamente compatible con la espontaneidad de su actividad diaria. También mediante la intervención ocasional en labores de regulación del tránsito peatonal o rodado, promoción de itinerarios turísticos, asistencia en centros sanitarios y su presencia en manifestaciones sociales de todo orden, que requieran su colaboración activa como titulares de experiencia y depositarios de memoria[25]. Su contribución en empresas y tareas de contenido cultural, donde la experiencia y la tradición oral son imprescindibles, también aportan un valor incalculable a su resultado[26]. El estímulo de los mayores en multitud de campos constituye un propósito participativo de indudable interés que abre las puertas a muchos otros que hacen realidad el lema *recordar es volver a vivir.*

Aspecto importante en el impulso participativo lo constituye la expresión *nunca es tarde para aprender*, que Norberto Bobbio adoptó como uno de sus lemas predilectos y que puso en práctica hasta el final de su vida, haciendo visible su idea de que *cuando uno es viejo -y además está envejecido- no logra hurtarse a la tentación de reflexionar sobre su pasado,* poniendo de manifiesto que *el gran patrimonio del viejo está en el maravilloso mundo de la memoria*, porque al final no solo eres lo que has pensado, amado o realizado sino sobre todo *eres lo que recuerdas* [Bobbio, 1997, p.41].

En suma, en el tratamiento a la dependencia el compromiso de la sociedad debe articularse a través del Estado mediante una regulación que contemple el enlace preciso entre todos los sectores implicados. Y potenciando desde el plano educativo los valores próximos al hecho de envejecer a través de la integración de las personas mayores en el quehacer ordinario de la actualidad social; porque son muchos e importantes los campos a desarrollar y más aun los ámbitos a comprometer[27]. Así se permite generar un sentimiento de integración que debiera consolidar el *seguro de dependencia* como verdadero derecho subjetivo. Hasta que -sin prisa ni urgencia- la jubilosa aventura de vivir alcance su última meta.

[25] El Proyecto *Sonrisas* nació en el año 2.000 como una de las actividades centrales de la Asociación de Educación para la Salud (ADEPS) del Hospital Clínico de San Carlos de Madrid; por su carácter sociosanitario y su dedicación a la promoción de hábitos de vida saludable entre el colectivo de veteranos, recibió *el premio Seniors 2.001* al mejor proyecto innovador de mayores.

[26] La elaboración del Diccionario Histórico de la Academia de la Lengua Española tiene por objeto reunir el léxico integral en un archivo que no distingue ni discrimina sus distintos usos porque su finalidad consiste en recoger, estudiar y catalogar todas las creaciones léxicas que se han ido incorporando al idioma en cualquier tiempo y latitud.

[27] En el propósito de integración no siempre se cumplen las expectativas; así, cuando se deniega la pensión de jubilación por no tener cubierto el periodo de carencia al no computarse las cotizaciones efectuadas por el desempeño de *segunda actividad* en supuestos de incompatibilidad en la función pública. Así lo tiene establecido la doctrina de la Sala de lo Social de Nuestro Más Alto Tribunal en la sentencia de 9 de abril de 2003, recurso para la unificación de la doctrina número 1044/2002.

9. PARTICIPAR Y ENSEÑAR APRENDIENDO

La protección de las personas mayores es tarea común y todos debemos asumir nuestro papel. Pero justo por eso también es importante obtener respuesta positiva de su parte en correspondencia cabal para el alivio y resolución de las cuestiones que venimos tratando. Su integración en la sociedad resulta determinante y su implicación en el proyecto colectivo garantiza el cumplimiento de objetivos. No se trata de exigir las mismas energías pero sí, al menos, de proporcionar la oportunidad de demostrar que las facultades deben activarse y que su fortaleza llega con el ejercicio y puesta en práctica. Por este motivo no se debe forzar por igual sino asumir las limitaciones de forma particularizada y acometer los objetivos hasta donde sea posible.

Partiendo de una voluntad positiva e integradora [Alarcón, 1972, p.80][28], el resto de fases viene rodado. Ese grado variable de participación no sólo es objetivo; también forma parte del tratamiento. De ahí que la coordinación de las distintas instancias sea eje importante de su eventual consecución, pero el impulso debe darse a partir de la familia y los niveles básicos de convivencia. Es importante resaltar el peso que tiene la decisión de este segmento de la población; porque no se trata solo de participar *nominalmente* sino de hacerlo con sentido y orientación. Y sobre todo con el propósito de conquistar espacios de autonomía personal que en la mayoría de las veces se muestra dormido. Por eso basta un aldabonazo, un empujón -delicado y con tiento- para que el mejor de los efectos se cumpla. Ya no es tiempo de abandono o resignación, de asumir que otros impongan el ritmo o los criterios que terminan por anular sus capacidades. Son muchos los retos que se plantean en determinadas épocas de la vida cuando se percibe que las manecillas del reloj avanzan de forma inexorable sin posibilidad de volver atrás. Aquellas asignaturas pendientes están a la vista y sólo se trata de reescribir nuestra vivencia anterior para subrayar y pasar por donde estuvimos… ¡tanto para cargar el trazo como para cambiar el guión! Es un desafío, y también un mérito, que se aborda desde la experiencia sabiendo que ya disponemos de una visión panorámica que impide el error porque se conoce con perspectiva y seguridad la ruta seguida. Es tiempo, como Platón enseña, de recolectar y saborear los frutos[29].

Dicha integración implica un proceso de enseñanza y aprendizaje, simultáneo y recíproco. No resulta ocioso implicar ese esfuerzo en la consecución de objetivos naturales presididos por el sentido común. La participación de los más veteranos en tareas educativas se nos antoja esencial, directa, fácil de ejecutar y de resultados positivos y ventajosos. Es evidente que de forma ocasional se requiere la colaboración de los abuelos en la lectura de cuentos o descripción de alguna experiencia; pero tales gestos por muy vistosos que resulten son perfectamente compatibles con un programa estable que pueda mantenerse en el tiempo. Y lo mismo cabe decir de su participación en amplios sectores de la cosa pública. Evidentemente no se insinúan estas tareas desde un plano de caridad sino desde la responsabilidad de involucrar un segmento frágil de la población en el ejercicio de actividades por razón terapéutica, sí, pero atendiendo a un propósito que conduce directamente a un espacio donde la autonomía y la dignidad humana constituyen su eje central.

Es hora de dejar atrás los proyectos aislados y dar estabilidad a las funciones de las personas mayores integradas en unos planes de ejecución bien dotados. No se trata de innovar sino de estabilizar unos valores y principios lo suficientemente testados para no defraudar en su cumplimiento. Las labores ocasionales resuelven de forma transitoria expectativas e inquietudes; pero a menudo se convertirán en abrigo puntual para oportunistas o entusiastas. Y no es éste el objetivo, sino posibilitar con carácter general la integración en el sistema desde un esquema donde no haya discriminaciones ni

[28] Mediante su delicioso relato *La corneta de llaves* Pedro Antonio de Alarcón nos sumerge en el valor de la constancia cuando la supervivencia está en juego y nos vemos obligados a realizar tareas que, aunque al principio se vean de imposible ejecución, terminan lográndose con tesón y fuerza de voluntad.

[29] *Vid. supra* a propósito del estudio *De senectute. Acerca de la vejez* sobre la obra del autor clásico.

se destaquen solo las cualidades de una minoría. En ese proceso participativo tiene más valor la noción situacional de *estar* que la idea personalista que acompaña al verbo *ser*. Porque lo importante no es contribuir con más o menos sino formar parte de un colectivo que tiene sentido desde su conjugación en plural. Y siempre en presente de indicativo y con proyección de futuro perfecto.

El primero de los modos expuestos nos conduce a una realidad muy visible y delimitada; nuestra ley de dependencia cuenta ya con unos años de aplicación. De ella cabe extraer unas enseñanzas importantes que hacen hoy por hoy tener un sistema en pie y, aunque mejorable, ya muy rodado. La segunda forma verbal nos hace más fuertes y abre la esperanza de su mejora: no debe buscar consuelo la persona mayor con refugiarse en el *maravilloso mundo de la memoria*; ante sí tiene todavía un mundo por descubrir. Y lo más importante es apreciar que en este desafío no está solo porque cuenta con el impulso y el latido de quienes, queramos o no, formamos una sola tripulación en un mismo viaje con igual rumbo y destino. Para disfrutarlo sin prisa ni urgencias.

10. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón y Ariza, P.A. de. *Historietas nacionales,* Colección Austral. Espasa-Calpe, Madrid, 1972.

Barcelón Cobedo, S. y Quintero de Lima, M.G. *Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia.* En Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica, número 17-18, Editorial La ley, 2004.

Blázquez Agudo, E. M. *La promoción de la prolongación de la vida activa y el acceso a la jubilación,* en Mercader Uguina, Jesús Rafael (Dir.), *Trabajadores maduros, un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social.* Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009.

Bobbio, N. *De Senectute,* Ed. Taurus, Madrid, 1997.

Bonete Perales, E. Ética de la dependencia, Editorial Tecnos, 2009.

Borges, J. L. *Elogio de la sombra,* Editorial Emecé. Buenos Aires, 1969.

Cicerón, M.T. *Los diálogos de Cicerón: de la vejez: de la amistad, las paradojas.* Sociedad Española de Librería. Madrid, 1928.

Gala Durán, C.; Beltrán de Heredia Ruiz, I.; García Calvente, Y. *El impacto de las últimas reformas en materia de jubilación: envejecimiento activo, sostenibilidad financiera y planes de pensiones (perspectivas laboral y fiscal),* Fundación Mapfre, Madrid, 2016.

González Ortega, S. *La protección social de las situaciones de dependencia*. En Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica, número 17-18, Editorial La ley, 2004.

Maldonado Molina, J. A. *El seguro de dependencia. Presente y Proyecciones de futuro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

Mercader Uguina, J. R. *Concepto y concepciones de la dependencia.* En Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica, número 17-18, septiembre de 2004.

Ponce de León Romero, L. *Reflexiones sobre la covid 19 y población vulnerable ¿Estado del Bienestar o Neoliberalismo?,* Ehquidad nº 14, julio 2020. International Association of Social Sciences and Social Work (AICTS)

Raimundo de Peñafort (San), *Summa Iuris,* Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1945.

Ribera Casado, J. M.; Minois, G. y Monge Marigorta, J. A. *De Senectute. Acerca de la vejez.* Editorial Triacastela, 2001.

Vives, J. L. *El socorro de los pobres. La comunicación de bienes.* Editorial Tecnos. Madrid, 2007.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

De nuevo sobre el varón discriminado por la privación del complemento de maternidad. El Alto Tribunal en su Sentencia de 15 de noviembre de 2023 adapta su doctrina a la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 y reconoce el derecho a una indemnización de 1800 euros

Discrimination again against men due to the denial of the extra maternity payment. The High Court Judgment of 15 November 2023 adapts its legal principle to the CJEU Judgment of 14 September 2023 and recognises the right to a payment of 1,800 euros

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

Cita Sugerida: BALLESTER PASTOR, I.: «De nuevo sobre el varón discriminado por la privación del complemento de maternidad. El Alto Tribunal en su Sentencia de 15 de noviembre de 2023 adapta su doctrina a la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 y reconoce el derecho a una indemnización de 1800 euros». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 149-170.

Resumen

El complemento de maternidad por aportación demográfica diseñado en la primera redacción del art. 60 TRLGSS fue considerado contrario a la Directiva 79/7CEE por la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, motivo por el que, para atajar la discriminación, los Tribunales españoles reconocieron posteriormente a los varones el abono del mismo; no obstante, el INSS siguió sin conceder este complemento por la vía administrativa. Como consecuencia de ello y tras asumir el Alto Tribunal, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2023 la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023, el Tribunal Supremo concede a los varones que han sido perjudicados -por ser obligados a reclamar judicialmente el complemento- una indemnización para resarcir por esos gastos adicionales, gastos que quedan cuantificados -de forma homogénea- en 1800 euros.

Palabras clave

complemento de maternidad; discriminación por razón de sexo; indemnización

Abstract

The maternity allowance due to demographic contribution designed in the initial wording of Art. 60 of the Revised Text of the General Law on Social Security was considered contrary to Directive 79/7EEC by CJEU Judgment of 12 December 2019, which is why — in order to tackle discrimination — the Spanish Courts subsequently recognised the payment of the said allowance to men. However, the National Social Security System still did not grant this allowance through the administrative channel. As a result, and after the High Court Judgment of 15 November 2023 accepted the legal principle contained in the CJEU Judgment of 14 September 2023, the Supreme Court granted men who had suffered discrimination - for being obliged to claim the allowance judicially - an indemnity to compensate for these additional expenses, which was a blanket sum of 1,800 euros.

Keywords

Maternity allowance; discrimination on grounds of sex; compensation

Fecha Recepción: 27/2/2024 - Fecha Revisión: 14/3/2024 - Fecha Aceptación: 18/3/2024
Pags. 149-170

1. EL PORQUÉ DEL ABSURDO DE ABONAR EL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD A LOS VARONES

El complemento por maternidad en las pensiones contributivas por contribución demográfica del art. 60 TRLGSS[1] fue incluido a través de una enmienda a la Ley de Presupuestos Generales del año 2015, se incorporó al art. 50.bis en la anterior LGSS y pasó a renumerarse en el art. 60 del nuevo TRLGSS. Este complemento implementa una prestación complementaria, que no llega a ser una prestación misma sino, más bien, una ayuda que sirve para mejorar de las pensiones contributivas ya generadas, quedando anexada a éstas.

Su percibo debiera haber servido para mejorar los importes de las pensiones contributivas otorgadas a los colectivos que se han visto perjudicados por ejercer labores de cuidado durante su carrera

[1] La redacción del art. 60 TRLGSS era la siguiente:
Artículo 60. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. 1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento. b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento. c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento. A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.
2. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.
Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.
En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.
Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.
3. En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.
4. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215.
No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.
5. En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:1.º A la pensión que resulte más favorable.2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación. En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento.
6. El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización.

laboral, incrementando sus pensiones con el propósito de compensar y contrarrestar los impedimentos que pudieron sufrirse durante su carrera laboral -dándolos por supuestos-, con el objetivo de paliar la denominada brecha de género en las pensiones[2], una brecha de género que repercute en las cuantías de las pensiones causadas por ellas[3]. El complemento de maternidad ha sido, pues, un mecanismo más -entre otros- dirigido a reducir o eliminar la brecha de género, pero eliminar o reducir esa brecha no es fácil y exigiría actuar en muchos frentes: los instrumentos deberían tener repercusión en el corto y en el largo plazo y deberían afectar a todos los pilares de la protección social -no sólo al contributivo-. La estrategia correcta debería ser además, integral, de forma que actuara defendiendo a las mujeres de las desigualdades, ahora, y después. Para ello, además, las medidas debieran evolucionar al mismo ritmo que lo hace el sistema de protección social, para lograr que las pensiones sean adecuadas y suficientes y, sobre todo, debe atinarse con el instrumento jurídico apropiado usando la técnica jurídica correcta, sin infringir otros preceptos a los que queda supeditado, pues lo contrario repercute -a la postre- en el funcionamiento de la estrategia global[4].

El complemento de maternidad del art. 60 TRLGSS -nos referimos a la redacción previa al RDL 3/2021, de 2 de febrero- provocó desigualdades muy evidentes; así, no accedían a él las madres que tuviesen un solo hijo; las que percibían una pensión contributiva antes del 1 de enero de 2016; tampoco lo cobraban las madres cuya pensión no alcanzase el importe máximo establecido anualmente para las pensiones públicas en la correspondiente LPGE; ni las madres que hubieran accedido a la jubilación voluntaria -esta exclusión fue avalada por el TJUE y por el TCO, pero

[2] La brecha de género en las pensiones supone, en esencia, una proyección -demorada en el caso de la jubilación- de los perjuicios que las mujeres han venido sufriendo –y algunas siguen sufriendo- en sus carreras laborales y surge como consecuencia de las múltiples -y enormes- desventajas que presentan ellas para trabajar, cotizar y generar por ellas mismas (o no) pensiones adecuadas y suficientes.
Una de las principales conclusiones del *Informe sobre la adecuación de las pensiones del Consejo de la Unión europea*, de fecha de 4 de junio de 2021 es que el riesgo de pobreza en la vejez entre las mujeres aumenta a partir de los 75 años, ya que las mujeres tienen una esperanza de vida más larga y a menudo están sin pareja. Las pensiones de supervivencia -de titularidad derivada- contribuyen a redistribuir los ingresos entre las mujeres de edad avanzada -es lo que ocurre actualmente con la pensión de viudedad en nuestro país-, pero no son suficientes para compensar las desigualdades durante la vida laboral.
Según el Informe Mundial sobre la protección social 2020-2022 de la OIT: *La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, las principales causas de las desventajas a las que se enfrentan las mujeres con hijos son la distribución desigual del trabajo de cuidados no remunerado en el seno de las familias y la falta de servicios de cuidados asequibles y de buena calidad (cuidado de niños, cuidados de larga duración y apoyo para las personas con discapacidad) así como las actitudes discriminatorias y las expectativas en relación con los roles de género. Otros factores que afectan en este sentido son las interrupciones de la carrera profesional por licencias de maternidad y por cuidados, remuneradas y no remuneradas, la reducción de las horas de trabajo, la ausencia de soluciones de trabajo flexible, la falta de prestaciones de enfermedad para los hijos enfermos, las culturas corporativas masculinas y las correspondientes decisiones de contratación y promoción con sesgo de género en las empresas.

[3] La Disposición adicional 37ª del TRLGSS -introducida por el RDL 2/2023, de 16 de marzo- define ya lo que es la brecha de género, y la relaciona directamente con el nuevo complemento de brecha de género diseñado tras el RDL 3/2021, al señalarse que, 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 las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres. Como se puede comprobar, esta definición atiende únicamente a los datos deducidos de la pensión de jubilación, pero el complemento que regula en art. 60 TRLGSS se incorpora a otras muchas pensiones. El motivo de ello puede ser el hecho de que las medidas ligadas a la reducción de esa brecha se pretenden controlar y diagnosticar gracias a este único parámetro.

[4] *Vid,* la Ponencia general en el Congreso Internacional y nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) celebrado en octubre de 2022 donde se analiza de forma muy detallada de qué modo se cumplieron por el legislador los objetivos que, respecto a la reducción de la brecha de género que aparecían plasmados en la revisión del Pacto de Toledo de 2020: Ballester Pastor, Inmaculada., Mujeres y pensiones: la "brecha de género" de las pensiones contributivas, en AAVV., La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: el nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social / Asociación Española de Salud y Seguridad Social Congreso, José Luis Monereo Pérez, Murcia, Laborum, Vol. 2, 2022, ISBN 978-84-19145-45-1, p. 955-990..

después fue corregida en el nuevo complemento-[5]; y no les correspondía ni a las perceptoras de la jubilación parcial, ni a las madres que no fueran pensionistas -de una pensión contributiva del Sistema-. Igualmente, este complemento se olvidaba de la protección de las familias integradas por parejas homosexuales masculinas[6], y tenía otros muchos defectos, entre ellos, el de incrementar más las pensiones más altas, perjudicando a las de baja cuantía[7]. Pero, ante todo, por lo que en este estudio nos interesa hoy, este complemento se dirigía únicamente a las mujeres y este defecto, detectado por el TJUE tras resolver una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español, generó un absoluto caos pues el art. 60 TRLGSS introducía una discriminación directa, ahora hacia los hombres, contraria a la Directiva 79/7/CE.

Señalaba, así, la conocidísima STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA)[8] que la Directiva 79/7/CE[9] se opone a una norma nacional, como la establecida en el art. 60 de la TRLGSS, que reserva la concesión de dicho complemento únicamente a las mujeres, desenmascarando la discriminación directa que el precepto causa en los varones que se encuentren en la misma situación definida por la norma y que no sean beneficiarios de ella[10]: desde que este Fallo se emitiera, como

[5] Esta particular exclusión no se consideró una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, de acuerdo con la STJUE, Caso YJ contra el INSS, de 12 de mayo de 2021. Vid, un Comentario de este pronunciamiento en: Ballester Pastor, I., "El complemento de pensión de jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a las perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 5, 2021.Previamente al planteamiento de esta cuestión prejudicial el Tribunal Constitucional, en el Auto nº 144/2018, de 16 de octubre, BOE de 20 de noviembre de 2018, ya había inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al art. 60.4º TRLGSS por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona, aunque tal Auto incorpora dos Votos particulares de indudable interés.
Por eso los Tribunales españoles no han reconocido, después, este complemento en esta situación, Vid. STSJ Asturias (Sala de lo Social), nº 497/2022, de 8 de marzo, ECLI:ES:TSJAS:2022:761; aunque la STSJ Cataluña (Sala de lo Social), nº 1853/2022, de 21 de marzo de 2022, integrando el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas sí ha reconocido el complemento por aportación demográfica al interpretar la normativa previa al RDL 3/2021, de 2 de febrero, con perspectiva de género.

[6] A estas exclusiones se refiere Fernández Nieto, L., "Una nueva medida contra la discriminación: el complemento para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas", *Diario La Ley*, nº 9846, 2021, p. 7/16. Vid, también: Sánchez Rodas, C., "Complemento por maternidad y pensiones contributivas: las olvidadas madres del baby boom y las madres de hijos únicos", en *e-Revista Internacional de la protección social*, 2019, Volumen IV, nº 1; Moreno Romero, F., "El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión europea", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 25, 2020; o Perchin Benito, N., "El complemento por maternidad en las pensiones contributivas", *La Ley*, nº 5914, 2021, entre otros muchos estudios.

[7] Vid, Granell Pérez, R., Salvador Cifre, C., "Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objeciones, resultados y consecuencias", en *CIEREC- España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 98, marzo de 2020, p, 287-322. Se concluye también en este mismo estudio que entre las mujeres ocupadas, las que más hijos tienen son las trabajadoras por cuenta propia y también son las trabajadoras por cuenta propia las que acreditan carreras de cotización más cortas.

[8] ECLI:EU:C:2019:1075. Vid, comentando este pronunciamiento, Monereo, J.L., Rodriguez Iniesta, G., "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la seguridad Social española con los Tribunales europeos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 22, 2020, p. 13-24; Martínez Barroso, M.R., "Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social". *Unión europea Aranzadi*, nº 6, 2020: Vicente Palacio, Mª A., "Sobre el carácter discriminatorio del complemento de maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020; Molina Navarrete, C., "Brecha de género y pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020, p. 188-201. Rivas Vallejo, P., "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2020.

[9] 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.

[10] Se puede leer, así, en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 que: (...) *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 79/7 debe interpretarse en el*

es bien conocido, la asunción de dicha doctrina ha sido un absoluto disparate y, además, ha dado lugar a conflictos casi infinitos[11]. El Fallo del TJUE negaba la mayor, declaraba la discriminación y, paradójicamente, con ello acentuaba, más aún, la brecha pensional pues la discriminación ahora "masculina" sólo podría atajarse otorgando al colectivo discriminado -los varones- el beneficio del que habían sido privados por la norma[12].

---

sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Sintéticamente y partiendo de la existencia de una situación comparable, entiende el TJUE que el complemento por maternidad español incurre en una discriminación directa por razón de sexo y está prohibida por la Directiva 79/7, por las siguientes razones:

En primer lugar: La jurisprudencia del TJUE reserva a los Estados miembros el derecho a adoptar disposiciones destinadas a garantizar la igualdad efectiva. Y el artículo 4.2 de la Directiva 79/7 les reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, en materia de protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo y también en materia de protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. Pero el complemento de maternidad no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre su concesión y el disfrute de un permiso de maternidad o entre su concesión y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto.

En segundo lugar: Según el artículo 7.1 b), de la Directiva 79/7 , la propia Directiva no puede obstar a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Pero el complemento por maternidad tampoco se supedita a la educación de los hijos/as o a la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a su educación, sino, simplemente, a que las mujeres beneficiarias hayan tenido hijos/as biológicos o adoptados y sean perceptoras de determinadas pensiones contributivas (invalidez, jubilación o viudedad), en cualquiera de los regímenes del sistema de la seguridad Social.

En tercer lugar: La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos/as porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (STJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99 , EU:C:2001:648 , apartado 56).

En cuarto lugar: El artículo 157.4 del TFUE establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no puede impedir a ningún Estado miembro el mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Sin embargo, esta disposición no puede aplicarse al controvertido complemento por maternidad, dado que se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión (jubilación, invalidez o viudedad contributiva), sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar las madres trabajadoras durante su carrera profesional, señalando exactamente el TJUE que: "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 (STJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99 , EU:C:2001:648 , apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13 , EU:C:2014:2090 , apartado 101)"

En base a las razones anteriores, el Alto Tribunal europeo llega a la conclusión de que el complemento de maternidad (art. 60 LGSS): "constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por tanto, está prohibida por la Directiva 79/7 ."

[11] Cruz Villalón hablaba del embrollo que existia ya en el año 2021. Vid. "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021.

[12] Vid, comentando la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2021, de 13 de septiembre, Casas Baamonde, M.E., "El control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión europea y de la inaplicación de la ley interna por jueces y tribunales (complementos de pensiones contributivas por maternidad y "discriminación masculina"", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 9/2021. El Tribunal Constitucional había intervenido en esta controversia hasta en tres ocasiones: en el Auto 106/2008, de 2 de octubre, en el Auto 114/2018, de 16 de octubre, que inadmite cuestión de inconstitucionalidad y en el Auto 89/2019, de 16 de julio. Vid, acerca de alguno de los problemas a los que los Tribunales han debido dar respuesta: Hernández Vitoria, MªJ., "Titularidad y efectos económicos del

Los efectos de la STJUE WA han causado un gran estruendo: ninguna regulación juzgada por el TJUE -que yo recuerde- ha dado lugar a un número tan elevado de estudios en su corta vida[13], ni ha conseguido alejarse, cada vez más, del objetivo que pretendía conseguir al otorgarse a todos los progenitores. El complemento que ansiaba compensar las desventajas laborales padecidas por un colectivo -el de las mujeres- ha acabado siendo aplicado a todos ellos -los perjudicados y los que no-, lo que, a la postre, lo convierte en inútil, genera derroche de dinero público e incluso incrementa la brecha de género.

2. DE NUEVO EL DISPARATE: EL VARÓN DOBLEMENTE DISCRIMINADO -AHORA POR LA ENTIDAD GESTORA REACIA A RECONOCERLE EL COMPLEMENTO EN VÍA ADMINISTRATIVA- TIENE DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN DE 1800 EUROS SEGÚN EL ALTO TRIBUNAL

A la vista de cuanto acabamos de decir la Sentencia que tenemos entre manos[14] es uno más de los disparates que provoca el fallo del TJUE -caso WA- y que se genera a partir del dudoso comportamiento del INSS -en cierto modo, también comprensible, al menos al principio- negándose a reconocer el complemento a los varones cuando los Tribunales ya lo reconocían tras la correspondiente demanda judicial.

La necesidad que tiene el varón de acudir a la vía judicial para ver reconocido su derecho al complemento -siendo discriminado en ello, por segunda vez, respecto a la mujer- es objeto de una cuestión prejudicial, que, una vez resuelta por el TJUE, y tras ser reconocida la discriminación, obliga al Tribunal Supremo a alterar su doctrina previa y a reconocer que el varón doblemente discriminado sufre un perjuicio, un perjuicio que no se cubre únicamente por fijar los efectos económicos del complemento desde el momento del hecho causante de la pensión de la que depende, sino que el varón merece una indemnización adicional, una indemnización que queda cuantificada en 1800 euros, y que ha de abonar el INSS.

En las primeras semanas y meses tras la Sentencia del TJUE parecería lógico que la Entidad Gestora esperara a que -tras la Sentencia WA- la cuestión fuera aplicada y resuelta o por el legislador o por los Tribunales; pero todas y cada una de las reclamaciones judiciales que llegaban a los Tribunales acababan concediendo el complemento pues los Tribunales quedan sometidos a la doctrina del TJUE; no obstante, ni siquiera entonces, cuando las Sentencias se multiplicaron, el INSS empezó a reconocer el complemento, en una actuación sorprendente de insistente negativa a acatar la doctrina del TJUE en la vía administrativa.

El Criterio de Gestión del INSS 1/2020, emitido el 31 de enero de 2020, casi dos meses después de la Sentencia del TJUE -caso WA- era clarísimo acerca de qué debía hacerse: hasta que no exista una modificación legislativa, el complemento de maternidad por aportación demográfica se reconoce únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos, sin perjuicio de que deban ejecutarse las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de Justicia, es decir, el INSS solamente

complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", en *Revista española de Derecho del trabajo*, nº 249, 2022.

[13] Por todos, la monografía de la que es autor Vivero Serrano, J., que lleva por título *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021, donde se analiza exhaustivamente el complemento de aportación demográfica y el complemento de brecha de género, que sustituye a éste.

[14] Esta misma doctrina se reitera, después, en otros pronunciamientos, como en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) nº 110/2024, de 24 de enero de 2024, nº rec. 252/2023.

van a reconocerlo en ejecución de sentencia firme, por tanto, según el INSS, sin pleito no hay complemento[15].

Así las cosas, mientras las mujeres veían reconocido el complemento cuando cumplían los requisitos exigidos, los hombres debieron reclamarlo, primero, en vía administrativa y, tras la preceptiva negativa del INSS quedaban obligados a acudir a la vía judicial: además del tiempo perdido, obviamente, los hombres se veían obligados a satisfacer los gastos adicionales derivados de la interposición de la demanda.

Y esta práctica del INSS se prolongó todo el tiempo que el complemento estuvo vigente, tras la Sentencia del TJUE, es decir, desde diciembre de 2019 hasta el 4 de febrero de 2021, porque si bien es cierto que el Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021 vino a revisar ese Criterio 1/2020, lo que, en realidad, hizo, fue fijar Instrucciones acerca de los nuevos problemas que van a aparecer como consecuencia del recién estrenado régimen jurídico aparecido tras el RDL 3/2021, de 2 de febrero, sin resolver ni tampoco desdecirse de la práctica administrativa desarrollada en la etapa anterior.

Curiosamente, si nos detenemos en leer hoy esta Instrucción interna, sus dictados -meras normas internas, de funcionamiento, sin rango legal alguno- no sólo no coinciden, sino que, incluso, contrarían la doctrina judicial del Tribunal Supremo que se ha venido dictando después, doctrina que es la que ha servido para resolver muchos de los problemas derivados de la regulación del art. 60 TRLGSS, en sus dos redacciones[16]. Hoy en día, como veremos, hay que acudir al Criterio de

[15] El Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS del que procede la práctica administrativa a la que aludimos señalaba lo siguiente: *Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el art. 60º LGSS al pronunciamiento del TJUE de 12 de diciembre de 2019, se establecen las siguientes pautas de actuación de esta Entidad Gestora: El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 LGSS, 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. 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.*

[16] Así, este Criterio tiene dos apartados:
El primero de ellos habla del carácter unitario del complemento por maternidad por brecha de género y concluye que, atendiendo a este carácter unitario, los hijos dan derecho al reconocimiento de un único complemento, por lo que sólo puede reconocerse a un progenitor y, por tanto, en aquellos casos en los que el derecho ya haya sido ejercido por uno de los progenitores, se ha de denegar al segundo progenitor que lo solicite.
No obstante, sí se puede acceder a dos complementos por aportación demográfica por los mismos hijos, pues así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno de 17 de mayo de 2023, nº 362/2023, nº rec. 3821/2022. Vid, a este respecto, Ballester Pastor, I., El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RDL 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores, Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 6/2023
Incluso cabe que se perciban dos complementos por los mismos hijos, pero si uno de los progenitores percibe el complemento de brecha de género ello obliga a reducir su cuantía, tal cual ha concluido la STS de 29 de junio de 2023, nº 461/2023 y las Sentencias de 29 de enero de 2024, nº 201/2024, nº rec. 5127/2022 y de 29 de enero de 2024, nº 206/2024, nº rec. 5808/2022. Vid, comentando la STS de 29 de junio de 2023: Ballester Pastor, I., El espejismo de la percepción duplicada del complemento de maternidad por ambos progenitores por aplicación de la DT 33ª del TRLGSS, en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 7, 2023.
El segundo de los apartados de este Criterio 35/2021 trata acerca del plazo de prescripción y de los efectos económicos del complemento y lleva a cabo una interpretación de lo que se establece en la anterior redacción del apartado 6º del art. 60 TRLGSS, párrafo que señalaba que: *el derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente al nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización*. Según aparece aquí, esta sujeción no alcanza, sin embargo, al plazo de prescripción a la que está sometido el complemento de maternidad; en consecuencia, cabe entender que es de aplicación lo dispuesto en el art. 53 TRLGSS por lo que prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante

Gestión 5/2024, de 8 de marzo, donde ya se acoge la última doctrina judicial sobre el complemento de aportación demográfica.

3. EL ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD A LOS VARONES SEGÚN LA DOCTRINA JUDICIAL

Por último, para incomodar todavía más, hay que recordar que el Tribunal Supremo declaró, ya desde 2022, que los efectos del reconocimiento de este complemento hacia los varones se han de retrotraer al momento del hecho causante de la pensión de la que el complemento depende -y no quedaban fijados tres meses antes de su solicitud- , ya que la Sentencia del TJUE no establece un límite respecto de sus efectos[17] lo que significa que los varones que han acabado devengando el complemento han sido aquellos cuya pensión se ha causado desde el 1 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021. Y ello presenta otro agravante pues la nueva redacción del precepto ha generado nuevos problemas interpretativos, y nuevos supuestos de hecho, y ello ha traído consigo lidiar con una complejidad muy elevada, a lo que hay que sumar el problema de si ha prescrito, o no, el derecho, para aquéllos que solicitan el complemento varios años después de haber sido pensionistas.

Sobre este último particular, hay que tener en cuenta que el complemento inicial por maternidad está ya derogado desde que el art. 1.1º del RDL 3/2021 de 2 de febrero modificara el art. 60 LGSS y se sustituyera aquel complemento por aportación demográfica por el actual complemento de pensión contributiva para la reducción de la brecha de género, vigente desde 3 de febrero de 2021. Por tanto, desde el 4 de febrero de 2021 ya se aplica el art. 60º LGSS en la redacción actual -revisada por el art. Único 7 del RDL 2/2023, de 16 de marzo-. Por ello, el problema que aquí se debate afecta a los complementos por aportación demográfica que tienen que ver con pensiones causadas por hombres desde el 2 de enero de 2016 hasta el 3 de febrero de 2021, unos complementos que han podido reclamarse mucho tiempo, a pesar de que el hecho causante del que depende el propio complemento ya está alejado en el tiempo, por lo que su reclamación podría haber prescrito, a la vista del art. 53 LGSS. No obstante, el Tribunal Supremo (RCUD) acaba de resolver en su Sentencia nº 322/2024, de 21 de febrero, nº rec. 862/2024, que solicitada en plazo la prestación contributiva, el complemento de maternidad ligado a la misma no prescribe[18].

---

de la prestación de que se trate. Los efectos económicos del reconocimiento se producirán, en todo caso, a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud y nunca más allá del 17 de febrero, fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.6º de la Ley 40/2015 del régimen jurídico del sector público.

No obstante, la doctrina del Alto Tribunal ha señalado lo contrario, en primer lugar, que los efectos se producen desde el momento del hecho causante de la prestación a la que va añadida el complemento. Vid. STS de 17 de febrero de 2022, nº rec. 3379/2021; y, en segundo lugar, que solicitada en plazo la prestación contributiva a la que va ligada el complemento de maternidad, los posibles complementos que de la misma deriven no prescriben. Vid, STS nº 322/2024, de 21 de febrero, nº rec. 862/2024.

[17] Vid, la STS de 17 de febrero de 2022, nº rec. 3379/2021.

[18] Así lo entendían ya algunos pronunciamientos, como la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, de 26 de enero de 2024, Sentencia nº 20/2024, un pronunciamiento que se remite a la Sentencia nº 2367, del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de la Comunidad Valenciana, de 24 de julio de 2023 (nº recurso 3158/2022), en la cual se razona lo siguiente: (…) *Dispone el art. 53 del LGSS, en relación a la prescripción, que "El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años contados desde el día siguiente a aquel en el que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud". El artículo 60 LGSS (en la redacción vigente a la fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Avelino) establecía un complemento de pensión por aportación demográfica a las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la seguridad social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, disponiendo su apartado sexto que: "el derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente al nacimiento, duración, suspensión, extinción y en su caso actualización". Sobre la fecha*

Aunque especialmente complejos son los diferentes supuestos que pueden surgir en las reclamaciones presentadas por varones, según cual sea el momento de su interposición, dado que el complemento de aportación demográfica ha sido sustituido por el complemento de brecha de pensiones, y tras esta reforma legislativa el complemento solamente se percibe por un progenitor.

A estos efectos, resulta muy clarificadora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) nº 3067/2023, de 15 de mayo[19], donde se enumeran los seis casos en los que se puede encontrar el varón solicitante del complemento afectado por la vigencia de una u otra regulación, resolviendo a qué supuestos sí es aplicable la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo nº 163/2022, de 17 de febrero de 2022 -recurso nº 3379/2021- y nº 487/2022, de 30 de mayo de 2022 -recurso 3192/2021- pronunciamientos en los que se reconocen los efectos retroactivos del pago del complemento al momento del hecho causante de la pensión a la que éste queda anudado[20].

---

de efectos del reconocimiento a un varón del complemento de pensión por maternidad regulado en el referido art. 60 LGSS ya se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, entre otras, en las Sentencias de 17 de febrero de 2022, en el sentido que a continuación se indica: (...)"el contenido del art. 60 LGSS que en su redacción original excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento, se ha declarado constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a 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, que estableció que ese principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros de que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato. De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva. La norma interpretada del Derecho de la Unión 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 conduciría, 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, naturalmente, que, como hemos señalado en el párrafo anterior, se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 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 (...)".

En aplicación de la anterior doctrina, y siendo evidente la conexión entre el complemento que se reclama y la pensión de jubilación, sobre la que se proyecta, en cuanto al reconocimiento y dinámica de la prestación, hemos de acudir al artículo 212 de la LGSS que regula la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de la prestación de jubilación.

De este modo no es posible entender que el derecho del actor al reconocimiento del complemento reclamado esté prescrito ya que al ostentar la misma naturaleza que la pensión es imprescriptible, y dicha imprescriptibilidad afecta al propio complemento, impidiendo que la concreta fecha de solicitud pueda constituir un obstáculo jurídico para el reconocimiento del derecho y máxime cuando dicho complemento ha venido siendo reconocido a las mujeres por el Ente Gestor en la misma resolución en que se reconoce la pensión sin necesidad de nueva reclamación.

[19] ECLI:ES:TSJCAT:2023:5088.

[20] Dice así el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2023 que: *(...) Respecto a la aplicación de la citada norma, que actualmente ya ha perdido vigencia, se vienen planteando una serie de conflictos que básicamente consisten en la norma aplicable a quienes solicitaron y vieron reconocida la pensión correspondiente antes del 4 de febrero de 2021, pero la Entidad Gestora no les reconoció el citado complemento, presentándose varias posibilidades.*

Para resolver todos estos problemas debemos mantener en mente que el art. 60.1 LGSS (versión derogada) establecía que dicho complemento " tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva " y el 60.1 LGSS que " el derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización ". Asimismo, respecto al nacimiento del derecho al complemento, el art. 212 LGSS (Imprescriptibilidad) establece que "el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación es imprescriptible, sin perjuicio de que, en los supuestos de jubilación en situación de alta, los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se

presente la correspondiente solicitud", lo que implica que también es imprescriptible el complemento, con las mismas limitaciones.

Desarrollamos los supuestos:

1º. En el caso de los hombres, que reuniendo los requisitos exigidos por el art. 60 LGSS (excepto el género) para lucrar el complemento de pensión por su aportación demográfica y vieron reconocida por el INSS la pensión de que se trate con fecha de efectos anterior a que se dictara la sentencia del TJUE, pero no les fue inicialmente reconocido el complemento de pensión porque no cumplían con el requisito de género que daba derecho al mismo -de acuerdo con la norma española vigente-, tendrán derecho a dicho complemento desde la misma fecha que los efectos de su pensión, por cuanto actuaban de buena fe y no tenían por qué ser conscientes de la contradicción entre la norma nacional y la Directiva comunitaria, resultando indiferente si la reclamación del complemento fue interpuesta en plazo o posteriormente, fuera del mismo.

Así se deduce de las sentencias del Tribunal Supremo 163/2022, de 17/02/2022, Recurso 3379/2021 y 487/2022 de 30/05/2022, Recurso 3192/2021 . La primera de ellas señala expresamente que:

"Incide la jurisprudencia del TJUE en la inviabilidad de aplicar una disposición del derecho nacional que faculte la limitación en el tiempo de los efectos de una declaración de ilegalidad con relación a la normativa nacional controvertida. La STJUE 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010, 414) (C-449/09 y C-456/09) declara que la exclusión de la aplicación retroactiva del derecho no es compatible con el Derecho de la Unión y con una disposición de este Derecho dotada de efecto directo.

Ha de recordarse en este punto el parágrafo 66 de la STJUE 12 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 281) (C-450/18) cuando afirma que la normativa nacional sometida en este supuesto a su consideración constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, es contraria a 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.

Paralelamente, en la STS 7 de febrero de 2018 (rcud 486/2016), advertíamos las pautas de actuación interna:

"La solución se reconduce al análisis de la posibilidad de aplicar sobre la normativa interna el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión, dentro del margen de actuación del que dispone el órgano judicial nacional con los límites que ya hemos enunciado, y teniendo en cuenta lo que dispone el art. 4 bis de la LOPJ, introducido por la LO 7/2015 de 21 de julio: "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en manifestación del carácter vinculante de dicha jurisprudencia". Por ello el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue.

Por otra parte, además de la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que impone el art. 4. bis, 1 LOPJ, ha de ponerse de relieve que las autoridades judiciales nacionales no son en modo alguno ajenas a ese deber que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo que supone para los órganos jurisdiccionales la adopción de una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, la obligación de incorporar esa finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1º del Código Civil".

2º. En el caso de los hombres que, reuniendo los requisitos exigidos por el art. 60 LGSS (excepto el género) para lucrar el complemento de pensión por su aportación demográfica, vieron reconocida por el INSS la pensión de que se trate con fecha de efectos posterior a la sentencia del TJUE, pero no les fue inicialmente reconocido el complemento y, en consecuencia, impugnaron la resolución administrativa en el término para ello establecido por la ley, tendrán derecho a que les sea reconocido dicho complemento con la misma fecha de efectos económicos que la pensión de que se trate; de no serles reconocida por el INSS en contestación a su reclamación previa, les deberá ser reconocido por la sentencia judicial el derecho a percibir el complemento en la extensión indicada (siempre y cuando presenten en plazo la oportuna demanda). Entendemos que a este caso no le es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo antes referenciada, por cuanto en el momento de su solicitud ya podían ser conocedores de su derecho al complemento en virtud de la sentencia TJUE y ello impide que se le reconozca el percibo del complemento con efectos desde la entrada en vigor de la noma nacional.

Así lo ha reconocido la Sala, entre otras, en la sentencia 6768/2022, de 19/12/2022, Recurso 2955/2022 (PROV 2023, 71411) .

3º. *Aquellos hombres, que reuniendo los requisitos exigidos por el art. 60 LGSS (excepto el género) para lucrar el complemento de pensión por su aportación demográfica, vieron reconocida por el INSS la pensión de que se trate con fecha de efectos posterior a la sentencia del TJUE, pero no les fue inicialmente reconocido el complemento y tampoco presentaron reclamación previa en el plazo para ello establecido por la ley, si bien lo reclamaron posteriormente antes del 3-2-2021 (sea mediante reclamación previa o por solicitud inicial del complemento), tendrán derecho a que le sea reconocido dicho complemento con efectos económicos de 3 meses anteriores a la*

4. EL ORIGEN DEL VIRAJE DE LA DOCTRINA DEL ALTO TRIBUNAL: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA POR EL AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2022

Así las cosas, mientras seguían sucediéndose y multiplicándose las reclamaciones judiciales de los varones solicitando el complemento, surge la cuestión prejudicial que da origen a la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023, una cuestión prejudicial instrumentada por Auto de 2 de febrero de 2022[21] del Tribunal Superior de Galicia. El órgano jurisdiccional remitente considera que la práctica del INSS publicada en el Criterio de Gestión 1/2020 consistente en denegar sistemáticamente

fecha de dicha reclamación previa en virtud de cuanto establece los art. 212 LGSS y 53.1, párrafo segundo LGSS (" 1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55) ; de no serles reconocida por el INSS en contestación a su reclamación previa, les deberá ser reconocido por la sentencia judicial el derecho a percibir el complemento en la extensión indicada (siempre y cuando presenten en plazo la oportuna demanda).

Así lo ha reconocido esta Sala, entre otras, en sentencia 3028/2022, de 18/05/2022, Recurso 38/2022 (PROV 2022, 219305) , y la 4535/2021, de 20/09/2021, Recurso 2567/2021 (PROV 2021, 400704) .

4º. Los hombres que reuniendo los requisitos exigidos por el art. 60 LGSS para lucrar el complemento de pensión por su aportación demográfica (excepto el género), vieron reconocida por el INSS la pensión de que se trate (después de la STJUE), pero no les fue inicialmente reconocido el complemento y tampoco presentaron reclamación previa en el plazo para ello establecido por la ley, si bien lo reclamaron posteriormente, después del 4-2-2021, una vez modificada la norma por el RD-Ley 3/2021, mantienen el mismo derecho que los del grupo anterior; es decir, podrán reclamarlo en cualquier momento pues, una vez reconocida la pensión correspondiente en el periodo en que estaba vigente el complemento por aportación demográfica y atendido el hecho de que el mismo era aplicable a los hombres por virtud de la STJUE citada, su derecho es imprescriptible por mor de los art. 53 y 212 LGSS; igualmente entendemos que los efectos del reconocimiento del complemento deberán ser de tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, sin que les afecte en absoluto el hecho de que haya sido modificado el artículo 60 pues su derecho a la pensión ya estaba reconocido con la legislación anterior y ello consolida también su derecho al complemento, sin perjuicio de los efectos de dicho reconocimiento.

Así lo ha reconocido esta Sala, entre otras, en sentencia 747/2023, de 6 de febrero de 2023, recurso 6025/2022 (PROV 2023, 127981) , que señala:

"De lo hasta aquí expuesto, parece que poca o ninguna duda puede haber sobre la aplicación retroactiva de la doctrina comunitaria, pero tampoco que una vez que fue dictada la sentencia del TJUE de la que trae causa estos autos es de 12.12.2019 , el actor pudo impugnar la resolución del INSS de 12.06.2020 por la que se le concedía la pensión de jubilación con efectos del 1.06.2020, sin derecho al citado complemento y, no lo hizo hasta el 26.02.2021, por lo que en este supuesto es clara la aplicación lo dispuesto en el art. 53.1 del TRLGSS, y los efectos económicos de dicho complemento únicamente se deberán retrotraer a tres meses de la solicitud de reconocimiento".

5º. *Quienes solicitaron la pensión contributiva después del 4-2-2021, con pretensión de hecho causante posterior a ella, y fue reconocida con fecha de efectos posteriores a dicha fecha. En este caso, aun cuando hubieran podido tener derecho a una pensión contributiva antes de dicha fecha, les es de aplicación la norma vigente en el momento de la solicitud, es decir, ya no tienen derecho al complemento de pensión por aportación demográfica, sino al complemento de pensión para la reducción de la brecha de género del artículo 60 en la redacción dada por el RD-ley 3/2021, siempre y cuando reúnan los requisitos que en el mismo se establecen, por ser el que estaba en vigor en el momento de la solicitud, y no haber hecho uso de la posibilidad que pudo tener anteriormente.*

6º. *Quienes no solicitaron la pensión contributiva antes del 4-2-2021 pero sus efectos económicos se retrotrajeron a un momento anterior a esa fecha, estarán en idéntica situación que el supuesto 3, y tendrán derecho al complemento con tan solo 3 meses de efectos retroactivos. Ello en razón a que la norma aplicable es la vigente en la fecha del hecho y este es anterior a la entrada en vigor de la modificación.*

[21] El Auto es recibido por el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2022.

a los hombres la concesión del complemento de pensión del art. 60 LGSS debe considerarse discriminatoria, de acuerdo con lo señalado en la Directiva 79/7, una discriminación ésta que sería diferente a la que procede del art. 60 LGSS, tal como fue declarada en la STJUE de 12 de diciembre de 2019, caso WA.

Los orígenes del planteamiento de la cuestión prejudicial aparecen tras una demanda presentada ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, Pontevedra, por parte de un hombre, padre de dos hijos, que tiene reconocida por el INSS una prestación de incapacidad permanente absoluta con efectos a partir del 10 de noviembre de 2018 y sobre una base reguladora de 1972,87 euros.

En vía administrativa se le deniega el reconocimiento del complemento por maternidad por aportación demográfica regulado en el art. 60 LGSS y el demandante lo solicita, entonces, por vía judicial. A raíz de dicha demanda, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, mediante Sentencia de 15 de febrero de 2021 -remitiéndose a la Sentencia de 12 de diciembre de 2019- reconoce el derecho al complemento de pensión, aunque desestimando la pretensión indemnizatoria que el demandante había igualmente formulado. La Sentencia del Juzgado parte de la premisa de que la resolución denegatoria del INSS, pese a ser discriminatoria, es conforme a la ley nacional y dicha ley nacional es la que constituye la única causa de discriminación posible: por tanto, concluye el Juzgador, el carácter discriminatorio de la resolución administrativa impugnada no puede dar lugar a ninguna indemnización a cargo del INSS. En cuanto a los efectos económicos del complemento reconocido, el auto de aclaración de 1 de marzo de 2021 de dicha Sentencia los fija a partir del 10 de agosto de 2020, es decir, tres meses antes de la solicitud, datada el 10 de noviembre de 2020.

Frente a dicho pronunciamiento, tanto el INSS como el demandante interponen sendos recursos de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El INSS considera que, de conformidad con el principio de legalidad, y de acuerdo con el art. 60 LGSS, el demandante no tiene derecho al complemento; y, por su parte, el pensionista, ahora recurrente, solicita que se le reconozca el derecho al complemento a partir de la fecha en la que tuvo acceso a su pensión, es decir, desde el 10 de noviembre de 2018, puesto que, de haber sido una mujer, se le habría informado de ese derecho desde dicha fecha. Por el mismo motivo, solicita, también, el recurrente una indemnización reparadora y disuasoria por vulneración del principio de no discriminación.

En tales circunstancias el Tribunal Superior de Justicia suspende el procedimiento y plantea al TJUE tres cuestiones prejudiciales:

1) La primera cuestión prejudicial, en la que se cuestiona si el incumplimiento administrativo del INSS constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que en el art. 4º de la Directiva 79/7 el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, sea directa o indirectamente y que, según el art. 5º, los estados miembros han de tomar las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

2) La segunda cuestión prejudicial considera el art. 6 de la Directiva 79/7 y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión, y pregunta acerca de si la fecha de efectos del reconocimiento judicial de la solicitud del complemento debe ser la fecha de la solicitud -con retroacción de tres meses-, o si, en cambio, esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, o bien si, por el contrario, dicha fecha ha de coincidir con la del hecho causante de la prestación-pensión a la que se refiere el complemento solicitado;

3) Y, por último, en la tercera cuestión prejudicial cuestiona, también a la vista del art. 6º de la Directiva 79/7 -de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión- si procedería, también, el abono de una indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que dichos daños no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos 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 deben incluir como un concepto de la indemnización.

Mientras esta cuestión prejudicial se resuelve, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de mayo de 2022, unifica su doctrina resolviendo la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia, decidiendo el Alto Tribunal que la fecha de concesión de los complementos de maternidad a los trabajadores varones ha de ser la fecha de acceso a la pensión a la que quedan vinculados los mentados complementos; por ello, mediante el auto de 19 de julio de 2022, recibido por el Tribunal de Justicia el 4 de agosto de 2022, el TSJ retira su segunda cuestión prejudicial, dado que ésta había quedado ya resuelta.

5. LA STS DE 17 DE MAYO DE 2023, Nº 361/2023: HAY QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PERO SU REPARACIÓN CONSISTE EN LA RETROACCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL COMPLEMENTO EN LA FECHA DEL HECHO CAUSANTE

El recurso de casación que resuelve el Alto Tribunal en esta Sentencia surge de la contradicción existente en dos pronunciamientos semejantes procedentes del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y del Tribunal Superior de Sevilla, Andalucía. En ambos, dos varones a quienes no se les ha reconocido el complemento por maternidad por parte de la Entidad Gestora reclaman que dicha negativa suponga una vulneración de derechos fundamentales. Los Fallos de las dos Sentencias reconocen, efectivamente, que sí ha tenido lugar la vulneración del derecho fundamental; no obstante, la contradicción existente entre los dos Fallos radica en que, mientras una Sentencia entiende que al no acreditarse los daños y perjuicios no existe un daño indemnizable, dado que sí se ha producido el restablecimiento del derecho al cobro del complemento desde el momento mismo del hecho causante -aplicando la doctrina del Tribunal Supremo vigente ya-, el otro Fallo sí sostiene que la vulneración del derecho fundamental implica la aparición de un daño moral que debe ser reparado[22].

A este respecto, el Alto Tribunal (FJ 3º) resulta meridianamente claro cuando señala que el TJUE interpreta el derecho comunitario y analiza una norma interna desde la perspectiva de la compatibilidad de ésta con el derecho de la Unión, por lo que el TJUE realmente no se pronuncia sobre la interpretación del derecho interno, sino que es el juez nacional el que ha de resolver el litigio planteado haciendo uso de la hermenéutica que le ofrece. Y que el INSS, cuya resolución

[22] Y matiza el Alto Tribunal que no obstaculiza la existencia de contradicción el cauce o la modalidad procesal por la que se peticiona el reconocimiento de la indemnización por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.
Y, a este respecto, la cuestión de la modalidad procesal adecuada para canalizar la acción del varón discriminado por la actuación de la Entidad Gestora se resuelve, meses después, por el Alto Tribunal, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de julio de 2023, nº 540/2023. En palabras del Alto Tribunal: *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 TRLGSS antes de su modificación por el RDL 3/2021, pero después de la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión.* Vid, comentando este pronunciamiento: CASAS BAAMONDE, Mª E., Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón), en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 8, 2023.

denegatoria es el origen de la vulneración del derecho fundamental, está adscrito al Ministerio de Empleo y de Seguridad Social, y entre las competencias que la ley le asigna no figuran las de naturaleza normativa; por el contrario, en sede normativa las facultades del INSS se circunscriben a la emisión de informes jurídicos, colaboración con los departamentos correspondientes y de confección de proyectos normativos en materia competencia de la Dirección General, pero no se extienden a su dictado, aprobación, nulidad o derogación.

Por lo tanto, corresponde a los órganos judiciales nacionales verificar una interpretación del art. 60 del TRLGSS de conformidad con la doctrina del TJUE y es el legislador en quien radica la obligación de adaptar la normativa interna a la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva, y no en el ente gestor (INSS) que dicta la resolución sobre el complemento de maternidad aplicando la normativa vigente. Por todo ello, la eventual responsabilidad en el mantenimiento del contenido de la norma por quien tiene la potestad legislativa y su aplicación correlativa por entes que tienen encomendadas funciones de gestión no pueden dilucidarse en el presente procedimiento.

Añadido a ello, señala, además, el Tribunal Supremo que de forma tangencial, en los pronunciamientos del Pleno de 17 de febrero de 2022 se efectúa una referencia al art. 32 de la Ley 40/2015 Ley atinente al "Régimen Jurídico del Sector Público", precepto insertado en la rúbrica sobre los Principios de la responsabilidad, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que pudiere aparejar el derecho al percibo de la indemnización habilitada por el art. 106 CE y que el complemento de maternidad por aportación demográfica tiene un carácter de prestación de Seguridad Social, no incompatible con la anterior, pero divergente en su objetivo, dinámica y finalidad. Y que, además, la reparación correspondiente a la quiebra del derecho de igualdad de la parte actora derivada de la denegación del complemento de maternidad por aportación demográfica ha de consistir, en consecuencia, en una retroacción de la fecha de efectos del reconocimiento del complemento al momento inicialmente fijado para el abono de la prestación de jubilación contributiva. Es decir, la reparación estriba en el restablecimiento del derecho al complemento de maternidad al tiempo del hecho causante.

Por tanto, el Alto Tribunal Falla que el pronunciamiento adecuado es el que no reconoce el derecho a percibir indemnización alguna puesto que es el Juez el que debe analizar la norma interna y adecuarla a los resultados obtenidos por la Directiva, y no el INSS, puesto que dicho organismo no posee capacidad normativa; además, en su caso, se reconoce igualmente que, únicamente podría aparecer una responsabilidad de la Administración aplicando el art. 32º de la Ley 40/2015, acudiendo a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y que la reparación correspondiente a la quiebra del principio de igualdad acaba al reconocerse el derecho al complemento al tiempo del hecho causante.

6. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023: LA RESOLUCIÓN DISCRIMINATORIA DEL INSS EXIGE UNA REPARACIÓN PECUNIARIA EFECTIVA, DISUASORIA Y PROPORCIONADA QUE INCLUYA COSTAS Y HONORARIOS DE ABOGADOS

Unos meses después de esta Sentencia del Alto Tribunal, el TJUE[23] resuelve la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia y lo hace dando respuesta a la primera de las cuestiones planteadas dictaminando que la resolución denegatoria del INSS sí resulta ser discriminatoria. Efectivamente, según el TJUE la Resolución del INSS reproduce los elementos discriminatorios del art. 60 TRLGSS, por lo que el órgano jurisdiccional que conoce de la demanda frente a tal resolución administrativa queda obligado a adoptar la medida que restablezca la igualdad de trato,

[23] Apartado nº 52 de la Sentencia.

dado que el respeto al principio de igualdad solamente puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutan las personas de la categoría privilegiada.

Es decir, según el TJUE, la resolución administrativa sí provoca una "segunda" discriminación porque aunque la igualdad de trato queda restablecida mediante la concesión del complemento, dicha práctica implica, únicamente para ellos, el que deban hacer valer por vía judicial su derecho al complemento, lo que los expone a un plazo más largo para su obtención del complemento y, en su caso, a gastos adicionales.

Pero el Tribunal va más allá y argumenta que los Estados miembros quedan obligados por el art. 6º de la Directiva 7/97/CE a introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas suficientemente eficaces para lograr la igualdad efectiva de oportunidades, de modo que tales medidas deben ser apropiadas para restablecer dicha igualdad, garantizando una tutela judicial efectiva y eficaz y provocando, al mismo tiempo, un efecto disuasorio real frente al organismo que haya cometido la discriminación[24].

Así, cuando la reparación pecuniaria sea la medida adoptada para alcanzar el objetivo de restablecer la igualdad efectiva de oportunidades, ésta debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, lo que implica cubrir el perjuicio sufrido a través de una indemnización o una reparación efectiva, disuasoria y proporcionada. Por ello, razona el Tribunal, el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda presentada frente a dicha resolución no puede limitarse a reconocer al varón el derecho a ese complemento de pensión con efectos retroactivos porque tal reconocimiento retroactivo permite, en principio, restablecer la igualdad de trato en lo que respecta a los requisitos materiales de concesión del complemento, pero no sirve, en cambio, para subsanar los perjuicios derivados.

Consecuentemente, además del reconocimiento retroactivo del complemento, es preciso otorgar una reparación pecuniaria adecuada que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación; y dicha reparación pecuniaria -atendiendo a lo que señala el art. 183 LRJS- debe ser tal que cumpla el fin de restablecer a las víctimas en su situación anterior a la lesión y que sirva, también, para prevenir el daño, por lo que deben quedar incluidos, en concepto de reparación pecuniaria las costas y los honorarios de abogado en que haya incurrido el afiliado para hacer valer su derecho.

Se matiza igualmente que, a este respecto, carece de relevancia que, según las normas procesales españolas, no se pueda condenar en costas al INSS -organismo responsable de la discriminación– puesto que dicha indemnización que cubre las costas y los honorarios de abogado no está comprendida en el ámbito de aplicación de tales normas procesales sino que ésta forma parte de la reparación íntegra del interesado exigida por la jurisprudencia.

Por tanto, concluye el TJUE, -con un criterio opuesto al expuesto en la Sentencia del Alto Tribunal de 17 de mayo de 2023-[25] que si bien corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros definir los procedimientos para fijar la cuantía de dicha reparación, incluida la relevancia que ha de atribuirse al hecho de que la discriminación se produzca por un acto deliberado

[24] El TJUE cita, por lo que respecta a las condiciones de trabajo y, en particular, a las relativas al despido, las Sentencias de 2 de agosto de 1993 , Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, apartados 22 y 24, y de 17 de diciembre de 2015 , Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, apartados 29 y 31).

[25] Vid, Lopez Bermejo, O., Indemnización por reincidencia en discriminación por razón de sexo en actuación de entidad gestora tras pronunciamiento del TJUE, en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 8, 2023.

del organismo competente, tales procedimientos no pueden afectar al contenido sustancial de dicha reparación.

7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2023: EL VARÓN DOBLEMENTE DISCRIMINADO TIENE DERECHO A PERCIBIR UNA INDEMNIZACIÓN DE 1800 EUROS QUE COMPENSEN LOS DAÑOS POR ACUDIR A JUICIO

El pronunciamiento del TJUE de 14 de septiembre de 2023 va a obligar, pues, al Alto Tribunal a repensar la doctrina que este Tribunal emitiera en mayo de 2023 con ocasión de resolver un recurso de casación en el que, de nuevo, el conflicto radica en discernir si el varón solicitante del complemento de aportación demográfica tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados por la vulneración del derecho fundamental por haber sido discriminado al denegarle el INSS el complemento tras la promulgación de la STJUE WA.

El supuesto debatido es casi idéntico al que resuelve el Alto Tribunal en la Sentencia de mayo de 2023[26]: dos varones a quienes el INSS ha denegado el complemento y se consideran discriminados[27]. Y concurre igualmente la contradicción ya que en las dos sentencias se trata de pensionistas de jubilación que solicitan el complemento de maternidad del artículo 60 LGSS y los pensionistas presentan demanda, reclamando ambos tanto el reconocimiento del complemento como la petición de indemnización por daños derivados de la vulneración del derecho fundamental a no

[26] El supuesto que aquí se debate es el siguiente: el demandante es pensionista de jubilación desde el 12 de febrero de 2018 y tiene dos hijos nacidos en 1975 y 1983, respectivamente. El 2 de marzo de 2021 solicita el complemento de maternidad del artículo 60 LGSS y el INSS lo deniega. Tras interponer demanda, el Juzgado de lo Social la estima parcialmente reconociendo el derecho con efectos económicos de tres meses anteriores a la solicitud.
El actor recurre entonces en suplicación para denunciar que la resolución del INSS supone una discriminación directa por razón de sexo, motivo que es estimado por el Tribunal al entenderse que la Resolución denegatoria del INSS tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 sí vulnera el artículo 14 de la Constitución española. Junto a ello, el recurrente solicita también una indemnización de 1.500 € con base al art. 1902 del Código Civil, a los arts. 179.2 y 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y al art. 53.1 del TRLGSS.
La Sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Valladolid- de 24 de octubre de 2022 -nº rec. 455/2022- aplica la doctrina unificada sobre la fecha de efectos económicos del complemento y los fija en la fecha de reconocimiento inicial de la pensión, argumentando -a partir de ahí- que la consecuencia de ese efecto retroactivo es un retraso en la percepción, pero que no supone un perjuicio económico. Entiende el pronunciamiento que los perjuicios sufridos por el demandante son morales ya que ha precisado acudir a juicio para obtener la tutela de un derecho fundamental y la consecuencia es que debe fijarse la indemnización en cuantía equivalente a los honorarios de letrado con carácter general, es decir, 600 €.
Dicha Sentencia no se recurre por el demandante sino por el INSS; la Entidad Gestora combate la imposición de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

[27] Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2022-nº rec. 3309/2021. En dicho pronunciamiento el demandante -hombre- es pensionista de jubilación desde el 9 de mayo de 2018 y es también padre de tres hijos. El 15 de diciembre de 2020 solicita el complemento de maternidad por aportación demográfica y el INSS lo deniega. Tras interponer demanda, el Juzgado de lo Social la estima parcialmente reconociendo el derecho a percibir el complemento con efectos económicos del 15 de septiembre de 2020.
El actor recurre en suplicación para solicitar, primeramente, que los efectos económicos se fijen en la fecha de reconocimiento de la pensión, lo que la sentencia analizada estima a la vista de la doctrina del Alto Tribunal contenida en su Sentencia de 17 de febrero de 2022. Y, junto a ello, se denuncia igualmente la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación reclamándose una indemnización por daños morales y por daños y perjuicios. Se alega, en suma, que durante los 419 días en que el art. 60 TRLGSS estuvo en conflicto con el derecho de la UE, el INSS pudo y debió hacer algo para remediar esa situación, en lugar de seguir aplicando una norma discriminatoria y dispensando un trato desigual a hombres y mujeres. No obstante, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana desestima este motivo al considerar que no le incumbe al INSS adaptar la normativa; y, en todo caso, esa falta de adaptación daría lugar a una reclamación por anormal funcionamiento de la Administración, de la que conocería el orden contencioso-administrativo.

ser discriminado por razón de sexo, apoyándose en idénticos fundamentos. Sin embargo, mientras la sentencia recurrida aprecia que existe la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo y procede el pago de la indemnización por concurrir daño moral, en cambio, en la sentencia de contraste no se aprecia discriminación por el INSS, dado que no le incumbe al INSS adaptar la normativa legal a la STJUE, motivo por el que tal falta de adaptación daría lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, una responsabilidad que debe reclamarse en la jurisdicción contenciosa-administrativa.

El Alto Tribunal recuerda, lo primero, lo señalado en su Sentencia de 17 de mayo de 2022 y reproduce el Fallo del TJUE de 14 de septiembre de 2023, y tras ello, zanja en un solo párrafo la cuestión, razonando que la Sentencia del TJUE le obliga a precisar y adecuar la aplicación de su jurisprudencia en el sentido expresado, lo que supone que en aquéllos supuestos en los que un varón solicita el complemento de maternidad por aportación demográfica regulado en el art. 60 TRLGSS, y éste le es denegado por el INSS obligándole a acudir a los órganos judiciales para su obtención, el solicitante tiene derecho a que el órgano judicial le reconozca, junto al complemento prestacional con efectos desde el nacimiento de la prestación correspondiente, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que el proceder de la entidad gestora le ha provocado; y ello sin necesidad de acreditar las bases o presupuestos de dicho perjuicio.

Pero, junto a ello, la labor unificadora y conformadora de la Sala de lo Social se detiene también en pronunciarse sobre la cuantificación de la referida indemnización para permitir a los distintos órganos judiciales del orden social operar al respecto con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión. Para el Alto Tribunal, toda vez que la actuación del INSS que genera ese perjuicio es una y la misma para todos los afectados, lo razonable es fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieren generar una desigualdad difícilmente justificable.

Teniendo en cuenta lo anterior, precisa el Alto Tribunal que, puesto que la finalidad de la indemnización es la de compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, resulta objetivamente irrazonable considerar que en ese ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de esos perjuicios. En este sentido, dado que, como señala la STJUE de 14 de septiembre de 2023, la reparación económica adecuada debe fijarse según las leyes nacionales, pero, además dicha reparación ha de permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, de forma que se garantice que dicho perjuicio tenga una indemnización o reparación efectiva que resulte disuasorio y proporcionado, ello incluye los gastos, incluidas las costas y los honorarios de abogado.

En este sentido, entiende el Alto Tribunal que los perjuicios económicos directos han sido compensados en la medida en que el reconocimiento del derecho se hace, de conformidad con nuestra jurisprudencia, con efectos ex nunc, de suerte que el complemento se reconoce con efectos de la propia pensión a la que se adhiere; por lo tanto, el daño a compensar queda circunscrito al que deriva directamente de la denegación del derecho por parte del INSS cuando el mismo ha sido reconocido ya por el TJUE, de ahí que deban quedar referidos a los gastos derivados de la necesidad de acudir a los tribunales.

Además, el complemento de maternidad no es una prestación sino un complemento de la prestación previamente reconocida, de cuantía sensiblemente inferior a la principal, por lo que el

daño patrimonial en la demora del percibo al que se tiene derecho es cuantitativamente menor y sensiblemente distinto, por menos gravosa, de la que resultaría de la denegación de una prestación en sentido estricto. Y, por último, el artículo 235 LRJS señala que la sentencia impone las costas a la parte vencida en el recurso excepto cuando una determinada entidad goce del beneficio de justicia gratuita (lo que ocurre con el INSS como entidad gestora de la Seguridad Social), y estos gastos comprenden los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria, sin que las mismas puedan superar, de acuerdo con este precepto, la cantidad de mil ochocientos euros en casación.

Consecuentemente, teniendo en cuenta todo ello, 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 adecúa 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.

Se advierte, igualmente, por el Alto Tribunal que se considera que esa cantidad permite una reparación integral del perjuicio sufrido. La eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social quedan englobadas en tal reparación a tanto alzado. Y lo mismo cabe advertir respecto de si se ha presentado la demanda con asistencia de profesionales (de Abogacía o colegiados como Graduados Sociales). A estos efectos, se señala igualmente que la Sala de lo Social del Alto Tribunal no establece el importe de la condena en costas a la vista de la mayor o menor profundidad de la actuación procesal desempeñada por la parte recurrida sino de su existencia o inexistencia (personación, impugnación). Por ello, analógicamente, se entiende que esta compensación procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado acudir a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión[28].

[28] No obstante, explica finalmente el Tribunal que esta indemnización de 1800 euros no puede ser aplicada en el recurso que aquí se resuelve. Como justifica el Tribunal, en primer lugar, porque la solicitud del demandante limitó su importe a la cantidad de 1.500 euros, lo que ya implicaba un límite infranqueable derivado de la pretensión fijada en la demanda, pues de lo contrario se incurriría en incongruencia extra petita (SSTC 177/1985, 218/2004 y 53/2005, entre muchas otras); y, en segundo lugar, porque la sentencia recurrida, aún admitiendo la existencia del daño y la necesidad de fijar la oportuna indemnización reparadora del mismo, había fijado la misma en la cantidad de 600 euros. Tal cantidad no ha sido combatida en esta sede por el demandante que no ha recurrido la sentencia.
Es cierto que en la impugnación al recurso formulado por el INSS alega argumentos en defensa de la cuantía solicitada en su demanda; pero no ha formulado el correspondiente recurso de casación unificadora solicitando la modificación de la sentencia recurrida en ese punto como hubiera sido necesario para poder analizar y, eventualmente, elevar el importe de la indemnización. El recurso del INSS se dirige a la eliminación de la cantidad indemnizatoria establecida en la sentencia recurrida por considerar que resultaba improcedente la indemnización; pero tampoco discute, de manera subsidiaria el importe establecido.
Y la Sala no puede modificar de oficio la cuantía indemnizatoria ya que ello implicaría desconocer los términos del debate acotados por las pretensiones de las partes en esta sede o infringir el principio de la "non reformatio in peius" ya que añadiría un gravamen al recurrente derivado, exclusivamente, del ejercicio de su derecho a formular el recurso legalmente establecido.
Se trataría una modalidad de incongruencia procesal producida en la fase de recurso en la que el recurrente, en virtud de su propio recurso, vería empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario del perseguido, que era,

La labor unificadora del Alto Tribunal era, pues, imprescindible y en esta Sentencia el Tribunal se desdice de su anterior doctrina, de acuerdo con la cual el orden judicial dejaba hacer a la Entidad Gestora, sin llegar a intervenir en un incumplimiento fragrante de una doctrina comunitaria que también resulta obligatoria para las Entidades gestoras; sin duda, la cerrazón del INSS -contagiada al principio al Alto Tribunal- era, también, perfectamente comprensible.

El Tribunal se ve obligado a desdecirse, aquí, de su anterior doctrina, y lo hace ciñéndose al tenor de la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 llevando a cabo una labor impecable al acotar la cuantía de la indemnización para minimizar la interposición de un número de litigios inabordable en aras a la seguridad jurídica usando, para ello, analógicamente, la cuantía que aparece contemplada en el art. 235 LRJS: 1800 euros[29].

8. EPÍLOGO

Tal como estaba diseñado -en su primera redacción- el complemento por aportación demográfica se otorgaba únicamente a las mujeres y se hacía atendiendo a dos únicas circunstancias: el haber sido madres y el haber causado una pensión contributiva de la seguridad social; así que su otorgamiento no dependía de que sufrieran interrupciones en sus carreras laborales, ni suponía tampoco un remedio que sirviera durante la vida laboral para paliar el haberse dedicado al cuidado de sus hijos: tal diseño legal es lo que provoca que la STJUE de 12 de diciembre de 2019 obligue a pagarlo, también, a los hombres, cuando cumplan estos mismos requisitos.

Cierto es que, tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, el art. 60 TRLGG siguió unos meses en vigor hasta que el precepto se redactó nuevamente, pero los Tribunales ya lo reconocían a los hombres aplicando la doctrina del TJUE por lo que era, al menos "extraña" la persistente negativa del INSS a no acatar el pronunciamiento del TJUE -cuando ya no había más remedio que hacerlo-; y a ello se sumó que tampoco que el Tribunal Supremo, a pesar de haberse reconocido ya que la reclamación judicial de los varones podía instrumentarse por vía del procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales, reconociera que los varones accediesen a una indemnización derivada de la negativa de la Entidad Gestora, porque ello obviaba un posible correctivo. Tiene que llegar, por tanto, la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 para que el Alto Tribunal rectifique y corrija su doctrina judicial, aprovechando, también, para aclarar, con gran acierto, que la indemnización que -ahora sí se reconoce- tiene una cuantía única, evitando, en aras a la seguridad jurídica, una conflictividad futura que iba a resultar nefasta.

Así que, pagar el complemento de maternidad por aportación demográfica al varón ha sido, y será, sin duda, contraproducente: sufrimos las consecuencias de que el complemento se haya diseñado mal, con una técnica jurídica inadecuada; y hemos asistido a resistencias muy evidentes a padecerlas,

precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objetada (STS 69/2017 de 26 enero). La exclusión de la reformatio in peius es una garantía procesal que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el artículo 24.1 CE (SSTS 84/1985 , 9/1998 y 196/1999).

[29] Hasta ese momento las cuantías que se habían venido reconociendo se habían calculado de diferente forma, teniendo en cuenta, por ejemplo, los honorarios de letrado, con carácter general cuando se desestima el recurso: esto es lo que se aparece en la STSJ (Sala de lo Social) de Castilla y León, Valladolid, de 24 de octubre de 2022, nº rec. 455/2022, que estima el perjuicio sufrido por el varón en 600 euros. En otros pronunciamientos, para calcular el perjuicio sufrido -considerado daño moral- se descarta trasladar las cuantías que aparecen en el art. 40.1.c) de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, como sanción muy grave por discriminación (art. 8.12 LISOS) una sanción que en su grado mínimo ascienden a cuantías que están en el rango de entre 6.251 euros y 25.000 euros. Por eso, en la STSJ de Extremadura de 31 de octubre de 2022, nº rec. 458/2022 se acaba fijando "prudencialmente" una indemnización por daños morales cuantificada en 300 euros. Incluso la STSJ (Sala de lo Social) de Galicia, de 30 de octubre de 2023, nº 4840/2023, pronunciada tras la STJUE de 14 de septiembre de 2023, aplicando ya este pronunciamiento comunitario, calcula que la indemnización debería ascender a 1.500 euros.

tanto por parte de la Entidad Gestora -denegándolo siempre- como por parte, del Alto Tribunal -entendiendo que la reparación de la segunda quiebra del principio de igualdad al varón se corregía al reconocerse el derecho al complemento al tiempo del hecho causante de la pensión-. Pero, al menos parece que las aguas ya se van a calmar y el INSS va a verse obligado, ahora si, a atender aquellas reclamaciones del complemento de maternidad por aportación demográfica que le sigan llegando, porque, además, éstas ya no pueden entenderse prescritas[30], aunque ello va a suponer un desembolso adicional de dinero público.

De cualquier forma, no puede dejar de señalarse que el complemento de brecha de género que tenemos hoy es una medida costosa, algo que va a ser evidente durante 2024 y 2025[31], que, en sí misma tampoco sirve para corregir, de origen, la brecha de género, pues realmente la maquilla en el momento del cobro de la pensión misma, y sólo estará vigente mientras esta brecha persista[32]; y, además, existen otras fórmulas -quizá mejores- para atajar la brecha de género que sí aportan remedios durante la carrera profesional de las mujeres -sin ir más lejos en Europa tienen los créditos por cuidado, algo que podría exportarse aquí-. De hecho, el RDL 2/2023, de 16 de marzo ha venido a introducir también puntualizaciones que incidirán positivamente en la brecha de las pensiones. Entre estas medidas, una reforma clave que sí servirá para avanzar en el recorte de la brecha de género, ha sido la nueva redacción dada al art. 247 TRLGSS, un precepto muy esperado que supone que, desde el 1 de octubre de 2023, las trabajadoras a tiempo parcial -mayoritariamente mujeres- puedan computar cada día trabajado -independientemente del número de horas realizadas- como un día cotizado a efectos de reunir el período mínimo de cotización preciso para el acceso a ciertas pensiones. Igualmente han sido bien recibidas las rectificaciones que aparecen en los arts 237 y 238 TRLGSS, preceptos que regulan la protección familiar en la modalidad contributiva y que, entre otros cambios, logran incrementar y homogeneizar las cotizaciones ficticias en algunos casos, por lo que el tiempo que se entiende cotizado, en el caso de la excedencia para el cuidado de familiares, queda igualado al tiempo que está previsto en el mismo precepto en el caso de la excedencia para el cuidado de hijos, superándose, así, una incongruencia inexplicable[33].

Por lo demás, resta decir que todos estos problemas han derivado de la primera redacción del complemento de maternidad por aportación demográfica pero la regulación del denominado complemento de maternidad por brecha de género que entró en vigor el 4 de febrero de 2021 tras el RDL 3/2021, de 2 de febrero no se ha librado, tampoco, -ni se librará- de generar problemas prácticos desproporcionados[34]. A este respecto, esta nueva regulación ha vuelto a ser objeto de una nueva cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, auto de 21 de septiembre de 2023, dictado en el recurso 1095/2022 que, otra vez, parece insistir en la desigualdad que el diseño jurídico-normativo del complemento provocaría en los hombres-cuidadores, necesitados de acreditar requisitos adicionales para acceder al pago de este complemento -que ahora si, ya es único, y solamente puede lucrarse por un solo progenitor- en el caso de que ambos sean posibles beneficiarios de éste[35].

[30] Así lo entiende ya el INSS en el Criterio de Gestión 5/2024, de 8 de marzo.

[31] Durante los años 2024 y 2025 la DT 1ª del RDL 2/2023, de 16 de julio señala que se eleva un 10% adicional el complemento de brecha de género sobre la revalorización prevista para esos años.

[32] Según la DT 37ª TRLGSS -introducida por el RDL 2/2023, de 16 de julio, el complemento de brecha de genero se prevé mantener mientras la brecha de género se encuentre por encima del 5%; a estos efectos se prevé llevar a cabo evaluaciones cada cinco años.

[33] *Vid.* Ballester Pastor, Inmaculada, Novedades más sobresalientes del RDL 2/2023: las que acaban de llegar y las que, posiblemente, lleguen después, en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel, 2023.

[34] Vid, sobre este otro complemento, Olmos Pallarés, I., El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, Revista de Estudios Jurídico laborales y de seguridad social, nº 7, 2023;

[35] Vid, más ampliamente, estidiando el planteamiento de esta cuestión prejudicial, Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G., El Tribunal Supremo establece en 1800 euros la indemnización que el INSS deberá pagar a los varones a los que denegó el complemento de maternidad por aportación demogràfica (El complemento de maternidad/brecha

9. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, I., El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RDL 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 6, 2023.

Ballester Pastor, I., El complemento de pensión de jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a las perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 5, 2021.

Ballester Pastor, I., El espejismo de la percepción duplicada del complemento de maternidad por ambos progenitores por aplicación de la DT 33ª del TRLGSS, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7, 2023.

Ballester Pastor, I., *Mujeres y pensiones: la "brecha de género" de las pensiones contributivas*, en AAVV., La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: el nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social / Asociación Española de Salud y Seguridad Social Congreso, José Luis Monereo Pérez, Murcia, Laborum, Vol. 2, 2022, ISBN 978-84-19145-45-1, p. 955-990..

Ballester Pastor, I., Novedades más sobresalientes del RDL 2/2023: las que acaban de llegar y las que, posiblemente, lleguen después, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, 2023.

Casas Baamonde, M.E., El control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión europea y de la inaplicación de la ley interna por jueces y tribunales (complementos de pensiones contributivas por maternidad y "discriminación masculina", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 9/2021.

Casas Baamonde, Mª E., Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 8, 2023

Cruz Villalón El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021.

Fernández Nieto, L., Una nueva medida contra la discriminación: el complemento para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas, *Diario La Ley*, nº 9846, 2021, p. 7/16.

Granell Pérez, R., Salvador Cifre, C., Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objeciones, resultados y consecuencias, en *CIEREC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 98, marzo de 2020, p, 287-322.

de genero en controvèrsia jurídica permanente) en Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 37, 202 y Serna Calvo, M., Agusti Maragall, J, Complemento de brecha de genero: ¿discriminación positiva? En Jurisdicción social, septiembre de 2023. Vid, también, Rodríguez Iniesta, G., El hombre ante el complemento por maternidad y su sucesor por brecha de genero en las pensiones contributives, en Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social : homenaje al profesor Santiago González Ortega / coord. por Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez, Sebastián de Soto Rioja, 2022, ISBN 9788409454709, págs. 601-610.

Hernández Vitoria, MªJ., Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS, en *Revista española de Derecho del trabajo*, nº 249, 2022.

López Bermejo, O., Indemnización por reincidencia en discriminación por razón de sexo en actuación de entidad gestora tras pronunciamiento del TJUE, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 8, 2023.

Martínez Barroso, M.R., Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. *Unión europea Aranzadi*, nº 6, 2020:

Molina Navarrete, C., Brecha de género y pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020, p. 188-201.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G., El Tribunal Supremo establece en 1800 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 genero en controversia jurídica permanente) en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 37, 202

Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G., Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la seguridad Social española con los Tribunales europeos, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 22, 2020, p. 13-24.

Moreno Romero, F., El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión europea, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 25, 2020.

Olmos Pallarés, I., El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, *Revista de Estudios Jurídico laborales y de seguridad social,* nº 7, 2023;

Perchin Benito, N., El complemento por maternidad en las pensiones contributivas, *La Ley*, nº 5914, 2021.

Rivas Vallejo, P., La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2020.

Rodríguez Iniesta, G., *El hombre ante el complemento por maternidad y su sucesor por brecha de genero en las pensiones contributivas*, en Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social : homenaje al profesor Santiago González Ortega / coord. por Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez, Sebastián de Soto Rioja, 2022, ISBN 9788409454709, págs. 601-610.

Sánchez Rodas, C., Complemento por maternidad y pensiones contributivas: las olvidadas madres del baby boom y las madres de hijos únicos, en *e-Revista Internacional de la protección social*, 2019, Volumen IV, nº 1

Serna Calvo, M., Agusti Maragall, J, Complemento de brecha de genero: ¿discriminación positiva? En *Jurisdicción social,* septiembre de 2023.

Vicente Palacio, Mª A., Sobre el carácter discriminatorio del complemento de maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020.

Vivero Serrano, J., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Jubilación flexible y trabajo a tiempo parcial de escasa entidad a tenor de la STS 563/2023, de 19 de septiembre (Rec. 4115/2020)

Flexible retirement and low-paid part-time work in the light of Supreme Court Ruling 563/2023 of 19 September (Rec. 4115/2020)

Francisco Miguel Ortiz González-Conde *Profesor Permanente Laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Murcia

Cita Sugerida: ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: «Jubilación flexible y trabajo a tiempo parcial de escasa entidad a tenor de la STS 563/2023, de 19 de septiembre (Rec. 4115/2020)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 171-179.

Resumen

La regla general de incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo por cuenta ajena, art. 213.1 LGSS (anteriormente art. 165.1 LGSS-1994) y art. 16.2 de la O.M. de 18 enero 1967 está sometida a las excepciones de compatibilidad para jubilaciones parciales, jubilaciones flexibles y jubilaciones activas. La STS 563/2023, de 19 de septiembre (rec. 4115/2020) aborda la cuestión del reintegro de prestaciones indebidas por la realización de trabajos de poca entidad, con alta y cotización, pero, sin la preceptiva comunicación a la Entidad Gestora, a efectos de la pensión de jubilación. Por vez primera, se asienta como criterio jurisprudencial que, para la jubilación flexible resulta 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, y en concordancia con el art. 6 RD 1132/2002, la cuantía a reintegrar debe ser proporcional al tiempo de trabajo, no siendo de aplicación las previsiones de la jubilación parcial, sin perjuicio de la eventual sanción que proceda.

Palabras clave

Jubilación flexible; compatibilidad de pensión; trabajo a tiempo parcial; minoración de jornada

Abstract

The general rule of incompatibility between pension and employed work, pursuant to Art. 213.1 of the General Law on Social Security (formerly Art. 165.1 of the General Law on Social Security 1994) and Art. 16.2 of Ministerial Decree of 18 January 1967, is subject to the compatibility exceptions for semi-retirement, flexible retirement and full retirement. Supreme Court Ruling 563/2023 of 19 September (Rec. 4115/2020) addresses the issue of the reimbursement of undue benefits for low-paid employment, with Social Security registration and contributions, but without the mandatory communication to the pension fund managing company for the purposes of the pension. For the first time, it was recorded as a jurisprudential criterion that, for flexible retirement, it is possible to make a pension compatible with a part-time job under the minimum salary admissible for semi-retirement. In addition, pursuant to Art. 6 of Royal Decree 1132/2002, the sum payable must be proportional to the working hours, with semi-retirement provisions not being applicable, without prejudice to any possible sanction.

Keywords

Flexible retirement; pension compatibility; part-time job; reduction in working hours

1. INTRODUCCIÓN

La STS 563/2023, de 19 septiembre (rec. 4115/2020) se adentra dentro de una cuestión de bastante interés jurídico. La posible compatibilidad (y consecuencias) entre una pensión de jubilación y la realización de un trabajo a tiempo parcial, con la peculiaridad de que éste sea realizado en cuantía inferior a la mínima establecida legalmente para la pensión de jubilación parcial. Y, en tal caso, dónde encajar una actividad exigua realizada por cuenta ajena, dentro de la jubilación parcial, jubilación flexible o jubilación activa.

Fecha Recepción: 19/2/2024 - Fecha Revisión: 8/3/2024 - Fecha Aceptación: 9/3/2024
Pags. 171-179

La cuestión no es baladí, ni en términos jurídicos, ni mucho menos económicos. El presente caso versa sobre un trabajador al que le fue reconocida la pensión de jubilación al cumplir los 70 años, en un porcentaje del 113,75%, sobre una base reguladora de 2.816,74 euros. Durante los ejercicios de 2014, 2015, 2016, y parte del 2017, realizó la actividad médica en un centro de formación vial y reconocimientos médicos. De ahí que el INSS reclame el reintegro de todo el montante económico de pensión de jubilación, el cual, asciende a 125.208,56 euros en concepto de percepción indebida.

Del relato fáctico se arroja que el trabajo fue realizado con ausencia de mala fe, toda vez que la contratación fue explícita, mediante diversos contratos a tiempo parcial, al 7,5% de la jornada ordinaria, con la correspondiente alta y cotización. Sin embargo, no consta la preceptiva comunicación de actividades a la Entidad Gestora, dentro de los tres días siguientes a efectos de la compatibilidad con la pensión de jubilación.

Nótese que este será el gran antecedente de hecho sobre el que pivotará la sentencia, dejando de lado, otras situaciones frecuentes en la jubilación flexible que podrían traerse a colación, como el inicio de una nueva actividad sin solución de continuidad al momento de solicitar la pensión de jubilación, o, la continuidad de la relación laboral que se mantenía con la empresa, sin que implicase el cese del trabajador[1], ni la suspensión de la pensión, sino, únicamente una reducción en la cuantía[2].

Aparentemente, ante el reintegro de prestaciones por un volumen de jornada tan escaso, no notificado, pero tampoco ocultado, las normas de Seguridad Social parecen no mantener un criterio específico para este caso, lo que provoca que el INSS abogue por suspender la prestación y solicitar el reintegro de la totalidad de los importes indebidamente percibidos. La STS 563/2023 viene a resolver un litigio en el que cada instancia administrativa y judicial ha planteado diversas fórmulas con los criterios a seguir para determinar la cuantía a reintegrar.

En atención al iter judicial, la sentencia de instancia entendió que efectivamente se había producido un innegable cobro indebido[3], pero la devolución de cantidades debía ser únicamente la correspondiente al 50% de la pensión, en atención al art. 213.1 LGSS (anteriormente art. 165.1 LGSS-1994) y el art. 16.2 de la O.M. de 18 enero 1967.

La insatisfacción de esta solución motivó a ambas partes a recurrir en suplicación, dando como resultado, la STSJ Comunidad Valenciana, de 9 junio 20202 (rec. 1317/2019), la cual, desestimó el recurso interpuesto por el INSS y atendió parcialmente el *petitum* del recurso del pensionista, estableciéndose como porcentaje de minoración de la pensión de jubilación percibida durante el periodo de referencia y para el cálculo de la cantidad a reintegrar el 7,5%, esto es, el trabajo efectivo a tiempo parcial[4].

Frente a esta sentencia, el INSS formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia de contraste la STSJ Madrid, de 21 junio 2007 (rec. 545/2007). Para la

[1] MERCADER UGUINA, J.R.: "¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?", *Revista de información Laboral*, n. 1, 2014, p. 249.

[2] RODRÍGUEZ PIÑERO, M., Y VALDÉS DALRE, F., Y CASAS BAAMONDE, M.E.: "La nueva regulación de la jubilación en el RD-LEY 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", *Relaciones Laborales*, n. 5, 2013, p. 10

[3] Sentencia Juzgado de lo Social de Valencia nº16, n. 36/2019, de 31 enero.

[4] La doctrina judicial se había pronunciado con anterioridad en supuestos sobre compatibilidades de jornadas muy reducidas, como la compatibilidad para la realización de trabajo a tiempo parcial con jornada inferior al 15% y su incidencia en la cuantía (STSJ Canarias-Santa Cruz de Tenerife, n. 974/2010 de 30 noviembre, rec. 837/2010); ausencia de incompatibilidad para jubilación flexible con jornada del 16% (STSJ Castilla-La Mancha, n. 26/2017, de 12 enero, rec. 106/2016); el tiempo de trabajo entendido como tiempo completo para un pensionista que desarrollaba actividad como Profesor Asociado de Universidad (STSJ C. Valenciana, n. 1022/2008 de 8 abril, rec. 1416/07).

impugnación del recurso, el pensionista entiende la falta de contradicción, en tanto que el trabajo desarrollado en su caso lo era por cuenta ajena, y ni siquiera existiría infracción normativa, en tanto que la Orden de 1967 habría que entenderla derogada de facto por la posterior regulación de la jubilación parcial.

Sea como fuere, quedaría pendiente el alcance de la devolución de las cantidades indebidas. ¿Un reintegro de la prestación en similar porcentaje al tiempo de trabajo convenido, o en cuantía igual al porcentaje mínimo de trabajo a tiempo parcial permitido (25%) o del 50% en base al el art. 12.6 ET, el art. 5.º RD 1132, art. 55 LGSS y la LISOS?

2. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE

El art. 165.1 LGSS-1994 establecía como regla general la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el percibo de rentas provenientes de un trabajo por cuenta ajena o actividad por cuenta propia, salvo determinadas excepciones, en los términos que reglamentariamente se determinasen.

No obstante lo anterior, las personas que accedían a la jubilación podían compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos desarrollados reglamentariamente. Durante dicha situación, se minoraba el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

Con la reforma de pensiones de 2011, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introdujo un cuarto apartado al precepto legal, permitiendo la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con "la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual". De esta forma, la realización de trabajos que no superasen dicho umbral de ingresos no generaba la obligación de cotización a la Seguridad Social, y por ende, tampoco afectaba en la generación de nuevos derechos sobre prestaciones[5].

Respecto al desarrollo reglamentario se tienen en consideración dos preceptos. De un lado, el art. 16, apartado 1 de la Orden de 18 de enero de 1967, sobre normas de aplicación de la prestación por vejez del RGSS, establece con carácter imperioso y absoluto, la incompatibilidad "con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de alguno de los Regímenes Especiales". Más aún, el apartado 3 prescribe que el pensionista que realizase los trabajos a que se refiere el número 1 de este artículo sin comunicarlo a la Mutualidad correspondiente, incurrirá en responsabilidad y será objeto de la oportuna propuesta de sanción, de conformidad con el Reglamento General de faltas y sanciones del Régimen General de la Seguridad Social, viniendo obligado a reintegrar el importe de las pensiones indebidamente percibidas.

De otro lado, el art. 5 RD 1132/2002 de 31 octubre, 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. Para este precepto, se considera como situación de jubilación flexible la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un

[5] STSJ Galicia n. 3857/2014 de 10 julio (rec. 2592/2012) declaró la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el desempeño de cargo público remunerado como alcalde. La STSJ n. 576/2020 de 23 julio, (rec. 59/2020) estimó la compatibilidad con el desempeño a tiempo parcial como profesor en una Fundación Universitaria, pues en el RD 1132/2022, no se encuentra ningún precepto que se refiera a la imposibilidad de la jubilación flexible cuando el puesto de trabajo se halla en el sector público.

trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada estatutarios, "con la consecuente minoración de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista", en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos señalados art. 12.1 ET. Propiamente dicho, se trata de otra modalidad de jubilación, y no de un tipo de jubilación parcial[6]. Cualquier otra compatibilidad más allá del intervalo permitido por este precepto, la percepción de la pensión de jubilación devenía incompatible con la realización de actividades, lucrativas o no, que den lugar a la inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social[7].

A su vez, la comunicación a la Entidad Gestora viene regulada por el art. 6 RD 1132/2002, y como bien indica la sentencia ahora objeto de estudio, su redacción ha permanecido intacta hasta nuestros días. En efecto, el pensionista de jubilación, antes de iniciar las actividades realizadas mediante contrato a tiempo parcial, debió comunicarlo al INSS, de tal forma que, según el apartado 2 de dicho artículo, el importe de la pensión a percibir se reduzca en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo por el pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparables (art. 12.1 ET) y con efectos desde el día en que comience la realización de las actividades.

De tal modo que, la falta de comunicación, según el art. 6.3 RD 1132/2002, comporta "el carácter indebido de la pensión, en el importe correspondiente a la actividad a tiempo parcial, desde la fecha de inicio de las correspondientes actividades y la obligación de reintegro de lo indebidamente percibido". Por último, este precepto cierra declarando la compatibilidad de las sanciones que procedan de acuerdo con lo previsto en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Además, al tratarse de un trabajo por cuenta ajena se debe acudir a las previsiones del art. 12.6 ET, las cuales han sufrido diversas variaciones en los últimos años. En una primera etapa, durante la entrada en vigor del RD 1113/2002, el art. 12.6 ET mantiene una horquilla de jornada que oscila en "una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 % y un máximo de un 85 %".

Tras la reforma de pensiones de 2007[8], la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social modificó el intervalo permitido a "una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 75".

Finalmente, la reforma de 2013, mediante el RD-Ley 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, modificó los valores límite a "una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del 25 % y un máximo del 50 %".

3. LA DOCTRINA RELACIONADA

Para una correcta aplicación de la normativa, el punto de partida de la STS 563/2023 radica en ubicar conceptualmente la situación que se está enjuiciando ¿jubilación parcial o jubilación flexible? Aunque la sentencia no mencione el siguiente aspecto, conviene traerlo a colación. La diferencia en cuanto a la edad de acceso de las jubilaciones anticipadas y los años de cotización exigidos en los casos de la jubilación parcial anticipada o diferida. En el supuesto que se enjuicia, al producirse el

[6] RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Jubilación flexible", en AA.VV., *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar*", Civitas, Madrid, 2009, p. 816.

[7] MALDONADO MOLINA, J.A.: "La pensión de jubilación tras la Ley 35/2002, de 12 julio", *Actualidad laboral*, n. 3, 2002, p. 885 (LA LEY 2614/2002)

[8] Disposición Adicional vigésimo novena de la Ley 40/2007

hecho causante a los 70 años de edad, se entendería por esta última. No en vano, la jubilación flexible no tiene requisito para la edad de acceso basta con que se encuentre en situación de jubilado total ya sea jubilación ordinaria o anticipada[9].

Otra hipotética opción pasaría por entender que el caso es susceptible de encuadrarse como jubilación parcial, la cual, según el art. 215.1 LGSS exige una serie de requisitos, entre ellos, la prestación de servicios con una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%[10].

La jurisprudencia más próxima a este caso versa sobre la incompatibilidad en el caso de la jubilación parcial anticipada, resuelta por la STS 8 julio 2010 (rec. 3442/2009). En aquel supuesto, la falta de sustitución mediante un relevista debido al cese antes de que el relevado cumpliese la edad de jubilación, comportó la obligación empresarial de abonar al INSS la prestación indebida por el pensionista, ya que "*la consecuencia en términos puramente obligacionales, que no implica sanción alguna que pueda o deba imponer el INSS, porque en puridad, no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída ex arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET en sentido técnico, la sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares...*"

Asimismo, otro precedente jurisprudencial que ayude a conceptualizar el caso de origen sería la STS 18 enero 2012 (rec. 1264/2011) donde se entendió que la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, para quien accede a jubilación completa, debe tener en consideración el aumento en las bases de cotización, hasta el 100%, a pesar de que la empresa hubiera incumplido la obligación de sustituir al trabajador relevista que cesa durante la situación de jubilación parcial. Este pronunciamiento resulta interesante, en tanto que, especifica la finalidad de este deber empresarial y las consecuencias de su infracción, esto es corregir el incumplimiento de la obligación de mantener la contratación de un relevista y compensar el déficit de cotización.

Tampoco se estaría frente a un caso de jubilación activa *ex.* art. 214 LGSS, la cual es compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista y permite seguir percibiendo la mitad de la pensión, o incluso la totalidad si se desempeña actividad autónoma y se emplea a algún trabajador por cuenta ajena, independientemente de que se hubiera superado un porcentaje del 100% de la base reguladora[11]. De igual modo, no sería de aplicación al caso las previsiones sobre demora voluntaria de la jubilación ordinaria, en tanto no cabría retroactividad sobre el hecho causante[12].

Ninguno de estos precedentes resulta de utilidad para encauzar el caso en ciernes. De modo que, analizando los hechos, se puede entender que se está frente a una situación de jubilación flexible regulada por el art. 213 LGSS. En efecto, la flexibilidad de la pensión de jubilación y su compatibilidad con la prestación de trabajo se proyecta sobre los siguientes aspectos: el carácter obligatorio o voluntario, el carácter diversificado de edades de jubilación según la actividad, la

[9] Ordóñez Casado, M.I.: La jubilación parcial y flexible, en AA.VV.: Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo", 2024, Laborum, Murcia, 2024, pp. 208-209.

[10] FERRANDO GARCÍA, F.: "La jubilación parcial", en GARCÍA ROMERO, B. Y LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 244.

[11] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 13, 2017, pp.187-188

[12] MALDONADO MOLINA, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 467, 2022, p. 165.

disponibilidad de anticipo, la posibilidad de compatibilización con el desempeño de un puesto o actividad, y la reversibilidad de las medidas y sus consecuencias[13].

La STS 650/2020 de 15 julio (rec. 2094/2018) contiene una revisión sobre la construcción legislativa de esta figura, la cual, únicamente resulta compatible con el trabajo por cuenta ajena y no con la actividad profesional por cuenta propia, dado que la naturaleza de la actividad autónoma provoca que ésta no esté sometida a un control del tiempo de trabajo[14].

Para el caso que nos ocupa, el tiempo de ejecución de la tarea asalariada lo es en un porcentaje de parcialidad que no entra dentro de los contemplados por el legislador, y además, dicho trabajo no ha sido comunicado a la Seguridad Social a efectos de la pensión de jubilación, pero sí a efectos de alta y cotización. Sobre esto, podría decirse con carácter general, el tratamiento tan dispar en la compatibilización respecto al trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena, como si en cierta medida, se tratase de un desincentivo[15].

Una vez centrado el objeto de estudio, el problema pasa, entonces, a la falta de seguimiento de las previsiones legales para compatibilizar la condición de pensionista con una actividad productiva, o sea, como encauzar por la vía del derecho lo que se ha iniciado por la vía de hecho, esto es, cómo aplicar la prohibición general de incompatibilidad y la sanción por su incumplimiento, y en especial, sobre la posibilidad de aplicar las reglas sobre jubilación parcial.

4. LOS FUNDAMENTOS DE LA STS 563/2023

En primer lugar, debe decaer cualquier criterio basado únicamente en la aplicación de la impertérrita Orden Ministerial de 1967. En efecto, la jerarquía normativa *ex.* art. 9.3 CE impide que un reglamento contravenga las previsiones de rango legal. De ahí que, la incompatibilidad absoluta debe forzosamente verse matizada por las nuevas previsiones de la LGSS, tanto por su posterioridad en el tiempo, como por el rango jerárquicamente mayor.

En segundo lugar, la compatibilidad entre pensión y trabajo que tienen cabida a tenor del art. 213 LGSS (anteriormente art. 165 LGSS-1994) lo hacen "*tras una compleja y novedosa ponderación de los numerosos intereses en presencia*", de no ser así, el reproche jurídico siempre irá destinado a corregir el incumplimiento y compensar el déficit de cotización[16]. No en vano, en este caso concreto, la cotización por la realización del trabajo por cuenta ajena, sí ha estado presente durante toda la actividad, lo cual descarta cualquier atisbo de mala fe para el lucro de prestaciones indebidas.

De modo que, el ordenamiento "*permite la percepción (minorada proporcionalmente de la pensión) con un trabajo prestado con una jornada que discurre entre un 25 y un 50 por cien de la considerada como ordinaria*[17]*. Pugna con esa lógica que se considere incompatible la situación surgida cuando la dedicación a las tareas productivas está muy por debajo de ese 25 por cien. Si se permite lo más, es evidente que debe permitirse lo menos. La discusión, la duda, radica en las consecuencias que puedan derivarse de ese supuesto, pero no en su propia viabilidad*."

[13] ALARCÓN CARACUEL, R.M.: "El concepto de jubilación flexible", *Temas Laborales*, n. 66, 2002, p. 134.

[14] En el mismo sentido, STSJ Madrid, n. 48/2019 de 16 enero (rec. 1080/2018) y STSJ Cataluña, n. 230/2012, de 16 enero (rec. 1753/2011).

[15] LÓPEZ INSUA, B.M.: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo", *Trabajo y Derecho*, n. 16, 2016, pp. 53-72

[16] STS de 18 enero 2012 (rec. 1264/2011).

[17] Según la STS 650/2020 de 15 julio (rec. 2094/2018) la necesidad de la actividad productiva de venir acotada en su desarrollo temporal resulta un requisito imprescindible.

En tercer lugar, un criterio a favor de la compatibilidad se establece a través de la observación sobre las consecuencias patrimoniales (que no sancionadoras) por la realización de trabajos marginales o de escasa entidad. Este tipo de actividades han sido calificadas como irrelevantes cuando el volumen de los rendimientos económicos ha sido insignificante[18]. De hecho, para el trabajo por cuenta propia, el art. 213.4 LGSS permite la compatibilización con la pensión de jubilación siempre que los ingresos totales anuales no se sobrepasen el importe del salario mínimo interprofesional, cuanto menos aplicar similar criterio, en un caso como este, con un porcentaje de actividad tan exiguo[19]. Paradójicamente no constan en los hechos probados los ingresos obtenidos, pero como afirma la sentencia, "*una actividad asalariada prestada en porcentaje como el del caso bien pudiera arrojar ingresos no superiores al salario mínimo*."

En cuarto lugar, un criterio en contra de la compatibilidad podría derivarse de según el tipo de interpretación del RD 1132/2002. Una interpretación estricta conllevaría el reintegro de la totalidad de la pensión compatibilizada. Una lectura ecuánime tendría en cuenta la entidad del trabajo realizado para aplicar la proporcionalidad de la jornada. La STS 563/2023 entiende que debe ser éste el criterio resolutorio, ya que el art. 213.1 LGSS permite compatibilizar la pensión con un trabajo a tiempo parcial "*no ya como excepción sino como verdadera posibilidad a las personas que accedan a la jubilación*", basándose en el percibo proporcional de la prestación. De esta manera, la jubilación flexible se suma en la tendencia expansiva del sistema hacia la compatibilidad[20].

Más aún, el art. 6 RD 1132/2002 establece las consecuencias ante la falta de comunicación: a) considerándose indebidas las pensiones de jubilación "desde la fecha de inicio de las correspondientes actividades"; b) la obligación de reintegro "de lo indebidamente percibido"; c) La cuantía percibida indebidamente y la cuantía a devolver lo serán "en el importe correspondiente a la actividad a tiempo parcial".

Y, en quinto lugar, a cuanto se ha afirmado en el párrafo anterior, la STS 563/2023 aquilata de una manera sobresaliente que las consecuencias naturales de la percepción indebida, para este supuesto, no son sancionadoras, de forma que, a la cuantía a devolver, le serán de adición cuantas previsiones pudiera contemplar la LISOS al respecto. En efecto, el supuesto que nos ocupa es radicalmente distinto a la obligación de la pensión de jubilación parcial por parte de la empresa negligente, como resolvía la STS 8 julio 2010 (rec. 3442/2009), pues de ser así, se equipararía con la consecuencia de haber compatibilizado la pensión con un trabajo a tiempo completo, "*lo que pugna con la finalidad reparadora que acabamos de considerar correcta*." Así, pues, no solo en respecto a la cuantía de la prestación, sino también en su reintegro, se encuentran las mayores diferencias entre jubilación parcial y flexible[21].

[18] Sobre el "principio de insignificancia" la STS 491/2023 de 7 julio (rec. 1831/2020) lo expone sobre la extinción del subsidio por desempleo al superar el límite de rentas y no comunicarlo al SEPE, por la adquisición en herencia de una cuota parte indivisa de la nuda propiedad de un bien inmueble. También las SSTS de 27 abril 2015 (rec. 1881/2014) y de14 mayo 2015 (rec. 1588/2014).

[19] Sobre la compatibilidad entre pensión de jubilación y actividad por cuenta propia, véase LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo: Análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 164, 2014, p. 52; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma de la jubilación Ordinaria" en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.: *La reforma de la Seguridad Social de 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 135-ss.

[20] MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: "Incapacidad permanente total y compatibilidad con la jubilación parcial: la tendencia expansiva y su significación jurídica. Comentario a la STS de 2 de julio de 2020", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 58, 2021.

[21] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 119, p.186.

5. CONCLUSIONES

La cuestión a solucionar provenía de la falta de seguimiento de las previsiones legales para compatibilizar la condición de pensionista con una actividad productiva, por parte del pensionistas, o dicho de otro modo, a la STS 563/2023 se le plantea el reto de encauzar por la vía del derecho lo que se había iniciado por la vía de hecho, esto es, en general, cómo aplicar la prohibición de incompatibilidad y la sanción aparejada por su incumplimiento, teniendo en cuenta las previsiones de la jubilación parcial.

Sin duda, la STS 563/2023 fue llamada a asentar tal precedente, pues, como bien reconoce el FD 3º, no existía ninguna línea jurisprudencial que ofreciese una solución expresa al problema contemplado, siendo el criterio de proporcionalidad respecto a la jornada de trabajo realizada, el finalmente seleccionado.

Por todo ello, desde un plano sancionador, la ausencia de comunicación a la Entidad Gestora no ha sido tomado como argumento sobre el cual basar la *ratio decidendi*, al no concurrir ocultación de información, pues la Administración de la Seguridad Social tuvo constancia de las cotizaciones derivadas del trabajo por cuenta ajena, desde el inicio de la actividad. De modo que, la STS 563/2023 ha convalidado la solución aportada inicialmente por la sentencia recurrida, la STSJ Comunidad Valenciana, de 9 junio 20202 (rec. 1317/2019) y abre el camino a esta línea jurisprudencial.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, R.M.: "El concepto de jubilación flexible", *Temas Laborales*, n. 66, 2002, pp. 117-152.

Cavas Martínez, F.: "Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 13, 2017, pp. 175-189.

Ferrando García, F. Mª: "La jubilación parcial", en García Romero, B. y López Aniorte, M.C., *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

González Ortega, S.: "La reforma de la jubilación Ordinaria" en García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.: *La reforma de la Seguridad Social de 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

López Aniorte, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo: Análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 164, 2014, pp. 59-81.

López Insua, B.M.: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo", *Trabajo y Derecho*, n. 16, 2016, pp. 53-72.

Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 467, 2022, pp. 149-188.

Maldonado Molina, J.A.: "La pensión de jubilación tras la Ley 35/2002, de 12 julio", *Actualidad laboral*, n. 3, 2002 (LA LEY 2614/2002)

Mercader Uguina, J.R.: "¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?", *Revista de información Laboral*, n. 1, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Incapacidad permanente total y compatibilidad con la jubilación parcial: la tendencia expansiva y su significación jurídica. Comentario a la STS de 2 de julio de 2020", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 58, 2021.

Ordóñez Casado, M.I.: La jubilación parcial y flexible, en AA.VV.: *Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo",* 2024, Laborum, Murcia, 2024.

Rodríguez Cardo, I.A.: "La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 119.

Rodríguez Iniesta, G.: "Jubilación flexible", en AA.VV., *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar*", Civitas, Madrid, 2009.

Rodríguez Piñero, M., Valdés Dal-re, F., y Casas Baamonde, M.E.: "La nueva regulación de la jubilación en el RD-LEY 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", *Relaciones Laborales*, n. 5, 2013.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Incapacidad permanente y visión monocular: la relevancia de los riesgos laborales propios de la profesión habitual a la hora de determinar su grado. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 731/2023, de 10 de octubre

Permanent disability and monocular vision: the relevance of the occupational hazards typical of the usual and customary occupation for determining its degree. Regarding Supreme Court Ruling 731/2023 of 10 October

Silvia Fernández Martínez *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Santiago de Compostela
https://orcid.org/0000-0002-9093-4100

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: «Incapacidad permanente y visión monocular: la relevancia de los riesgos laborales propios de la profesión habitual a la hora de determinar su grado. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 731/2023, de 10 de octubre». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 181-188.

Resumen

La sentencia comentada califica la visión monocular como constitutiva de incapacidad permanente total para la profesión habitual de oficial de primera de la construcción. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo no solo toma en consideración la incidencia de la pérdida de visión en el correcto desempeño de las tareas propias de la profesión, sino que otorga una especial relevancia a la dimensión preventiva.

Palabras clave

visión monocular; incapacidad permanente parcial; incapacidad permanente total; profesión habitual; riesgos laborales; construcción

Abstract

The abovementioned ruling classes monocular vision as total permanent disability for the usual and customary occupation of professional builder. To reach this conclusion, the Supreme Court not only took into consideration the influence of vision loss on the correct performance of tasks included in the profession, but also attached special relevance to the preventive dimension.

Keywords

Monocular vision; partial permanent disability; total permanent disability; usual and customary occupation; occupational hazards; construction

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo (TS) 731/2023, de 10 de octubre[1], resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se denuncia la infracción de los arts. 193 y 194 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[2], en lo relativo a la calificación del grado de incapacidad permanente (IP). La sentencia objeto de este comentario se pronuncia, fundamentalmente, sobre dos cuestiones relevantes: una de carácter procesal y otra de naturaleza material. Por un lado, se examina si el recurso tiene o no contenido casacional. Por otro lado, el TS

[1] Rcud núm. 1037/2021.

[2] Aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Fecha Recepción: 12/2/2024 - Fecha Revisión: 10/3/2024 - Fecha Aceptación: 11/3/2024
Pags. 181-188

analiza si la visión monocular debe calificarse como constitutiva de IP total para la profesión habitual de oficial de primera de la construcción o como IP parcial.

Así, en primer lugar, cabe recordar las definiciones de IP parcial y de IP total recogidas en la versión del art. 194 LGSS[3] que resulta aplicable en la actualidad, en tanto no se desarrolle reglamentariamente dicho precepto. Por un lado, el art. 194.3 LGSS señala que "se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma". Por otro lado, el art. 194.4 LGSS establece que "se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta".

Ante la ausencia de normativa específica que regule cómo afecta la pérdida de visión a la capacidad laboral, la sentencia comentada también se pronuncia sobre la posible aplicación y el alcance de otras disposiciones, en particular del ya derogado Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación, y de la escala de *Wecker*[4].

2. SUPUESTO DE HECHO

Los datos fácticos más relevantes del caso que resuelve la sentencia comentada son los siguientes. El trabajador, oficial de primera de la construcción, sufrió un accidente de trabajo mientras se encontraba prestando servicios, que le provocó diversos daños, entre ellos la pérdida del ojo derecho. Tras la instrucción del expediente para la valoración de las secuelas[5], en particular la visión monocular, el Equipo de Valoración de Incapacidades propuso calificarlo como incapacitado permanente parcial. El citado dictamen fue aceptado íntegramente por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), que emitió resolución, reconociéndole el grado de IP parcial. Contra dicha resolución se formuló reclamación previa, que fue desestimada.

Posteriormente, el trabajador presentó demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid, en la que solicitaba que su IP fuese calificada como total para la profesión habitual, en lugar de parcial, como había determinado el INSS. Sin embargo, con sentencia de 6 de noviembre de 2019[6], el Juzgado de lo Social desestimó la demanda y confirmó la calificación de la visión monocular como IP parcial.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid. Sin embargo, el citado Tribunal, con sentencia de 21 de diciembre de 2020[7], desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia.

Frente a la sentencia desestimatoria del TSJ de Madrid, el trabajador formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, aportando como sentencia contradictoria la dictada por el TSJ de Madrid, de 2 de abril de 2018[8]. La parte actora consideraba que la sentencia del TSJ

[3] Redacción recogida en la disposición transitoria vigésimo sexta.

[4] https://asociaciondoce.com/escala-de-wecker/

[5] Tal y como consta en la sentencia, las secuelas eran la pérdida de visión por amaurosis del ojo derecho, con colocación de prótesis y un cuadro ansioso-depresivo, reactivo al accidente laboral, con tono hedónico deprimido, en tratamiento en Servicio de Psiquiatría. En ojo izquierdo, la agudeza visual es con corrección, 1,25.

[6] Autos núm. 871/2019.

[7] Rec. núm. 177/2020.

[8] Rec. núm. 686/2017.

de Madrid infringía los arts. 193 y 194 LGSS, por entender que las dolencias del trabajador son constitutivas de IP total, ya que le impiden realizar las tareas propias de su profesión habitual de oficial de primera de la construcción.

Tras ser admitido a trámite el recurso por el TS, este fue impugnado por el INSS. Asimismo, el Ministerio Fiscal emitió informe en el que entendió que se debía declarar la improcedencia del citado recurso.

3. DOCTRINA JUDICIAL: EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN CUANDO SE DISCUTE LA CALIFICACIÓN DEL GRADO DE IP Y RELEVANCIA DE LA DIMENSIÓN PREVENTIVA

Antes de entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, el TS tiene que decidir si existe o no contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como de contraste, en los términos exigidos por el art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Es decir, el Alto Tribunal ha de verificar si, ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, aquellas han llegado a pronunciamientos distintos, que, por lo tanto, sea necesario unificar.

La apreciación de la concurrencia de contradicción entre las dos sentencias adquiere una relevancia particular en este caso concreto, ya que, tradicionalmente, el TS ha negado su existencia cuando lo único que se discute en el recurso para la unificación de doctrina es, como en el presente supuesto, la calificación del grado de IP –parcial o total– que merecen las dolencias que padece el trabajador[9]. El Alto Tribunal ha entendido que estas cuestiones no son una materia propia de la unificación de doctrina. Por un lado, debido a la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante y, por otro, porque, con carácter general, más que en la determinación de la interpretación general de una norma, lo que se pretende es valorar hechos singulares. Por lo tanto, como regla general, se considera que estos casos carecen de contenido casacional, lo que determina la inadmisión a trámite de los recursos que versan sobre dichas temáticas.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el TS ha venido admitiendo una serie de excepciones a esta regla general en supuestos muy específicos. En ellos, la Sala IV del TS ha entendido que existe contradicción y, por lo tanto, contenido casacional, "cuando concurre la extraordinaria circunstancia de que las profesiones y las dolencias que sufren los trabajadores de las sentencias en comparación resultan absolutamente coincidentes". Tal y como puede apreciarse, para que resulte aplicable la excepción a la regla general es necesario que se cumpla un doble requisito: ha de tratarse de la misma dolencia y también de la misma profesión.

En relación con las dolencias, la sentencia objeto de este comentario puntualiza que la identidad sustancial solo puede darse "respecto a lesiones y dolencias que admitan una perfecta comparativa, porque resulten fácilmente objetivables y pueden catalogarse conforme a un baremo común, objetivo y aceptado por la comunidad científica, que permita identificar de manera uniforme y homogénea las concretas y específicas limitaciones que suponen para la realización de determinadas tareas y actividades". Se trata esta de una definición en la que, según el Alto Tribunal, encajarían aquellas que afectan a la pérdida de la capacidad visual. De hecho, en varios pronunciamientos, tras aplicar la citada excepción a la regla general, el TS ha entrado a valorar si la visión monocular era incompatible con una concreta y específica profesión[10].

[9] Esta doctrina general se reitera en la STS de 17 de septiembre de 2013 (rcud. 2212/2012) y se cita también en los distintos pronunciamientos en los que el TS que ha tratado la cuestión.

[10] La sentencia objeto de este comentario cita algunos de ellos: STS 375/2023, de 24 de mayo (rcud. núm. 2117/2020); STS 698/2020, de 22 de julio (rcud. núm. 4533/2017); STS 632/2020, de 9 de julio (rcud. núm. 338/2018); STS

Si bien resulta comprensible que, para apreciar la existencia de contradicción entre dos sentencias, sea necesario que ambas resuelvan casos sobre la misma dolencia, la exigencia de la coincidencia en la profesión plantea más dudas. Una parte de la doctrina apuesta por flexibilizar este último requisito, y otorgar una mayor importancia al análisis de la manera en la que la dolencia afecta al normal desarrollo de las tareas propias de actividades laborales, en lugar de centrarse, únicamente, en la profesión específica[11]. Así, en los casos en los que la dolencia sea objetivable, como ocurre con la pérdida de capacidad visual, a la hora de apreciar la existencia de contradicción, no debería exigirse que se trate de la misma profesión, sino que, aún siendo distintas, las exigencias visuales de ambas sean equivalentes. Por lo tanto, bajo esta perspectiva, debería bastar con que coincidan las dolencias y el nivel de exigencia visual de las profesiones, aunque estas últimas sean diferentes[12].

Todos los antecedentes mencionados sirven al TS para apreciar si, en el recurso para la unificación de doctrina presentado, existe o no contradicción. En cualquier caso, en este supuesto no se plantean los citados problemas en relación con la exigencia de coincidencia de la profesión habitual, pues, tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste, la profesión habitual del trabajador es la misma: oficial de primera de la construcción. Las dolencias también coinciden, pues en ambas los trabajadores han sufrido una pérdida traumática y total de la visión en uno de los ojos (amaurosis), conservándola en el otro, a consecuencia de un accidente de trabajo.

Ahora bien, aunque las dos resuelven situaciones análogas, las citadas sentencias llegan a conclusiones diferentes. Mientras que la sentencia recurrida entiende que la profesión habitual del trabajador no exige de una especial agudeza visual y califica la situación como IP parcial, la de contraste reconoce la IP total para la profesión habitual a un trabajador con idéntica dolencia y profesión. En consecuencia, el TS llega a la conclusión de que se trata de uno de los supuestos excepcionales anteriormente citados, en los que hay que apreciar la existencia de contradicción, aunque los pronunciamientos versen sobre la determinación del grado de IP. El TS entiende que no se aprecia ninguna diferencia entre los dos supuestos de hecho resueltos por las sentencias que sirva para justificar la diferencia en los fallos. En ambos casos, la dolencia es la visión monocular pura, y no hay que tener en cuenta ninguna otra lesión o dolencia que pudiera incidir en el desempeño de las tareas propias de la profesión de oficial de primera de la construcción. De hecho, el propio Ministerio Fiscal aprecia la existencia de contradicción y, en su escrito de impugnación, el INSS no niega su concurrencia.

A continuación, y antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el TS hace referencia a las posibles disposiciones aplicables al caso. Ante la ausencia de normativa vigente específica sobre la cuestión, tanto en los casos anteriores sobre los que se ha pronunciado el TS como en el que resuelve la sentencia objeto de este comentario, se discute acerca de la aplicación de lo dispuesto en el ya derogado Reglamento de accidentes de trabajo. Asimismo, también se plantea qué tipo de eficacia debe concederse a las tablas de la escala de *Wecker*, a la hora de valorar cómo afecta la pérdida de la visión en el desempeño de la profesión habitual.

En relación con el Reglamento sobre accidentes de trabajo, al igual que en el resto de las sentencias en las que ha tratado la cuestión, en la resolución objeto de este comentario, el TS recuerda que, aunque el citado Reglamento no tiene, en la actualidad, eficacia normativa, a falta de otros

372/2016, de 4 de mayo (rcud. núm. 1986/2014); y STS de 23 de diciembre de 2014 (rcud. núm. 360/2014).

[11] Arias Domínguez, A.: "Visión monocular e incapacidad permanente, no siempre parcial", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2023, p. 5.

[12] Esta interpretación permitiría admitir a trámite el recurso para la unificación de doctrina frente a una sentencia en la que la profesión del trabajador era oficial de primera de la construcción, aportando como sentencia de contraste otra que resolviese un asunto sobre un electricista o un yesista, ya que, pese a ser profesiones diferentes, el nivel de agudeza visual requerido es similar. Véase, Arias Domínguez, A.: *op. cit.*, p. 6.

instrumentos legales vigentes que regulen la cuestión, aquel puede ser tenido en cuenta como criterio orientador. Por lo tanto, resulta oportuno recordar qué decía sobre las dolencias relacionadas con la pérdida de visión. El art. 37 señalaba que tenía la consideración de incapacidad permanente parcial "la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro". Por su parte, el art. 38 establecía que se considerará como incapacidad permanente total para la profesión habitual "la pérdida de visión de un ojo, si queda reducida la del otro en menos de un 50%".

En lo que respecta a la escala de *Wecker*, aunque sus tablas constituyen un método de medición de la agudeza visual que se utiliza con frecuencia en España, se trata de una herramienta de valoración indicativa. En línea con lo señalado en el Reglamento sobre accidentes de trabajo, la citada escala atribuye "un porcentaje de pérdida visual global del 33% a la situación en la que el ojo sano mantiene una agudeza visual de 1 y el ojo peor es inferior a 0,05; calificando como incapacidad permanente parcial la pérdida de visión comprendida entre el 24-36%, y como total la incluida entre el 37 y el 50%".

El propio TS empieza reconociendo que la aplicación genérica y abstracta de las disposiciones apenas citadas conduciría a entender que la calificación de la visión monocular como IP parcial, realizada por el INSS y confirmada por el Juzgado de lo Social y por el TSJ de Madrid, es correcta. Sin embargo, el Alto Tribunal considera que dicha solución resulta insatisfactoria, porque el Reglamento de accidentes de trabajo y la escala de *Wecker* no distinguen entre los efectos limitantes que puede tener la pérdida de la agudeza visual en las distintas profesiones. Asimismo, el TS puntualiza que, además de tener un carácter meramente orientador e indicativo, es importante tener presente que ambos ofrecen, respectivamente, una regulación de carácter general y unos valores aproximados, que no atienden a las particularidades de las distintas tareas, funciones y actividades que se desempeñan en cada profesión u oficio. En consecuencia, tanto el Reglamento de accidentes de trabajo como los valores aproximados ofrecidos por la escala de *Wecker* han de completarse con el análisis de la profesión habitual del trabajador.

En este sentido, cabe puntualizar que el propio art. 37 del Reglamento de accidentes de trabajo exige que, en la calificación de la IP, no solamente se tenga en cuenta la lesión, sino también "el oficio o profesión del accidentado". En esta misma línea, el art. 194 LGSS define la IP en relación con la profesión habitual. De hecho, la IP se clasifica en distintos grados en función, precisamente, de si impide o no la realización de las tareas fundamentales de aquella. En consecuencia, queda claro, y así lo ha puesto de manifiesto el TS en los distintos pronunciamientos sobre la cuestión, que una misma dolencia – en este caso la visión monocular- puede tener un impacto muy diferente en la capacidad laboral de la persona, en función de cuál sea su profesión. De hecho, el TS entendió que la visión monocular no era constitutiva del grado de IP parcial para la profesión de limpiadora[13]. Por el contrario, sí que reconoció la IP parcial en el caso de un peón agrícola[14] y de un abogado[15]. Por último, el TS calificó la citada dolencia como IP total para la profesión de gruista[16].

La doctrina de la sentencia objeto de este comentario resulta de particular interés, porque el TS no solo tiene en cuenta el impacto de la visión monocular en el correcto desempeño de aquellas tareas concretas y específicas de la profesión habitual que exijan una especial agudeza visual, sino también los riesgos que puede suponer su desarrollo, tanto para el propio trabajador como para terceros. Por lo tanto, más allá de la incidencia que la pérdida de visión pueda tener en el correcto desempeño del

[13] STS 375/2023 y 632/2020, *cit.*
[14] STS 698/2020, *cit*.
[15] STS 372/2016, *cit*.
[16] STS de 23 de diciembre de 2014, *cit*.

trabajo, en este supuesto adquiere una especial relevancia la perspectiva preventiva y la garantía de la seguridad y salud del propio trabajador y de terceros.

En el caso concreto de la profesión de oficial de primera de la construcción, tal y como se pone de manifiesto en la *Guía de Valoración Profesional de Incapacidades del INSS*[17], el TS señala que están presentes una serie de "factores de riesgo para el trabajador, pero también para terceros, cuya prevención exige una adecuada agudeza visual binocular". La citada Guía proporciona información sobre los posibles riesgos derivados de la actividad laboral y las circunstancias específicas del ambiente de trabajo que pueden incidir en la capacidad laboral de los trabajadores. Asimismo, cifra en 3 de 4 el grado de agudeza visual requerido para cumplir con los requerimientos propios de la profesión de oficial de primera de la construcción.

Por un lado, la citada profesión requiere la utilización de maquinaria y equipos de trabajo y herramientas cortantes, punzantes o perforantes. El TS entiende que la realización de este tipo de tareas sin una adecuada visión binocular constituye un serio peligro. Por otro lado, la visión monocular también tiene una especial incidencia en relación con el riesgo de caída derivado del trabajo en altura, uno de los más frecuentes en el sector de la construcción. La visión monocular puede influir en la valoración de la exposición al riesgo de caída, ya que reduce el campo de visión periférico, afecta a la percepción de la profundidad y del espacio, así como al cálculo de las distancias. Por lo tanto, el TS llega a la conclusión de que la visión monocular "resulta incompatible con el desempeño de una actividad laboral intensa en espacios en los que hay huecos y zonas con peligro de caída desde alturas muy considerables". En consecuencia, la visión monocular, derivada de la pérdida total de uno de los ojos, sería incompatible con la prestación de servicios en un ambiente laboral en el que los trabajadores están expuestos a los citados riesgos, porque aquella podría contribuir incrementar la probabilidad de que se produjese un daño derivado del trabajo. Por lo tanto, el TS concluye que la visión monocular ha de ser calificada como IP total para la profesión de oficial de primera de la construcción.

Ahora bien, la toma en consideración de la perspectiva de la prevención de riesgos laborales para determinar el grado de IP no es algo totalmente innovador de esta sentencia, sino que el TS ya había utilizado un razonamiento similar en la sentencia de 23 de diciembre de 2014, en la que también llegó a la conclusión de que la visión monocular era constitutiva de IP total para la profesión de gruista[18]. En la sentencia objeto de este comentario, el TS entiende que dicho criterio tiene todavía más sentido en el caso de la profesión habitual de oficial de primera de la construcción, porque este último "desarrolla permanentemente a pie de obra y exige deambular en altura por terrenos irregulares en los que hay un riesgo cierto de caída".

En otro orden de cosas, para justificar su decisión, el TS también tiene en cuenta la posibilidad de que el trabajador pueda sufrir alguna lesión en el ojo que le queda sano, precisamente, porque, tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste, la pérdida del que provoca la IP se ha producido, precisamente, como consecuencia d un accidente de trabajo acaecido en la obra de construcción.

Por todo lo expuesto, el TS estimó el recurso, casó y anuló la sentencia recurrida, por entender que la doctrina adecuada es la contenida en la sentencia de contraste. Por lo tanto, declaró al trabajador en situación de IP total para la profesión de oficial de oficial de la construcción, derivada de accidente de trabajo.

[17] 3ª edición, año 2014, p. 733.

[18] STS de 23 de diciembre de 2014, *cit*.

4. CONCLUSIONES

La sentencia que se comenta otorga una especial relevancia a la dimensión preventiva a la hora de calificar el grado de IP. Para valorar la capacidad laboral de los trabajadores, la sentencia no solo tiene en cuenta, tal y como indica el art. 194 LGSS, la manera en la que la visión monocular afecta al rendimiento normal para la profesión de oficial de primera de la construcción y la posibilidad de que el trabajador pueda realizar todas o las tareas fundamentales de dicha profesión, sino también las implicaciones desde el punto de vista de la prevención de riesgos laboral. Así, de lo señalado por el TS, cabe deducir que si el trabajador con visión monocular no puede realizar las tareas en las mismas condiciones de seguridad y salud que el resto de los trabajadores que no están afectados por una pérdida de visión, aquel carecerá de la capacidad laboral necesaria para desempeñar la profesión habitual. Por lo tanto, la apreciación de la capacidad laboral del trabajador ha de tener en cuenta dos aspectos: uno vinculado, estrictamente, a la aptitud para llevar a cabo las tareas, y otro relacionado con la posibilidad de hacerlo de forma segura.

Siguiendo la interpretación que el TS realiza en su sentencia de 10 de octubre de 2023, cabe deducir que la concurrencia de factores de riesgo que puedan ser especialmente peligrosos para el propio trabajador y para terceros se convierte en un criterio fundamental a la hora de calificar la IP como parcial o total para la profesión habitual. Una cosa es que el trabajador pueda desempeñar las tareas propias de la profesión habitual con mayor dificultad o penosidad (en este caso se reconocerá la IP parcial) y otra distinta es que no pueda llevarlas a cabo por motivos de seguridad, sin ponerse en peligro a sí mismo o a terceros. Solo en este último caso la IP merecerá el grado de total para la profesión habitual.

De hecho, en otra reciente sentencia del TS, de 10 de enero de 2024[19], en la que se analizaba si la visión monocular era constitutiva de IP parcial o total para la profesión habitual de mecánico de vehículos, aun utilizando el mismo razonamiento que en la sentencia objeto de este comentario, el Alto Tribunal llega a una conclusión distinta: la visión monocular merece la calificación de IP parcial para la profesión habitual de mecánico. Para justificar su decisión, el TS afirma que, en la profesión de mecánico, no concurren los factores de riesgo que sí están presentes en la de oficial de primera de la construcción, en particular, el riesgo de caída derivado del trabajo en altura. Por lo tanto, en esta última sentencia, el TS entiende que, al contrario de lo que ocurre en relación con la profesión habitual de gruista o de oficial de primera de la construcción, no se aprecian razones para separarse de los criterios orientadores del Reglamento de accidentes de trabajo y de la escala de *Wecker* que, tal y como ya se señaló, califican como IP parcial la pérdida de visión de un ojo si se mantiene la plena visión en otro.

Ahora bien, el TS llega a esta conclusión a pesar de que, al igual que en el caso de la construcción, la *Guía de valoración del INSS* señala que el nivel de agudeza visual requerido para la profesión de mecánico de vehículos es de 3 sobre 4. Además, y pese a que la citada Guía establece que en ambas profesiones se manejan equipos o herramientas con elementos cortantes, punzantes o perforantes, en el caso de la profesión de mecánico, al contrario de en la de oficial de primera de la construcción, parece que el TS no considera que la realización de este tipo de tareas sin una adecuada visión monocular constituya un peligro. De hecho, ni siquiera se refiere a los factores de riesgos derivados del manejo de aquellos.

En consecuencia, cabe deducir que, para el TS, el riesgo fundamental que permite diferenciar entre ambos supuestos es el de caída, ya que puede materializarse en accidentes de trabajo graves. De hecho, en la sentencia sobre el caso del gruista, el TS afirmaba que la imposibilidad de eliminar

[19] Rcud núm. 2121/2021.

el riesgo de provocar accidentes derivada de la disminución de la agudeza visual va a merecer una calificación específica, pues impide el desarrollo de las tareas fundamentales de dicha profesión.

En cualquier caso, desde hace algún tiempo, una parte de la doctrina aboga por que, a la hora de valorar la capacidad laboral, no solo se tenga en cuenta la prevención de los accidentes de trabajo, sino también los principios de la acción preventiva recogidos en el art. 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)[20]. Sin embargo, lo cierto es que, si se analizan de forma conjunta las sentencias del TS de 10 de octubre de 2023 y la más reciente de 10 de enero de 2024, cabe deducir que la interpretación que realiza de la dimensión preventiva es un tanto restrictiva. Para valorar la capacidad laboral, el Alto Tribunal parece otorgar una mayor relevancia a aquellos riesgos laborales, como el de caída, susceptibles de provocar accidentes de trabajo graves, pero no toma en consideración la incidencia que puede tener la exposición a otros, como podrían ser, por ejemplo, los psicosociales o ergonómicos. En conclusión, se considera que, si bien la utilización de la dimensión preventiva a la hora de valorar el grado de IP es positiva, dicho análisis debería ampliarse y no limitarse, únicamente, a los denominados riesgos tradicionales.

5. BIBLIOGRAFÍA

Arias Domínguez, A.: "Visión monocular e incapacidad permanente, no siempre parcial", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2023.

Gala Durán, C.: "La pérdida de visión como causa de incapacidad permanente parcial: El caso de los abogados (Comentario a la STS de 4 de mayo de 2016, nº rcud. 1986/2014)", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 9, 2016.

Márquez Prieto, A., Ruiz Santamaría, J.L.: "Incapacidad Total para un Gruista con Visión Monocular. Al hilo de la STS de 23 de Diciembre de 2014", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. Extra 1, 2016.

[20] Márquez Prieto, A., Ruiz Santamaría, J.L.: "Incapacidad Total para un Gruista con Visión Monocular. Al hilo de la STS de 23 de Diciembre de 2014", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. Extra 1, 2016, p. 141.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

¿Debe verse reducida la cuantía del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a un progenitor si el otro se encuentra percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género?[1]
Comentario a la STS 461/2023, de 29 de junio

Should there be a reduction in the amount of the maternity allowance due to recognised demographic contribution given to one parent if the other is simultaneously receiving the allowance to bridge the gender gap? Comment on Supreme Court Ruling 461/2023 of 29 June

Cristina Ramírez Bandera *Investigadora predoctoral contratada FPU. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
https://orcid.org/0000-0002-5794-8789

Cita Sugerida: RAMÍREZ BANDERA, C.: «¿Debe verse reducida la cuantía del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a un progenitor si el otro se encuentra percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género? Comentario a la STS 461/2023, de 29 de junio». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 189-203.

Resumen

La STS 461/2023, de 29 de junio, constituye un nuevo capítulo más de la controversia interpretativa suscitada en torno a las figuras del complemento para la reducción de la brecha de género y su precedente inmediato, el complemento de maternidad por aportación demográfica. En esta ocasión, el debate suscitado se centra en determinar si procede reducir el importe de este último complemento reconocido a un progenitor conforme a la redacción original del artículo 60 LGSS, si el otro se encuentra percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género introducido por el RDL 3/2021. Tras un análisis de la Disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS, el Alto Tribunal determina -aunque con un voto particular discrepante- que los efectos retroactivos dispuestos por la misma no resultan contrarios al artículo 9.3 CE, motivo por el que procede la reducción del importe del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido en la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género percibido por el otro progenitor.

Abstract

Supreme Court Ruling 461/2023 of June 29 is a new chapter in the controversial interpretation of the figures included in the allowance to bridge the gender gap and its immediate precedent, the maternity allowance due to demographic contribution. On this occasion, the debate focuses on determining whether it is appropriate to reduce the amount of maternity allowance granted to one parent in accordance with the original wording of Article 60 of the General Law on Social Security if the other parent is simultaneously receiving the allowance to bridge the gender gap introduced by Royal Decree Law 3/2021. After an analysis of Transitional Provision 33 of the General Law on Social Security, the High Court determined - albeit with a dissenting opinion - that the retroactive effects provided for by the Provision are not contrary to Article 9.3 of the Spanish Constitution, which is why the reduction of the sum of the maternity allowance due to demographic contribution recognised in the amount of the allowance to bridge the gender gap received by the other parent does apply.

[1] El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-100 "La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades; así como en la Red Temática de I+D+i del Plan Propio de la Universidad de Málaga "Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores".

Fecha Recepción: 15/2/2024 - Fecha Revisión: 28/2/2024 - Fecha Aceptación: 29/2/2024
Pags. 189-203

Palabras clave	Keywords
Complemento de maternidad por aportación demográfica; complemento para la reducción de la brecha de género; retroactividad; minoración; perspectiva de género.	Maternity allowance due to demographic contribution; allowance to bridge the gender gap; retroactivity; reduction; gender perspective

1. INTRODUCCIÓN

La brecha de género en materia de pensiones contributivas asciende en España, en el mes de noviembre de 2023, al 48,23%[2], esto es, la cuantía promedio de las pensiones contributivas percibidas por los hombres en nuestro país resulta prácticamente un 50% superior a la cuantía promedio de las pensiones contributivas percibidas por las mujeres. Este dato resulta realmente preocupante, aunque también debe ponerse en perspectiva.

Es cierto que las desigualdades de género presentes en nuestro sistema contributivo de Seguridad Social -dados los principios de funcionamiento, devengo y cálculo de las prestaciones contributivas- constituyen un reflejo de las desigualdades de género existentes en nuestro mercado de trabajo: si el salario promedio de las mujeres resulta inferior al de los hombres, las pensiones contributivas que estas causen también serán, en promedio, inferiores. Podría decirse, entonces, que la brecha salarial de género y la brecha de género en materia de pensiones contributivas se encuentran inexorablemente vinculadas.

No obstante, debe tomarse en consideración que, de entre todas las pensiones contributivas, la de mayor peso en nuestro sistema es, indiscutiblemente, la pensión de jubilación[3], de modo que la edad promedio de las personas beneficiarias de pensiones contributivas resulta elevada. Esta apreciación no es baladí, pues el dato proporcionado anteriormente acerca de la brecha de género en materia de pensiones contributivas no mide entonces la desigualdad salarial de género existente en nuestro país en la actualidad, sino la que existió en la generación de nuestros padres o abuelos. De ahí que el mismo resulte, en cierta medida engañoso.

Sin duda, la igualdad laboral entre los sexos ha avanzado significativamente desde aquel pasado hasta el presente, gracias a los esfuerzos políticos, normativos y sociales de una sociedad en progreso[4]. Por tanto, resulta esperanzador pensar que la brecha de género en el ámbito de las pensiones contributivas correspondiente al año 2067 -la cual reflejará la igualdad de género actual del mercado laboral español al que se incorpora una persona joven de 22 años de edad- arrojará una cuantía notoriamente inferior; quizás, quien sabe, un importe nada reseñable.

Sin embargo, este progreso igualitario -que se ha acelerado notoriamente en nuestro país en las últimas dos décadas- ya no alcanzará a aquellas mujeres cuya vida laboral se encuentre muy avanzada. Resulta claro que la mayor perspectiva de género existente en la organización actual de nuestras relaciones laborales no ha aprovechado a las mujeres que causan en el presente una pensión contributiva, pues el importe de su prestación será calculado sobre la base de sus esfuerzos invertidos en un mercado de trabajo menos igualitario que el actual. De ahí que, junto a las reformas incorporadas en el Derecho del Trabajo y la ordenación de nuestras relaciones laborales para lograr un mercado laboral más igualitario en términos de género -a fin de reducir la brecha de género en materia de pensiones contributivas que se genere en un futuro-, nuestro legislador también ha introducido innovaciones en nuestro Derecho de la Seguridad Social con el propósito de compensar a aquellas

[2] Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2023*, 2023, disponible en https://n9.cl/6qtin.

[3] *Ibid.*

[4] Sociedad que toma como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico la igualdad (art. 1.1 CE), lo que designa a este ideal como guía en la ordenación normativa de nuestras relaciones sociales.

mujeres que causen en el presente pensiones contributivas de menor cuantía como consecuencia del mercado de trabajo menos igualitario en el que vivieron.

Estas medidas incorporadas para reducir la brecha actual de género en materia de pensiones contributivas son numerosas, y de entre todas, quizás la que más discusión judicial y doctrinal haya generado sea el conocido complemento para la reducción de la brecha de género (junto con su precedente inmediato, el complemento de maternidad por aportación demográfica). A continuación, se realizará un sucinto recorrido por la evolución de estas figuras y de los interrogantes jurídicos que han suscitado, para, finalmente, proceder a comentar la STS 461/2023, de 29 de junio (rec. 2808/2022), por la que se proporciona respuesta a un nuevo debate jurídico originado por la controvertida regulación de estos complementos.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y LITIGIOSIDAD JUDICIAL

2.1. Antecedentes legislativos: del complemento de maternidad por aportación demográfica al complemento para la reducción de la brecha de género

Ante el preocupante dato de la brecha de género en materia de pensiones contributivas, el legislador quiso introducir en nuestro sistema de Seguridad Social un nuevo complemento económico del que pudieran beneficiarse aquellas mujeres que hubieran visto perjudicada su carrera laboral[5] como consecuencia del desigual reparto de las tareas de cuidado de los hijos e hijas que tradicionalmente se ha dado en nuestra sociedad -consecuencia, principalmente, de la atribución a la mujer del rol del cuidado del hogar y la familia-.

Así, la disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 incorporó un artículo 50 bis a la LGSS de 1994[6], por el que se establecía un complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social[7]. Dicho complemento se reconocía a aquellas mujeres que causasen pensiones contributivas de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad a partir del 1 de enero de 2016[8], siempre y cuando hubieran tenido, al menos, dos hijos naturales o adoptados -de ahí que dicho complemento pasase a ser conocido como "complemento de maternidad por aportación demográfica"-. El importe de dicho complemento se establecía de forma proporcional a la cuantía de la pensión causada: si la mujer había tenido 2 hijos, el mismo ascendería al importe del 5% de la cuantía de la pensión; si había tenido 3 hijos, al importe del 10%; y si había tenido 3 o más hijos, al importe del 15% de la cuantía de la pensión.

[5] Aunque es cierto que también se permitía -y permite- su percepción por parte de aquellas mujeres que causasen una pensión de viudedad, aunque nunca se hubieran incorporado al mercado de trabajo.

[6] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[7] La disposición final primera de la citada LPGE hizo lo propio en el régimen de clases pasivas, incorporando idéntico complemento mediante la adición de una nueva disposición adicional decimoctava al Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

[8] Tal y como se estableció en la disposición final tercera de la mencionada LPGE para el año 2016 y reitera la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015, habiendo sido además confirmado este extremo por la STS 111/2023, de 8 de febrero (rec. 1417/2020). Un interesante comentario acerca de esta sentencia y el principio *in claris non fit interpretatio* aplicado tan tajantemente por el TS ante el supuesto de hecho puede consultarse en Molina Navarrete, C., "El "bamboleo" de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el "daño de maternidad" (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023, pp. 191-195.

La redacción de dicho artículo 50 bis de la LGSS 1994 fue trasladada de forma literal al artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, LGSS). Sin embargo, el hecho de que el referido complemento tan solo pudiera ser reconocido al sexo femenino determinó la formulación de una cuestión prejudicial europea[9] que desembocó en el dictado de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), por la que se declaró que la regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica constituía una discriminación directa por razón de sexo prohibida por el artículo 4 y no amparada en el artículo 7 de la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social[10]. El contenido de dicha sentencia europea determinó que los hombres también pudieran causar el citado complemento por aportación demográfica, siempre y cuando cumplieran los requisitos que para ello se exigía a las mujeres, lo cual determinó un aluvión de solicitudes de progenitores masculinos dirigidas al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a fin de que se les reconociese el referido complemento[11]. No obstante, dicha entidad gestora emitió el 27 de enero de 2020 el criterio de gestión 1/2020, determinando que, en tanto no se procediese a la modificación legislativa del artículo 60 LGSS, se debía seguir reconociendo dicho complemento únicamente a las mujeres solicitantes -sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales que reconociesen el citado complemento a los hombres-. En fin, el INSS procedió a denegar sistemáticamente tal complemento a los solicitantes de sexo masculino pese a la doctrina del TJUE, lo cual abocaba a los mismos a recurrir, necesariamente, a la vía judicial para hacer efectivo su derecho[12].

La reforma del artículo 60 LGSS era, entonces, acuciante, siendo realizada finalmente por el RDL 3/2021[13], en virtud del cual el complemento de maternidad por aportación demográfica fue sustituido por un nuevo "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", reconocido a aquellas mujeres que hubiesen tenido uno o más hijos o hijas[14] y causasen una pensión de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad a partir del 4 de febrero de 2021 (DA 1º RDL 3/2021). Con todo, para superar la maltrecha regulación anterior, el nuevo texto del artículo 60 LGSS permite que los progenitores varones tengan derecho a dicho complemento, aunque con requisitos adicionales a los exigidos a las mujeres: resultará necesario, en caso de causar el progenitor masculino una pensión de viudedad, que la misma sea reconocida por el fallecimiento del otro progenitor de los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad; o bien, en caso de causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente, que haya visto afectada su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción

[9] Planteada por el Juzgado de lo Social nº3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018.

[10] Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

[11] Como comentario a esta sentencia del tribunal europeo, puede consultarse Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española 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 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22, 2020.

[12] El criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, por el cual se revisó el mencionado criterio 1/2020 reconociendo el derecho a los progenitores varones a percibir el citado complemento, no fue emitido hasta que el art. 60 LGSS no fue reformado por el RDL 3/2021.

[13] Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

[14] Ya no resulta necesario haber tenido, al menos, dos hijas o hijos para poder percibir este complemento, superándose la finalidad de "aportación demográfica" en pos de una mayor perspectiva de género, y ello en coherencia con el objetivo de reducción de la brecha de género en materia de pensiones contributivas. La anterior regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica no resultaba muy respetuosa con este objetivo, pues la referida brecha afecta, en especial, a las mujeres que han sido madres, independientemente del número de hijos habidos.

de sus hijos o hijas, en los términos establecidos en el referido precepto -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-[15].

Además, el régimen jurídico de este nuevo complemento difiere en múltiples aspectos de su predecesor -cuya percepción se ordena mantener mediante la disposición transitoria trigésima tercera que se incorpora a la LGSS-. Entre otros, la cuantía del mismo no vendrá ya determinada por un porcentaje de la pensión que se cause, sino por el importe fijo que se establezca anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 60.3 LGSS)[16]; contemplándose asimismo un límite temporal a su existencia: el derecho al reconocimiento de este complemento se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación causadas en el año anterior[17] sea superior al 5% (DA 37º LGSS). También resulta llamativo -aunque altamente conveniente- que se haya eliminado la jubilación anticipada como causa de exclusión de la percepción de este complemento (art. 60.4 LGSS), en la medida en que la regulación del anterior complemento de maternidad sí consideraba incompatible esta circunstancia con su percepción.

Asimismo, otra importante diferencia a reseñar se encuentra en el hecho de que la regulación del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género establece expresamente la incompatibilidad del cobro de este complemento por ambos progenitores sobre la base de un mismo hijo o hija común, de modo que "*el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor* […]" (art. 60.2 LGSS). Por el contrario, esta incompatibilidad no era contemplada en la regulación del anterior complemento de maternidad, silencio que ha sido objeto de litigio, como se expondrá en el epígrafe siguiente.

Por último, cabe señalar que la regulación del actual complemento para la reducción de la brecha de género ha experimentado algunas modificaciones con la entrada en vigor del RDL 2/2023[18], el cual ha venido a reforzar el mismo aumentando su cuantía para el bienio 2024 y 2025 con un incremento, adicional a la correspondiente revalorización anual, de un 10% a distribuir entre estos dos años -en línea con la medida 217 del III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de

[15] Tal y como se afirma en Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar* social, núm. 158, 2021, p. 158, los mencionados requisitos exigidos a los progenitores varones son tan estrictos que resultará muy difícil que tengan derecho a la percepción de este nuevo complemento, lo cual "nos lleva al campo de una posible discriminación hacia los hombres, por cuanto se les da un trato desigual que difícilmente va a poder justificarse de una forma objetiva y proporcionada […]".

[16] Este complemento es satisfecho mensualmente en catorce pagas, y su cuantía para el año 2021 ascendió a 27 euros mensuales (DA 1º RDL 3/2021), la cual fue incrementada hasta los 28 euros mensuales para el año 2022 (DA 39º Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de PGE para el año 2022). A partir del año 2023, se estableció que la cuantía mensual del mismo se revalorizaría conforme a la variación interanual del Índice de Precios al Consumo (IPC) -conforme a la DA 36º Ley 31/2022, de 23 de diciembre de PGE para el año 2023-, de modo que su importe para el citado año asciende a 30,40 euros (DA 6º del RD 1058/2022, de 27 de diciembre).

[17] Resulta llamativo que se tome como referencia la brecha de género en pensiones de jubilación, aunque este complemento se prevea también para las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. Probablemente se deba a que la brecha en aquella es la más acusada, tal y como puede consultarse en Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2023*…, op. cit.

[18] 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.

Mujeres y Hombres 2022-2025[19] y la reforma "R4" del componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia[20]-.

Del mismo modo, el RDL 2/2023 ha añadido un nuevo apartado séptimo al artículo 60 LGSS, a fin de clarificar la forma de determinar qué progenitor percibe pensiones de menor cuantía -debiendo tomarse en consideración la suma de las pensiones percibidas y sus revalorizaciones, aunque no los complementos a las mismas-, modificando también el apartado primero de este precepto, de forma que, para la comprobación del requisito exigido a los hombres de haber sufrido un perjuicio en sus carreras de cotización, no sean tenidos en cuenta los distintos periodos o cuantías considerados ficticiamente como cotizados en caso de excedencias o reducciones de jornada por cuidado de menor, pues carecía de sentido que el progenitor no pudiese invocar estas cotizaciones asimiladas como prueba de estos cuidados[21].

2.2. Controversias interpretativas suscitadas en sede judicial

Una vez expuesta la evolución legislativa tanto del actual complemento para la reducción de la brecha de género como del previo complemento de maternidad por aportación demográfica, quizás resulte conveniente realizar una breve recopilación de los principales pronunciamientos judiciales emitidos en relación a estos complementos desde su origen, de modo que pueda servir de guía al lector para conocer los principales puntos interpretativos resueltos hasta la fecha, a la vez que se ejemplifican las grandes controversias generadas en relación a estas figuras -varias de las cuales resultan útiles para comprender mejor la sentencia objeto del presente comentario-.

De forma preliminar, debe tenerse en cuenta que a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente causadas entre el 1 de enero de 2016 y el 3 de febrero de 2021 les resulta de aplicación el complemento de maternidad por aportación demográfica, mientras que, a las pensiones causadas a partir del 4 de febrero de 2021, les resulta aplicable el complemento para la reducción de la brecha de género.

Tomando en consideración lo anterior, los principales puntos de debate planteados han sido los siguientes:

— *La reclamación judicial instada por el progenitor varón al que el INSS le ha denegado indebidamente el complemento de maternidad por aportación demográfica, ¿puede sustanciarse por los trámites de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales?*

Establece la STS 540/2023, de 19 de julio (rec. 3106/2022), que dicha acción no tiene por qué ser sustanciada necesariamente a través de la modalidad procesal de reclamación en materia de Seguridad Social, sino que cabe también que la misma sea tramitada conforme a la modalidad procesal

[19] Instituto de las Mujeres, *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025*, 2022, p. 130, disponible en https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1824.pdf.

[20] Gobierno de España, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, 2021, p. 173, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

[21] En el mismo sentido, 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. 35-36. Debe tenerse en cuenta, además, que esta previsión del art. 60.1.b).3ª LGSS ha sido dotada de efectos retroactivos a fin de que la misma también resulte de aplicación a los complementos para la reducción de la brecha de género causados por los progenitores varones desde el 4 de febrero de 2021, y ello en virtud de la disposición transitoria cuadragésima cuarta LGSS incorporada por el RDL 2/2023.

de tutela de derechos fundamentales contemplada en los artículos 177 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), pues, al fin y al cabo, el demandante acciona contra una actuación de la entidad gestora que ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE). Considera que esta es la interpretación más adecuada conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio *pro actione* y lo dispuesto en el artículo 184 LRJS[22].

— *¿Cuál debe ser la fecha de efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido al progenitor varón al que se le denegó el mismo?*

En la STS 487/2022, de 30 de mayo (rec. 3192/2021) se plantea la posibilidad de establecer la fecha de efectos económicos del reconocimiento de este complemento en: a) la fecha de la STJUE de 12 de diciembre de 2019; b) los tres meses anteriores a la fecha de solicitud del complemento (art. 53.1 LGSS); c) la fecha del hecho causante de la pensión a complementar[23].

Ante esta encrucijada, entiende la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que debe tomarse como fecha de efectos económicos del complemento la del hecho causante de la pensión a la que este se vincula, al considerar que, atendiendo a la doctrina del TJUE[24], el artículo 60 LGSS -en su redacción anterior al RDL 3/2021- debe entenderse interpretado conforme a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, no solo desde la fecha de esta sentencia, sino desde el momento mismo de entrada en vigor de aquel precepto[25] -esto es, el pronunciamiento del TJUE debe tener carácter retroactivo, pues en el mismo no se limitó esta posibilidad-. En idéntico sentido se pronunciaron las sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos) -recursos 2872/2021 y 3379/2021-[26].

— *¿Tiene derecho el progenitor varón que ha visto desestimado por parte del INSS su solicitud del complemento de maternidad por aportación demográfica a recibir una indemnización por los posibles daños morales sufridos?*

Responde negativamente a esta cuestión la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la STS 361/2023, de 17 de mayo (rec. 2222/2022), al entender que dicho perjuicio no resulta atribuible al INSS, pues, como entidad gestora, no tiene atribuidas competencias normativas, de forma que no le resulta posible declarar la nulidad de un precepto legal o proceder a su modificación, siendo esta tarea encomendada al legislador. Del mismo modo, carece de competencias interpretativas para adaptar una norma nacional a la doctrina del TJUE, lo cual corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, la responsabilidad de adaptar el artículo 60 LGSS a aquella doctrina correspondía en cualquier caso al legislador, y, en tanto no lo hiciera, sanciona la Sala el hecho de

[22] Esta sentencia es comentada y aplaudida en Casas Baamonde, M.E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2023.

[23] A fin de conocer en profundidad los múltiples pronunciamientos dispares que se han dado al respecto en nuestra jurisdicción social, *vid.* Maldonado Molina, J.A, "Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* núm. 32, 2022.

[24] Particularmente, la STJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-585/19).

[25] En puridad, el artículo 60 LGSS debe ser interpretado conforme al pronunciamiento del TJUE desde la entrada en vigor de la norma de Derecho de la Unión objeto de interpretación (Directiva 79/7), pero, como quiera que en aquel momento aún no se encontraba en vigor el mismo, tomaremos como referencia lógica la fecha de inicio de la vigencia de este precepto.

[26] Aunque, por motivos de congruencia y de respeto al principio dispositivo que rige el proceso en el orden social, en estas resoluciones la Sala no pudo retrotraer los efectos económicos hasta el momento del hecho causante de la pensión a la que se anuda el complemento, pues ello excedía del objeto litigioso delimitado por las partes.

que los solicitantes tan solo pudiesen hacer efectivo su derecho ante la jurisdicción social -debiendo ventilarse las posibles responsabilidades del legislador ante el orden contencioso-administrativo mediante la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial-. Añade, además, que la quiebra del derecho a la igualdad de estos solicitantes a causa de la desestimación de su derecho queda reparada, en el ámbito del proceso sustanciado ante el orden social, por el reconocimiento retroactivo del complemento desde la fecha del hecho causante de la pensión[27].

Sin embargo, con carácter previo al dictado de la referida sentencia, el TSJ de Galicia había formulado una cuestión prejudicial europea[28] a fin de manifestar ante el TJUE esta duda interpretativa existente en torno al reconocimiento o no de una indemnización a estos solicitantes. Dicha cuestión prejudicial fue resuelta por la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22), en la cual el tribunal europeo declaró que los perjuicios sufridos por estos solicitantes ante la desestimación de su solicitud no resultan completamente compensados mediante el reconocimiento del complemento con efectos retroactivos desde la fecha del hecho causante de la pensión a la que este se vincula, sino que requieren de una indemnización adicional por los gastos en los que se han visto obligados a incurrir para judicializar su reclamación como consecuencia de una práctica administrativa que continuaba aplicando la norma declarada discriminatoria[29], indemnización que debe ser concedida por el mismo órgano jurisdiccional que conoce de la resolución administrativa desestimatoria del complemento solicitado.

En consecuencia, ante el pronunciamiento del TJUE, la STS 977/2023, de 15 de noviembre (rec. 5547/2022) aclara que los solicitantes que hayan visto denegada por el INSS su solicitud de reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica tienen derecho a que el órgano judicial les reconozca, además del citado complemento, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que la actuación de la entidad gestora le ha causado, cifrando el importe de la misma en 1.800€.

[27] No obstante, este pronunciamiento obvia la responsabilidad que debe recaer en el INSS como operador jurídico, pues, sin duda, toda intervención legislativa requiere un periodo de tiempo para poder ser elaborada e implementada, y ello, aunque nuestra Constitución prevea la posibilidad de empleo del Real Decreto-ley ante situaciones de extraordinaria y urgente necesidad que requieran la rápida adaptación de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, en el lapso temporal que está llamado a transcurrir hasta que el legislador (o el Gobierno, en el caso del Real Decreto-ley) proceda a aquella modificación, considero que el INSS debería haber procedido a adaptar su interpretación normativa, especialmente ante la claridad del fallo europeo, no pudiendo afirmarse que esta potestad corresponda en exclusiva a la jurisdicción, pues de lo contrario, ante la necesidad de cualquier labor exegética de una norma, se abocaría a los administrados necesariamente a la vía judicial -de hecho, la razón de ser del orden contencioso-administrativo es, en esencia, la supervisión judicial de las posibles interpretaciones erróneas del Derecho aplicable que haya podido realizar la Administración en su actuación administrativa, pues la obligación de resolver que le incumbe conforme al artículo 21 de la Ley 39/2015 le obliga necesariamente a interpretar el Derecho-. Del mismo modo, el perjuicio sufrido por los solicitantes derivado de la denegación de su derecho por el INSS no puede verse reparado únicamente mediante la retroacción de los efectos económicos de su derecho al momento del hecho causante de la pensión, pues esa habría sido la situación que habrían disfrutado desde un inicio si no se hubiese vulnerado su derecho a la igualdad por el legislador español. En consecuencia, los perjuicios sufridos por los solicitantes varones derivados de la reiterada denegación de sus derechos no parecen agotarse completamente con el exclusivo efecto reparativo de aquella retroacción, sino que parecen exigir una compensación adicional.

[28] Mediante auto del TSJ de Galicia de 2 de febrero de 2022 (rec. 3601/2021).

[29] La importancia de la citada resolución europea radica, principalmente, en el recordatorio que efectúa el TJUE de la obligación de cumplimiento de sus sentencias, no solo por los tribunales nacionales, sino también por "*todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen*" (apartado 42 de dicha sentencia), tal y como se señala en Rojo Torrecilla, E., "Complemento por aportación demográfica. Las sentencias del TJUE también deben ser cumplidas por el INSS, y con reparación económica íntegra por el órgano jurisdiccional. Notas a la dictada por el TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22)", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (Blog), 2023, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/complemento-por-aportacion-demografica.html.

— *¿Pueden dos progenitores percibir simultáneamente el complemento de maternidad por aportación demográfica?*

Tal y como se ha afirmado en el epígrafe anterior, la regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica (art. 50 bis de la LGSS de 1994, transcrito de forma literal en el art. 60 LGSS promulgada por el RDL 8/2015) no contemplaba la incompatibilidad de la percepción de este complemento por ambos progenitores -sin duda, por la circunstancia de que fue configurado para ser percibido únicamente por mujeres, de modo que no se vio la necesidad de regular este aspecto, pues nunca se daría-. Sin embargo, a raíz de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, resulta posible que un hombre tenga derecho a percibir dicho complemento, surgiendo el interrogante de si el mismo sería compatible con la percepción del causado previamente por el otro progenitor.

La STS 362/2023, de 17 de mayo (rec. 3821/2022) resuelve este interrogante, estableciendo que el reconocimiento de este complemento a uno de los progenitores no debe impedir que el otro progenitor también lo perciba si reúne los requisitos legales[30].

Por tanto, la percepción simultánea por los dos progenitores del complemento de maternidad por aportación demográfica resulta posible, mientras que dicha simultaneidad se encuentra vedada para el actual complemento para la reducción de la brecha de género (art. 60.2 LGSS en su redacción posterior al RDL 3/2021). Tan solo resta por clarificar si resulta compatible -y en qué términos- la percepción simultánea del complemento de maternidad por aportación demográfica por parte de un progenitor y del complemento para la reducción de la brecha de género por parte del otro progenitor. Esta cuestión es resuelta por la STS 461/2023, de 29 de junio, la cual será objeto de comentario a continuación.

3. LA COMPATIBILIDAD DE LA PERCEPCIÓN SIMULTÁNEA DEL COMPLEMENTO ANTERIOR Y DEL COMPLEMENTO POSTERIOR AL RDL 3/2021 POR AMBOS PROGENITORES: LA STS 461/2023, DE 29 DE JUNIO

3.1. Antecedentes de hecho y postura de las sentencias contradictorias

Tal y como se ha afirmado anteriormente, la STS 461/2023 resuelve una controversia interpretativa más a añadir a las previamente apuntadas. Los hechos del caso son protagonizados por un pensionista varón, al cual le fue reconocida su pensión contributiva de jubilación con fecha de efectos económicos desde el 5 de octubre de 2018. Con fecha 4 de febrero de 2021, el referido actor procedió a solicitar el complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido en el artículo 60 LGSS en su redacción anterior al RDL 3/2021, al contar con dos hijos nacidos en octubre de 1980 y julio de 1985. Tal complemento le fue denegado por resolución del INSS de 11 de febrero de 2021, reiterándose tal negativa tras la formulación de la correspondiente reclamación previa.

Asimismo, la esposa del demandante es beneficiaria del complemento para la reducción de la brecha de género del artículo 60 LGSS -en su redacción posterior al RDL 3/2021-, el cual percibe junto con su pensión contributiva de jubilación, reconocida con fecha de efectos económicos desde el 8 de noviembre de 2021.

[30] Puede consultarse un comentario a esta sentencia en Ballester Pastor, I., "El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2023. En dicho comentario se destaca la gran litigiosidad que la reclamación por los progenitores varones del complemento de maternidad por aportación demográfica ha generado tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, así como el elevado número de controversias interpretativas que han tenido que ser resueltas por el Tribunal Supremo al respecto.

Procede entonces el demandante a reclamar judicialmente ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Santander su derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica, estimando su pretensión la sentencia de instancia, la cual le reconoció su abono con fecha de efectos económicos desde el 4 de noviembre de 2020 -nótese que se toma como referencia para fijar dicha fecha de efectos los 3 meses anteriores a la solicitud del complemento-, aunque entendiendo que el referido complemento debe verse minorado en el importe del complemento para la reducción de la brecha de género que percibe su esposa, y ello con fecha de efectos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución por la que se reconoció el citado complemento a la misma.

La referida sentencia fue recurrida en suplicación por parte del actor ante el TSJ de Cantabria, el cual dictó sentencia de fecha 1 de abril de 2022 (rec. 213/2022) estimando el recurso interpuesto, y declarando el derecho del recurrente a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica con fecha de efectos económicos desde el 5 de octubre de 2018 -momento del hecho causante de la pensión de jubilación- y sin minoración alguna por el hecho de que su esposa se encuentre percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género.

Entiende la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria que la disposición transitoria 33º LGSS introducida por el RDL 3/2021 no resulta de aplicación al supuesto de hecho, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque la misma no se encontraba en vigor en el momento del hecho causante de la pensión de jubilación del solicitante -5 de octubre de 2018-, no siendo posible su aplicación retroactiva, al no determinarse este efecto en ella (art. 2.3 Código Civil). En segundo lugar, dicha disposición transitoria tan solo contempla la minoración cuando, habiendo causado un progenitor un complemento de maternidad por aportación demográfica, el otro solicite un complemento para la reducción de la brecha de género, no a la inversa -como ocurre en el supuesto ante el que nos encontramos-. Asimismo, reconoce la Sala el derecho del solicitante a percibir el complemento de maternidad solicitado desde el momento del hecho causante de su pensión de jubilación, corrigiendo también a la resolución de instancia en este punto -y ello conforme a la doctrina del Tribunal Supremo mencionada en el apartado anterior de este trabajo-.

Así, por el letrado de la Seguridad Social se interpuso en nombre y representación del INSS y de la TGSS recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la STSJ Aragón de 22 de octubre de 2021 (rec. 647/2021), la cual, ante hechos idénticos en lo sustancial, reconoce a un pensionista por jubilación -que lo era desde el 6 de julio de 2017[31]- el derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica reclamado, aunque matizando que, al haberse reconocido a su esposa posteriormente el complemento para la reducción de la brecha de género con motivo de su jubilación, aquel debe ser minorado desde el primer día del mes siguiente a la fecha de la resolución por la que se reconoce a su esposa el derecho a percibir su complemento.

Entiende esta resolución que procede la minoración del complemento en la medida en que resulta de aplicación al pensionista la disposición transitoria 33º LGSS, estableciendo además la fecha de efectos económicos del reiterado complemento en los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud del mismo -recuérdese que, en este momento, el TS aún no había unificado doctrina estableciendo que dichos efectos económicos deben producirse desde la fecha del hecho causante de la pensión objeto de complemento-.

[31] Contiene una errata en este sentido la STS 461/2023, pues en ella se especifica que la pensión de jubilación de dicho pensionista fue reconocida con fecha de efectos económicos desde el "11 de julio de 2017".

3.2. La STS 461/2023: voto mayoritario

En el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto se formularon dos puntos de contradicción: uno referido a la fecha de efectos económicos que debe darse al complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido al progenitor varón, y otro relativo a la aplicación de la minoración prevista en la disposición transitoria 33º LGSS al citado complemento. No obstante, el primer punto de contradicción fue inadmitido por falta de contenido casacional, al haberse resuelto la controversia previamente por el TS, tal y como ya se ha tenido la ocasión de comentar. Por tanto, el debate se centra exclusivamente en torno a la referida minoración, sobre la cual la Sala aún no había tenido ocasión de pronunciarse -dado que en la STS 362/2023 referida en páginas anteriores tan solo se discutió si ambos progenitores tenían derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica, no planteándose la duda aquí presente, al no tener ninguno de ellos derecho al nuevo complemento para la reducción de la brecha de género-.

Así, considera la Sala Cuarta que, ciertamente, la aplicación de la disposición transitoria 33º LGSS al complemento de maternidad por aportación demográfica del solicitante -cuyos efectos económicos se reconocen desde el 5 de octubre de 2018, momento del hecho causante de la pensión-, supone una aplicación retroactiva de la citada norma, a lo que no obsta el artículo 2.3 del Código Civil, pues, con cita en la STC 27/1981 "*el tenor del artículo 2.3 del Código Civil no exige que* [la norma a aplicar de forma retroactiva] *expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcanzan a tales situaciones"*. Por tanto, resulta claro para la Sala que la referida disposición transitoria pretende su aplicación retroactiva a los complementos de maternidad por aportación demográfica causados -o en cualquier caso, que deberían haberlo sido- con anterioridad a su entrada en vigor el 4 de febrero de 2021, ordenando su minoración en el importe del complemento para la reducción de la brecha de género reconocido al otro progenitor.

No obstante, se cuestiona la Sala si dicha aplicación retroactiva no estaría vedada por el artículo 9.3 CE, al poder considerarse que la misma restringe el derecho individual del progenitor a percibir íntegramente el importe del complemento de maternidad por aportación demográfica que le es reconocido. Sin embargo, se concluye finalmente que dicha retroactividad no supone una restricción de derechos individuales, por cuanto no se niega al progenitor la percepción del complemento, sino que tan solo se minora su cuantía. Así, afirma la sentencia que "*Es evidente que el legislador* […] *ha querido solventar, por medio de esta figura normativa -disposición transitoria- la incidencia de los derechos ya reconocidos bajo el régimen anterior con el nuevo, acudiendo a una regla de minoración cuantitativa del derecho prestacional anterior cuando concurre con el redefinido, lo que no se cuestiona en su constitucionalidad ya que tan solo está afectando a la cuantía que no al derecho que sigue vigente y que puede, incluso, verse restaurado en caso de que se extinga la pensión del otro beneficiario*" (FJ 2 *in fine*).

Por tanto, y compartiendo la opinión emitida por el Ministerio Fiscal en su informe, se declara que procede la percepción del complemento de maternidad por aportación demográfica por el solicitante, aunque minorado en su importe en la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género reconocido a su esposa.

3.3. El voto particular discrepante: la defensa de la interpretación con perspectiva de género

Frente a la interpretación mayoritaria de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, formula la magistrada Rosa María Virolés Piñol voto particular discrepante.

Considera la magistrada que el supuesto de hecho analizado no se encuentra bajo el ámbito de vigencia del RDL 3/2021 y, por tanto, de la disposición transitoria 33º LGSS, en la medida en que el hecho causante de la pensión de jubilación es anterior a su entrada en vigor. Por tanto, ante lo que podría considerarse como una laguna jurídica (si bien en el voto particular no es empleada esta calificación, aunque se afirma que se da una "ausencia de previsión expresa" en el caso), procede integrar Derecho aplicando una interpretación con perspectiva de género en favor del solicitante.

Así, en la medida en que la regulación original del artículo 60 LGSS nada contemplaba al respecto de la incompatibilidad de la percepción simultánea por parte de ambos progenitores del complemento de maternidad por aportación demográfica, y menos aún, por tanto, de su minoración con motivo de que el otro progenitor percibiese un complemento con idéntica finalidad, debe interpretarse en consecuencia que el referido complemento debe ser percibido en su integridad por quien cumpla los requisitos legales contemplados en el precepto, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor -sea hombre o mujer- se encuentre percibiendo el complemento para la reducción de la brecha de género.

La conclusión contraria quebraría la lógica establecida en la STS 362/2023, en la que el silencio de la redacción original del artículo 60 LGSS fue interpretado, por mor de la perspectiva de género -por la que se consagra el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres-, de modo que se reconociese a ambos progenitores el complemento de maternidad por aportación demográfica, cuando ello no se encontraba expresamente previsto. En idéntico sentido, el silencio del mismo precepto en este caso no debería resolverse en detrimento del solicitante, puesto que, reproduciendo la argumentación de aquella sentencia "*Restringir el beneficio a un solo progenitor (sin que tampoco exista un criterio para determinar quién deba ser) o su reparto entre ambos, bajo el argumento de que los causantes de la prestación son los menores; no solo desconoce las exigencias contributivas, sino que acabaría actuando sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de una norma, que no puede ampararse en las excepciones destinadas a restablecer previos desequilibrios*".

4. CONCLUSIÓN CRÍTICA

El voto particular contenido en esta resolución aporta una interesante perspectiva que se compartiría en caso de aceptar la premisa de la que parte: la existencia de una laguna jurídica que debe ser integrada debido a que el supuesto analizado no tiene encaje en el ámbito de vigencia del RDL 3/2021 y, por tanto, de la disposición transitoria 33º LGSS.

Si bien es cierto que el hecho causante de la pensión contributiva de jubilación a la que se vincula el complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido es anterior a la entrada en vigor de la referida disposición transitoria, considero que la misma tiene una clara vocación de retroactividad, tal y como declara el voto mayoritario contenido en la sentencia (de hecho, dicho precepto afecta a complementos de maternidad por aportación demográfica que se encuentran necesariamente vinculados a pensiones causadas con anterioridad a su entrada en vigor).

Por tanto, la cuestión radica en si dicha aplicación retroactiva se encuentra vedada por el artículo 9.3 CE. La postura mayoritaria de la Sala afirma que no, por cuanto la referida norma no restringe derechos individuales, en tanto no se suprime el derecho a la percepción del complemento, sino que tan solo se minora su cuantía. Sin embargo, resulta difícil compartir este razonamiento: ¿acaso no diríamos que a un pensionista, al que de un mes para otro se le minora el importe de su pensión, se le está restringiendo el derecho individual al cobro íntegro de la pensión que la normativa vigente en el momento del hecho causante de aquella dispuso para él?

Tal y como afirma la STC 49/2015, de 5 de marzo, "*la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros*", lo cual se arguyó para rechazar que la supresión de la revalorización de la pensiones contemplada para el ejercicio 2012[32] constituyese un supuesto de retroactividad restringida por el artículo 9.3 CE, al considerar que los pensionistas únicamente contaban con una expectativa de derecho, por lo que no se les privó de un derecho patrimonial consolidado. Pues bien, no resulta sencillo en este caso afirmar que el derecho a percibir un complemento económico de cuantía cierta y determinada, que se denegó a un solicitante a causa de una norma que lo discriminó, constituye una mera expectativa o derecho eventual, pues, de hecho, el mismo habría venido percibiendo el referido complemento de forma efectiva y con un importe concreto desde el momento del hecho causante de su pensión, de no ser por la actuación de tal norma discriminatoria. Por tanto, considero que cabría poner en tela de juicio la constitucionalidad de la minoración contemplada en la disposición transitoria 33ª LGSS, habiendo resultado quizás procedente la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad en el presente caso.

En fin, el debate suscitado no es sino una controversia más originada en torno a la regulación de unos complementos económicos que, pese a su loable fin, han sido configurados con una deficiente técnica normativa que ha dado lugar a múltiples injusticias, algunas de las cuales se han solventado (*v.gr.* el derecho del progenitor varón a percibir este complemento, desechando la noción de que únicamente la mujer puede verse perjudicada profesionalmente por la crianza de los hijos e hijas), y otras de las cuales, no (*v.gr.* la denegación del complemento de maternidad por aportación demográfica a mujeres jubiladas de forma anticipada, proporcionando un trato diferente a las mujeres que han tenido hijos según su forma de acceso a la jubilación, lo cual ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional en su ATC 114/2018, de 16 de octubre[33]). Incluso pese al varapalo judicial sufrido por la redacción original del artículo 60 LGSS, la actual dicción de este precepto ha vuelto a ser puesta en entredicho mediante una nueva cuestión prejudicial europea formulada por el TSJ de Madrid mediante auto de 13 de septiembre de 2023, por la que los magistrados se plantean si la misma resulta nuevamente contraria a la Directiva 79/7 y a los artículos 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Aunque -dada la incertidumbre inherente a todo proceso judicial- las afirmaciones que se realicen al respecto deben formularse de manera cautelosa, resulta muy posible que el TJUE declare nuevamente la vulneración del Derecho de la Unión por parte del artículo 60 LGSS[34], ante lo cual

[32] Ordenada por el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

[33] Una intensa crítica a esta decisión del Tribunal Constitucional -la cual consta de dos votos particulares discrepantes- puede consultarse en Moreno Romero, F., "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por el Real Decreto-ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 687-695. Asimismo, cabe destacar que la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada mediante el citado ATC motivó el planteamiento de una cuestión prejudicial europea por parte del Juzgado de lo Social nº3 de Barcelona, la cual desembocó en la STJUE de 12 de mayo de 2021 (asunto C-130/20), por la que se determinó que este trato diferencial no se subsume en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, en la medida en que el supuesto trato discriminatorio no se produce por "razón de sexo", sino como consecuencia de una quiebra de la igualdad de trato entre trabajadoras del sexo femenino. A propósito de la resolución europea, *vid*. Ballester Pastor, I., "El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

[34] En el mismo sentido, Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?" …, op. cit., p. 159; así como Beltrán de Heredia Ruiz, I. "Complemento por maternidad o para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS): estado de la doctrina

cabe preguntarse, tal y como realiza el TSJ de Madrid, si no habría sido suficiente con reconocer tal complemento al progenitor que causase una pensión de menor cuantía, sin distinción entre sexos.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, I., "El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

Ballester Pastor, I., "El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2023.

Beltrán de Heredia Ruiz, I. "Complemento por maternidad o para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS): estado de la doctrina jurisprudencial y nueva cuestión jurisprudencial del TSJ Madrid", *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 2023, disponible en https://ignasibeltran.com/tag/complemento-maternidad/.

Casas Baamonde, M.E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2023.

Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar* social, núm. 158, 2021.

Maldonado Molina, J.A, "Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* núm. 32, 2022.

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.

Molina Navarrete, C., "El "bamboleo" de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el "daño de maternidad" (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española 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 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22, 2020.

Moreno Romero, F., "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por el Real Decreto-ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.

jurisprudencial y nueva cuestión jurisprudencial del TSJ Madrid", *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 2023, disponible en https://ignasibeltran.com/tag/complemento-maternidad/.

Rojo Torrecilla, E., "Complemento por aportación demográfica. Las sentencias del TJUE también deben ser cumplidas por el INSS, y con reparación económica íntegra por el órgano jurisdiccional. Notas a la dictada por el TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22)", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (Blog), 2023, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/complemento-por-aportacion-demografica.html.

5.1. Otras referencias

Gobierno de España, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, 2021, p. 173, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

Instituto de las Mujeres, *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025*, 2022, p. 130, disponible en https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1824.pdf.

Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2023*, 2023, disponible en https://n9.cl/6qtin.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El tiempo en suspensión por ERTE COVID no computa como cotizado a efectos de nueva prestación por desempleo. Comentario a la STS 980/2023, de 16 de noviembre

The time on temporary lay-off due to the COVID furlough does not count as a contribution for the purposes of new unemployment benefit. Commentary on Supreme Court Ruling 980/2023 of 16 November

Diego Velasco Fernández *Investigador colaborador del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0003-3852-6115

Cita Sugerida: VELASCO FERNÁNDEZ, D.: «El tiempo en suspensión por ERTE COVID no computa como cotizado a efectos de nueva prestación por desempleo. Comentario a la STS 980/2023, de 16 de noviembre». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 205-217.

Resumen

La pandemia del COVID-19 originó un enjambre normativo en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los expedientes de regulación de empleo (ERTE) se erigieron como una de las principales medidas para paliar los efectos del estancamiento económico. Se desarrollaron mediante normativa extraordinaria que aún tiene efectos en la actualidad. Para sostener a los trabajadores en ERTE por causas COVID se desplegó la prestación por desempleo. Una cuestión hasta ahora no resuelta es si el periodo en el que los trabajadores percibieron la prestación por desempleo debido a estar sujetos a un ERTE COVID computa como cotizado a efectos de generar futuras prestaciones de desempleo. La STS 980/2023, de 16 de noviembre resuelve esta cuestión en casación entendiendo que no. El tribunal sigue la doctrina del "periodo de ocupación cotizada". Para que se cause derecho a la prestación por desempleo se debe haber realizado prestación efectiva de trabajo. No cabe equiparar el periodo de suspensión ERTE COVID a efectivamente trabajado, sino a cotizado para otros efectos.

Palabras clave

Prestación por desempleo; COVID-19; ERTE; Expediente de Regulación de Empleo; Suspensión de contrato; Cotización; Cómputo días cotizados; duración de la prestación de desempleo

Abstract

The COVID-19 pandemic led to a regulatory quagmire in the field of Employment Law and Social Security. Furloughs were one of the main measures to alleviate the effects of economic stagnation. They were developed through extraordinary regulations that still have effects today. To support workers on furlough due to the COVID pandemic, the unemployment benefit was deployed. A hitherto unresolved question is whether the period in which workers received unemployment benefit due to COVID-related furlough counts as a contribution for future unemployment benefits. Supreme Court Ruling 980/2023 of 16 November resolved this question in cassation on the understanding that it does not. The court followed the legal principle of the "period of qualifying employment". In order to be entitled to unemployment benefit, the employee must have physically worked. The lay-off period due to COVID-related furlough cannot be compared to a period in which the employee has actually worked, but should be considered as [Social Security] 'contribution for other purposes'.

Keywords

Unemployment benefit; COVID-19; furlough; lay-off; Contribution; calculation of contributed days; duration of unemployment benefit

Fecha Recepción: 9/2/2024 - Fecha Revisión: 26/2/2024 - Fecha Aceptación: 27/2/2024
Pags. 205-217

1. INTRODUCCIÓN. DESEMPLEO, ERTE Y COVID-19

La vorágine normativa ocasionada para paliar los efectos económicos, sociales y laborales de la pandemia del COVID-19 durante 2020 aún sigue generando problemas de interpretación que deben ser resueltos por la doctrina jurisprudencial.

Durante los meses de confinamiento, el tejido empresarial español y de gran parte del mundo, se vio forzado a una súbita interrupción productiva. Esto conllevó fuertes tensiones en las cadenas de distribución y las economías de las empresas[1]. También implicó fuertes cambios para el día a día de los trabajadores y en la organización empresarial. La crisis sanitaria ha tenido un impacto significativo tanto en la salud laboral con el implemento de medidas de evaluación de riesgo, como en la flexibilidad laboral con la consolidación del teletrabajo y las nuevas regulaciones horarias en determinados sectores[2].

Las medidas adoptadas en el contexto laboral estuvieron dirigidas a evitar la destrucción del empleo y a establecer un sistema de prestaciones económicas que permitieran compensar la pérdida salarial de aquellos que se vieron impedidos de trabajar debido a las restricciones. Este fue el gran reto del sistema de Seguridad Social; conseguir mantenerse como el sostén suficiente para los trabajadores ante una crisis sin precedentes para él. La urgencia de las medidas adoptadas en este contexto forzó la coordinación no sólo de las administraciones[3], sino también de organizaciones sindicales y empresariales, así como necesitó de la complacencia del apoyo público, aunque es cierto que el papel de la negociación colectiva y el ejercicio de las facultades de consulta quedó en segundo plano[4].

Una de las medidas que se tomaron para paliar los efectos perniciosos de la interrupción económica fue la potenciación de los expedientes de regulación temporales de empleo (ERTE) para suspender las relaciones de trabajo de forma colectiva. Ahora bien, el régimen general de la suspensión del contrato tuvo que ser alterado para facilitar a las empresas y a los trabajadores la salvaguarda de sus derechos en unas circunstancias excepcionales como las que acontecieron. En este contexto se promulgaron:

— Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

— Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo

[1] Para profundizar al respecto *vid.* Morales-Arce Macías, R. "COVID 19: Impacto socioeconómico" en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*. Volumen 6, número 1 – 2021, páginas 91 y ss.

[2] Vallecillo Gámez, "El impacto de la COVID sobre las relaciones de empleo y trabajo", en *Anuario de trabajo y relaciones laborales,* 2021, vol.7, pp. 90

[3] Al respecto del modelo de gobernanza compartida para hacer frente a los retos de la pandemia en el que se buscó la socialización de los riesgos *Vid.* Mercader Ugina, J.R. "Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos" Labos, Vol. 1, Nº. 2, p. 14; Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº Extra 2, 2021, págs. 342 a 345.*

[4] Cruz Villalón, J. "Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID 19 en España" en *IUS ET VERITAS* Nº 61, diciembre 2020 p. 245; Para conocer cómo se afrontó cronológicamente la protección social durante la pandemia se recomienda consultar el análisis de Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020).

Ambos con el propósito de *"proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad"*[5] y *"defender el empleo y garantizar la viabilidad futura de las empresas"*[6].

Las medidas que se implementaron en materia de desempleo proyectaban consecuencias para los años venideros. Para los trabajadores en ERTE-COVID se previó que pudieran recibir la prestación por desempleo, rebajando exigencias tradicionales como el principio de contributividad. No obstante, nada se estableció en las normas referidas al respecto de si deben considerarse los periodos en suspensión contractual en ERTE-COVID para el cómputo de nuevas prestaciones por desempleo. En esta disertación se analiza la STS 980/2023, de 16 de noviembre, en la cual, la doctrina jurisprudencial da respuesta a esta cuestión.

2. SUPUESTO DE HECHO

Doña Ascensión lleva trabajando en una empresa desde el 18 de octubre de 2003. El 20 de marzo de 2020, la empresa la incluye en un ERTE por fuerza mayor a consecuencia del COVID 19. Tras encadenar varias suspensiones contractuales, la empresa finalmente ejecuta despido colectivo el día 15 de junio de 2021 en el que incluye a Doña Ascensión. A continuación, Doña Ascensión solicita al SEPE prestación contributiva por desempleo. Se le concede con resolución de 29 de junio de 2021 en la que se especifica que tiene derecho a 660 días de prestación.

No conforme, Doña Ascensión interpone reclamación al entender que le correspondían 720 días por la cotización de los 19 años. El SEPE desestima la reclamación justificando que los periodos en suspensión contractual no computan para el abono de futuras prestaciones por desempleo según lo dispuesto en el artículo 269 LGSS.

Doña Ascensión acude a la vía jurisdiccional. El juzgado de los Social nº 6 de Madrid desestima sus pretensiones en sentencia de 11 de febrero de 2022. Hace lo propio el TSJ de Madrid tras recurso de suplicación en sentencia de 16 de septiembre de 2022. Por lo que finalmente se acude, mediante recurso de casación al Tribunal Supremo.

3. EL DOBLE ESCENARIO DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO COTIZADO A EFECTOS DE DESEMPLEO ANTE LAS SUSPENSIONES POR ERTE.

La cuestión que nos ocupa, por lo tanto, es si el periodo de percepción de prestación por desempleo como consecuencia de una suspensión del contrato de trabajo en ERTE por fuerza mayor por COVID computa como cotizado a efectos de recibir una nueva prestación de desempleo.

Se debe tener en cuenta que la regulación del cómputo del tiempo de desempleo durante una suspensión contractual por ERTE ha vivido dos escenarios en los últimos años a raíz de la normativa COVID.

El primer escenario, el previsto en la legislación anterior a la pandemia, como sabemos, ya preveía la existencia del ERTE. Se concibieron como un instrumento de flexibilidad a través de la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o bien de fuerza mayor y con carácter coyuntural. En este escenario, el artículo 269

[5] Exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

[6] Exposición de motivos del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo

LGSS, sobre la duración de la prestación por desempleo, resolvía la problemática del cómputo de la cotización entendiendo que no computa la cotización durante esta suspensión contractual a efectos de futuras prestaciones por desempleo[7].

Este artículo titulado *"Duración de la prestación por desempleo"* desarrolla en su primer apartado la escala aplicable para saber la duración por desempleo que pertenece al trabajador en función de los periodos de cotización realizados. Se computan los seis años anteriores al inicio de la situación legal de desempleo o desde el momento en que cesó la obligación de cotizar.

En su apartado segundo se establece que:

> "*A efectos de determinación del período de ocupación cotizada a que se refiere el apartado anterior, se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial.*
> *No obstante, no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*
> *[...]*
> *No se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa, excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tal como establece el artículo 165.5 de esta ley."*

Dicho de otra manera, según esta regulación original para el cómputo de la prestación por desempleo:

— No se tendrán en cuenta cotizaciones ya computadas para el reconocimiento de un derecho anterior (Por ejemplo, si ese tiempo computó para una anterior prestación por desempleo, no puede volver a computar).

— No pueden computarse las cotizaciones que realice la entidad gestora o la empresa durante el tiempo correspondiente al abono de la prestación.

— La única excepción a estas reglas es el de las prestaciones reconocidas en virtud de la suspensión de la relación laboral por causa de violencia de género.

Un segundo escenario surge a raíz de la pandemia. La figura del ERTE se dinamizó para hacer frente a la reducción productiva de la actividad derivada del confinamiento[8]. En este contexto se promulga el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En los artículos 22 y 23 de este RD-ley se recoge la figura de los ERTE-COVID, referidos tanto a los que se generaron por fuerza mayor como por circunstancias ETOP[9].

[7] Gil Plana, J. "Situación legal de desempleo" en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* Nº 139, 2019, p.21

[8] Blázquez Agudo, E. M. "La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral COVID" en *Trabajo y Derecho*. *La Ley*, Wolters Kluwer, Nº 89, mayo 2022, p. 1

[9] Rodríguez Hernández, J. "ERTE-COVID y situación legal de desempleo: una normativa que requiere ser integrada e interpretada" en Diario La Ley, Nº 10036, 24 de marzo de 2022, p.1

Para esta modalidad específica de ERTE se exoneró la obligación de cotizar al empresario a cambio de, entre otras medidas, comprometerse a la salvaguarda del empleo[10]. Así se dispuso en los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En ellos se configuraron una serie de particularidades al respecto de la cotización y la prestación por desempleo y en relación con los ERTE COVID.

El artículo 24 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, estableció que en los ERTE COVID se *"exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 [LGSS], así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de marzo y abril de 2020 […]"*. Siendo esta regla aplicable a empresas con un número de trabajadores mínimo requerido en dicho artículo. Ahora bien, a continuación, se precisa en su apartado segundo: "*Dicha exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el apartado 1 del artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social."*.

El artículo 25 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, añadió dos medidas al respecto en los supuestos de ERTE COVID:

a) El reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo a las personas trabajadoras afectadas, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

b) No computar el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos. (Este es el llamado *"contador cero"*[11]).

En resumen, estas medidas suponen la eliminación del periodo de carencia exigible y del cómputo del tiempo que se perciba la prestación para períodos futuros, a efectos de máximos. Esto fue el inicio de la acción protectora excepcional durante la pandemia. Implica la protección del beneficiario aún sin el periodo de cotización mínimo de 12 meses, lo que conllevó una quiebra del principio de contributividad. Requisito que incluso es preceptivo en el nivel asistencial de desempleo, pensado para salvaguardar aquellas situaciones de carencias de rentas extremas[12]. Por otro lado, no computar el tiempo de prestación consumido durante el COVID implica una mayor garantía para recibir la prestación por desempleo en el futuro, ya que no se considerarán dichos meses como consumidos[13]. Se debe advertir la diferencia entre esta medida y la cuestión que aborda la sentencia que estudiamos. La medida que prevé el artículo 25 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, es que

[10] *"las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad"*. (D.A. 6º Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). Sobre esta medida de cómo se aplicó la exención de cotizar en los ERTES *vid.* Trillo García, A. R. "Seguridad Social y COVID-19" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020), págs. 87 a 98.

[11] Rodríguez-Piñero Royo, M.C. "Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral" en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1* (2020) págs.103 a 106

[12] *Cfr.* Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* Nº Extra 2, 2021, pág. 349

[13] Como recuerda *Op. Cit.* Valdeolivas García, Y. (2021) pág. 349, estas medidas no fueron aplicadas por primera vez durante la pandemia. Si bien durante el COVID vivieron un uso mucho más intenso, tras la crisis económica de 2008, en el art. 3 Ley 27/2009, se contempló el derecho de reposición de la duración de la prestación por desempleo contributivo por el mismo número de días de percepción del desempleo total o parcial, si bien con un límite máximo

la prestación por desempleo que se reciba durante COVID-ERTE no compute como gastada para siguientes prestaciones. Cuestión diferente es si ese tiempo computa como cotizado para la futura prestación por desempleo. Una cosa es no gastar la prestación y otra cosa distinta es que en ese periodo se cotice a efectos de percibir durante mayor duración una futura prestación por desempleo.

A pesar de la excepcionalidad de estas medidas, los límites temporales que inicialmente se planearon acabaron dilatándose. Por ello se promulgó el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. En su artículo 8 se prorrogan los ERTE COVID hasta el 31 de enero de 2021 y se mantuvo la reducción de la cotización patronal para determinados sectores más vulnerables. Al respecto de la protección de desempleo, era notable la presión que el alargamiento de la crisis estaba ejerciendo sobre los presupuestos públicos. El acuerdo al que se llegó entre el Gobierno, patronal y sindicatos fue mantener hasta el 31 de enero de 2021 la no exigencia de periodo mínimo de cotización para acceder a la prestación. Y sobre el cómputo del tiempo de cotización ("contador cero") se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2020, por lo que a partir del 1 de octubre se reactivó el cómputo del consumo de prestaciones[14]. El artículo 8.7 Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre lo establecía de la siguiente manera:

"No se computarán en ningún momento como consumidas las prestaciones por desempleo disfrutadas, durante los [ERTE COVID], por aquellas [personas afectadas] que accedan a un nuevo derecho, antes del 1 de enero de 2023,como consecuencia de la finalización de un contrato de duración determinada o de un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o un despido por cualquier causa declarado improcedente, o por fin o interrupción de la actividad de las personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo, incluidos aquellos con contrato a tiempo parcial que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

La reducción de las prestaciones consumidas a partir del 1 de octubre de 2020 en los [ERTE COVID], no obstante, no afectará a las nuevas prestaciones que se inicien a partir del 1 de enero de 2027.

A aquellas personas que accedan a una prestación por desempleo por un cese producido a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, a las que haya que consumir días de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos anteriores, únicamente se les consumirán los periodos de prestación percibidos a partir del 1 de enero de 2021."

Finalmente, habiendo conocido estos dos escenarios, nos encontramos ante una situación en la que los efectos de las medidas tomadas durante la pandemia siguen vigentes en algunos supuestos. Es el caso de la cuestión que nos ocupa. Ya visto el régimen jurídico singular que se construyó en torno a la protección de desempleo y la suspensión de contratos volvemos a incidir sobre la cuestión que centra el *litis* del caso objeto de estudio: ¿Debe computarse como cotizado el periodo de tiempo durante el cual se percibió la prestación de desempleo a raíz de un ERTE COVID, a efectos de percibir una nueva prestación?

de 120 días. En la medida del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, este límite queda superado y no se establece límite temporal, salvo en los supuestos articulados en normas posteriores.

[14] Rodríguez-Piñero Royo, M.C. "Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral" en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1* (2020) P.103 a 106

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA STS 980/2023, DE 16 DE NOVIEMBRE. RESOLUCIÓN DEL CASO

La cuestión planteada se suscita a través de un recurso de casación de unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. Esto implica la existencia de dos sentencias contradictorias:

— Por un lado, tenemos la sentencia recurrida que nace del *iter procesal* objeto de estudio: la Sentencia del TSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2022 en la que se desestiman las pretensiones de la actora a favor del SEPE considerando que no computa como tiempo cotizado a efectos de nueva prestación aquel percibido durante ERTE COVID en el que se recibió el desempleo.

— Por otro lado, la defensa de la parte actora invoca como sentencia de contraste la Sentencia de la Sala social del TSJ del País Vasco de 15 de junio de 2021, (rec. 933/2021).

El Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho segundo entiende que sí hay contraste y ha lugar el recurso de casación en tanto que la STSJ del País Vasco de 15 de junio de 2021 resuelve un caso similar. Una trabajadora ha recibido prestación por desempleo en ERTE COVID por fuera mayor y el SEPE no le computa como cotizado dicho periodo a efectos de una nueva prestación por desempleo. Mientras que el TSJ de Madrid en el caso que nos ocupa dio la razón al SEPE, la STSJ del País Vasco acoge el criterio contrario, entendiendo que sí procede el cómputo de este periodo para futuras prestaciones.

4.1. Revisión de la intencionalidad del artículo 24.2 RD-ley 8/2020

El Tribunal Supremo, unifica doctrina. Tras revisar las singularidades que ocasionaron el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo concluye que efectivamente nos encontramos con:

— PRIMERO. Una exoneración del abono de la aportación empresarial durante los ERTE COVID en base a fuerza mayor,

— SEGUNDO. El reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo a los trabajadores que carezcan del periodo de ocupación cotizada mínima necesario para ello.

— TERCERO. No computa el tiempo de percepción de la prestación a los efectos de consumir los periodos máximos de percepción del desempleo establecidos en la norma legal de referencia, bajo las condiciones referidas en aquellos preceptos legales.

No obstante, avisa el Tribunal Supremo de que *"en ningún caso se contempla que el periodo de percepción de prestaciones de desempleo pueda computarse a los efectos de generar el derecho a una nueva prestación, como si de una ocupación cotizada se tratase."*.

La problemática surge del tenor literal del artículo 24.2 RD-ley 8/2020. Como hemos visto, al exonerar de la cuota empresarial, se indica que esto no surtirá efectos para la persona trabajadora, por lo que dicho periodo se tendrá como *"efectivamente cotizado a todos los efectos"*. El Tribunal Supremo argumenta que esta expresión no quiere decir que el periodo en suspensión por fuerza mayor COVID compute como cotizado para el desempleo, sino que estos periodos se consideran como cotizados a pesar de que la empresa queda liberada de dicha obligación y no tiene por qué ingresar las

cotizaciones. El Tribunal Supremo entiende que el objetivo del legislador en el artículo 24.2 RD-ley 8/2020 es que el trabajador no se vea perjudicado por la exoneración de la cuota empresarial en el sentido de que se encuentre durante ese periodo en la misma situación jurídica que habría de aplicarse de haberse aplicado la previsión ordinaria del artículo 273.2 LGSS que obliga a la empresa a cargar con la cuota empresarial.

Apuntala la cuestión el TS añadiendo que la finalidad del artículo 24 RD-ley 8/2020 es regular la exoneración de la cuota empresarial sin que esto afecte a los trabajadores y que:

"Con esa expresión "a todos los efectos", no se quiere atribuir a ese periodo de desempleo un nuevo y diferente efecto jurídico, sino reafirmar la idea de que la exoneración de la cuota empresarial no puede ir en detrimento del trabajador, para que ulteriormente se le tenga por no cotizado el periodo de desempleo percibido por suspensión de la relación laboral o reducción de jornada durante el que la empresa no ha ingresado las cotizaciones".

En conclusión, desde el punto de vista del Tribunal Supremo, el artículo 24 RD-ley 8/2020 no tiene el ánimo de generar un nuevo derecho que el contenido en el artículo 269 LGSS. Al contrario, busca la estabilidad del trabajador en el mismo estatuto jurídico, a pesar de que se está exonerando a la empresa de cargar con las cotizaciones empresariales.

4.2. La distinción entre cotización y trabajo efectivo

Finalmente, el último argumento que arroja el Tribunal Supermo está relacionado con la naturaleza de la propia prestación de desempleo. Esta prestación tiene como objetivo cubrir la carencia de rentas en los periodos en los que el trabajador se encuentra desocupado. No obstante, para causar la prestación se exigen ciertos periodos de ocupación cotizada. Por lo tanto, únicamente el desempeño efectivo de servicios laborales durante un periodo puede generar nuevo derecho a la prestación.

Esto quiere decir que para que se cause derecho a la prestación por desempleo se debe haber realizado prestación efectiva de trabajo. No cabe equiparar el periodo de suspensión ERTE COVID a efectivamente trabajado, sino a cotizado para otros efectos.

Esta misma idea ya fue planteada por el Tribunal Supremo en la a Sentencia de 16 de enero de 2007, rec. 435/2006. Esta sentencia resolvía la cuestión en base a la interpretación del artículo 210.2 del RD-Leg. 1/1994 LGSS, pero que regulaba la cuestión que nos ocupa de igual manera. En su jurisprudencia el Tribunal Supremo entendió que *"periodo de ocupación cotizada"* es aquel en el que se trabaja y se cotiza. El binomio cotización y trabajo debe cumplirse para causar derecho a desempleo. No es hecho suficiente al respecto la cotización sin la efectiva y simultánea realización del trabajo.

La conclusión de este posicionamiento jurisprudencial es que las cotizaciones a las que estén obligadas las entidades gestoras o las empresas durante la percepción de prestación de desempleo por parte del trabajador, no pueden computar a efectos de generar un nuevo periodo de prestaciones por desempleo. La razón de ser de este posicionamiento radica en la estructura básica de la figura de la prestación por desempleo, cuyo objetivo es proporcionar una renta de sustitución ante la pérdida de ingresos por carecer de empleo.

A modo de colofón el Tribunal Supremo mantiene el razonamiento de que, si el legislador hubiera querido establecer la posibilidad de generar periodos de desempleo con la mera cotización y sin la realización efectiva de ocupación, se podrían haber contemplado expresamente en la ley. *"De*

haber sido esa la voluntad del legislador con la promulgación de la normativa legal que estamos analizando, así lo habría hecho constar expresamente."

Añade, además, que este es el caso específico de la excepción que se hace con las víctimas de violencia de género. El art. 269.2 LGSS, recoge expresamente que la suspensión de la relación laboral del artículo 45.1.n) ET (por motivos de violencia de género), está excluida de la regla general que impide computar las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación de desempleo durante la suspensión. Esto quiere decir que durante la suspensión por violencia de género sí se generan periodos de desempleo con la mera cotización.

En el fallo, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación de Doña Ascensión. Confirma la STSJ Madrid de 16 de septiembre de 2022. Entiende que no computa como cotizado el periodo de percepción de prestaciones de desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo en ERTE COVID, a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo.

5. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL

La crisis que trajo la pandemia del COVID-19 conllevó un aluvión normativo para intentar paliar los efectos más perniciosos de la contracción económica. Muchas de las medidas adoptadas tienen repercusión aún hoy. En el ámbito de la Seguridad Social, la implementación dilatada de los ERTE y el régimen protector que adornó su aplicación, supusieron el sostén económico de empresas y trabajadores.

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, modificaron el régimen ordinario prepandemia del artículo 269 LGSS. Las principales medidas que se adoptaron con respecto a lo que nos atiende fueron[15]:

Eliminación del período de carencia exigible.

— No computa el tiempo que se perciba la prestación para períodos futuros, a efectos de máximos.

— Ampliación del ámbito subjetivo a socios trabajadores de sociedades laborales y cooperativas.

— Modificación de las normas de cálculo y de duración de la prestación

— Mantenimiento de la normativa general para la iniciación, instrucción y resolución del procedimiento del derecho a la prestación por desempleo.

De esta nueva regulación, por no indicarse explícitamente, se suscita la cuestión de si debe computarse como cotizado el periodo de percepción de prestaciones de desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo en ERTE COVID, a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo.

[15] *Cfr.* Rodríguez Hernández, J. "ERTE-COVID y situación legal de desempleo: una normativa que requiere ser integrada e interpretada" en Diario La Ley, Nº 10036, 24 de marzo de 2022, pp. 1

La STS 980/2023, de 16 de noviembre responde que no. Según el Tribunal Supremo no se contempla que el periodo en el que se recibe la prestación de desempleo por suspensión contractual debido a un ERTE COVID, pueda generar el derecho a una nueva prestación por desempleo, como si hubiéramos estado en un periodo de ocupación con cotización ordinario. Tan solo el efectivo desempeño de servicios laborales durante un determinado periodo temporal puede generar el correlativo derecho a la prestación.

Los argumentos del Tribunal Supremo son:

— Atendiendo a la intención del legislador en el artículo 24.2 RD-ley 8/2020. Cuando dicho artículo se refiere a que el periodo en suspensión debe entenderse como *"efectivamente cotizado a todos los efectos",* quiere decir que computan como cotizados a pesar de que la empresa queda liberada de la obligación de cotizar.

— La propia naturaleza de la prestación de desempleo implica que para que se genere debe de cumplirse el binomio cotización y trabajo efectivo. Además, si el legislador hubiera querido que se genere prestación a desempleo sin trabajo efectivo lo podría haber habilitado *ex lege*, como se plantea para las víctimas de violencia de género.

En resumen, nos encontramos ante la postura del Tribunal Supremo de que no debe computar como cotizado a efectos de generar una nueva prestación de desempleo, el periodo de tiempo en el que ya se percibió el desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo en ERTE COVID.

Al respecto de esta argumentación del Tribunal Supremo se debe alertar de que supone un perjuicio para las personas trabajadoras en cuanto a la duración de la prestación por desempleo. La consecuencia directa de la sentencia estudiada es que Doña Ascensión percibirá un máximo de 660 días de prestación por 2.080 días cotizados, mientras que, si el Tribunal hubiera abrazado el criterio contrario, Doña Ascensión habría superado el límite de 2.160 días cotizados que establece la tabla del artículo 269.1 LGSS de manera que le habrían correspondido 720 días de prestación, tal y como solicitaba en la demanda. Extrapolándolo a términos generales, los trabajadores que recibieron la prestación por desempleo durante un ERTE COVID deben entender que esos días no computan a efectos de una futura prestación por desempleo.

Sobre el primer argumento del Tribunal Supremo, se atribuye al legislador una intencionalidad que no está clara. El artículo 24.2 RD-ley 8/2020 dice que el periodo en suspensión debe entenderse como *"efectivamente cotizado a todos los efectos"*. Los efectos a los que se pudiera referir el legislador son todos los que despliega la cotización. Cercenar uno de los principales no parece ser la intención de un legislador que sostiene que: "*la prioridad absoluta en materia económica radica en proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad"* (Exposición de motivos del RD-ley 8/2020). La regulación excepcional por el COVID tiene una voluntad de *stand by* como se demuestra por las medidas adoptadas y por las intenciones transmitidas en la exposición de motivos. Es una situación anómala, en la que no está claro que el legislador quiera mantener a los trabajadores en la situación general del escenario del artículo 269 LGSS o generar unos efectos especiales de protección. Más bien se da a entender lo segundo. Todas las medidas adoptadas en pandemia estuvieron orientadas a una protección excepcional. Así lo ejemplifica el despliegue de medidas como la eliminación del período de carencia exigible, la ejecución del *"contador cero"* o la ampliación del ámbito subjetivo a socios trabajadores de sociedades laborales y cooperativas. No es desproporcionado pensar que se quisiera proteger también la cotización para causar futuras

prestaciones por desempleo. Protección que habría sido concorde con el espíritu de socializar los riesgos que se adoptó durante la pandemia por todos los agentes sociales y el gobierno[16].

Esta es la postura de la sentencia de contraste[17], sobre una trabajadora fija discontinua a la que el SEPE no le computa el periodo de ERTE a efectos de calcular la prestación por desempleo. En el Fundamento de Derecho segundo, el TSJ País Vasco abraza la literalidad del artículo 24 RD-ley 8/2020: "*Atendiendo al relato fáctico, constatamos que cuando termina el curso escolar en junio 2020 y la actora solicita prestación por desempleo, SEPE le reconoce la misma prestación que le había reconocido en 2019 con 578 días cotizados, 180 días de derecho y 89 días consumidos, es decir, solo se le reconoce la reanudación del derecho reconocido anteriormente en 2019, y sin embargo tenía derecho a una nueva prestación ya que había trabajado desde septiembre 2019 hasta marzo 2020 pasando a ERTE desde marzo hasta junio 2020, y este último periodo se debe entender cotizado a todos los efectos según la normativa COVID (artículo 24.2 RDL 8/2020). […] En concreto, el artículo 24, tras regular la exoneración de la empresa en cuanto al abono de las cotizaciones dispone que tal exoneración "no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho periodo como efectivamente cotizado a todos los efectos". Por lo tanto, la actora tenía en junio 2020 cotizaciones suficientes como para generar un nuevo derecho a los efectos de lo dispuesto en el artículo 269 TRLGSS y concordantes, sin perjuicio de la opción por ese nuevo derecho o la reanudación del anterior."*

Esta misma postura la siguen otras sentencias como la STSJ Galicia 20 de octubre 2023 (rec. 894/2023)[18] que ha entendido que: "*Así pues, la regla general expuesta [la prevista en los arts. 269.2 y 273 LGSS] tiene una excepción que es aplicable al presente caso, de manera que en estos supuestos (ERTE por Covid 19) se entiende cotizado dicho periodo a los efectos de desempleo, pues carece de sentido que no se considere cotizado a los efectos del desempleo, como así pretende el SEPE en su escrito de recurso, alegando para ello que durante los periodos de ERTE, el servicio público de empleo ingresa las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las contingencias de jubilación, invalidez permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, protección a la familia y asistencia sanitaria pero no cotiza por desempleo; como decíamos, carece de sentido que el SEPE fundamente su recurso apelando a la aplicación de la regulación ordinaria en materia de cotización en los supuestos de ERTE, cuando nos encontramos ante una situación extraordinaria como es la de los ERTE derivados de la pandemia del COVID-19, regulación extraordinaria que tiene como objetivo fundamental la protección del trabajador, y por ello ha de entenderse como cotizado a los efectos que nos ocupan los periodos en los que el trabajador se ve abocado a su inclusión en un expediente de regulación temporal de empleo a causa de la situación extraordinaria provocada por la pandemia del COVID 19."*

Sobre el segundo argumento, el Tribunal Supremo describe la naturaleza de la prestación por desempleo y continúa con el criterio del *"periodo de ocupación cotizada"*. Un criterio ya antiguo al respecto de la cotización en suspensión contractual para futuras prestaciones por desempleo. Este era el escenario previsto anterior a la pandemia, con la regulación general del artículo 269 LGSS. Se comprende que el Tribunal Supremo quiera cerciorarse de hacer hermética la aplicación de este criterio. Así no se alimenta la posibilidad de que otros supuestos de suspensión contractual pudieran computar a efectos de futuras prestaciones de desempleo. No obstante, este posicionamiento

[16] Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº Extra 2, 2021, pág. 353* explica la cuestión del abanico de protección amplio que adornó el desempleo en la pandemia y cómo el objetivo a perseguir sería la *"socialización de las situaciones de necesidad generalizadas"*.

[17] Sentencia de la Sala social del TSJ del País Vasco de 15 de junio de 2021, (rec. 933/2021)

[18] Otras sentencias también llegan a la misma conclusión, como es el caso de la SSTSJ Cataluña 20 de octubre 2023 (rec. 1504/2023); Cantabria 2 de octubre 2023 (rec. 500/2023); y Asturias 14 de febrero 2023 (Rec. 2584/2022).

es cuestionable ante la coyuntura excepcional que rodea el RD-ley 8/2020. Siguiendo el mismo razonamiento que para el primer argumento, no está claro, justamente si la intención del legislador era subvertir momentáneamente dicha naturaleza o no.

A este respecto, otras sentencias se han posicionado en la misma postura que el Tribunal Supremo, es el caso de la STSJ Madrid 19 de junio 2023 (rec. 694/2022), que entiende que: «*el periodo durante el que el actor percibió la prestación por desempleo, al haber quedado afectado por un ERTE COVID, debe considerarse un periodo neutro, durante el que no han de computarse las cotizaciones efectuadas, ni entenderse como periodo consumido, a los efectos de causar una nueva prestación, tras la extinción del contrato».*

Finalmente, sobre la precisión *ex lege* del efecto controvertido de la cotización durante los ERTE COVID es cierto que la intencionalidad del legislador pudo haber sido más clara al respecto. Aunque las medidas adoptadas en materia de protección social pública fueron vitales para hacer frente a las contingencias generadas por la pandemia, es cierto que adolecieron de notas de espontaneidad y poca planificación en algunos aspectos[19]. Ciertamente cabe ser comprensivo ante esta situación debido al convulso escenario que envolvió la pandemia. Sin embargo, debe alertarse de que siguiendo el mismo razonamiento del Tribunal Supremo podemos llegar justo a la conclusión contraria. El Tribunal Supremo ha mantenido que si el legislador hubiera querido que se genere prestación a desempleo sin trabajo efectivo lo podría haber habilitado *ex lege*, como se plantea para las víctimas de violencia de género. Pero omite que la regla general ante el escenario excepcional es que la suspensión se entiende cotizada a todos los efectos según el artículo 24 RD-ley 8/2020. Por lo que si el legislador hubiera querido mantener fuera de esos efectos el cómputo de dicha cotización para futuras prestaciones por desempleo podría haberlo previsto específicamente.

Sobre este punto de vista y a modo de resumen general, podemos concluir que la verdadera problemática radica en establecer cuál es la regla general aplicable durante este periodo excepcional. Si bien se entiende que la regla general sigue siendo la aplicación del título III de la LGSS, en ese caso es clara la aplicación del artículo 269.2 LGSS porque el legislador no ha excluido expresamente por el RDLey 8/2020, la cotización a efectos de desempleo durante la suspensión contractual. Esta es la postura que mantiene el Tribunal Supremo en la sentencia que nos ocupa y la STSJ Madrid 19 de junio 2023 (rec. 694/2022) ya referida[20]. O bien, si la regla general del escenario uno se vio subvertida por el RDLey 8/2020 y *"a todos los efectos"* implica también la cotización para futuras prestaciones por desempleo durante la suspensión contractual, ya que por esta norma no ha sido expresamente excluida.

En suma, la STS 980/2023, de 16 de noviembre se decanta por mantener la aplicación del escenario del artículo 269.2 LGSS y pierde la oportunidad de contribuir a la protección de los trabajadores ante la situación tan dramática que acompañó aquellos meses de restricción social y económica. Presenta una solución que refuerza su línea jurisprudencial, independientemente de la

[19] *Cfr*. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020) p. 52 y siguientes. A este respecto, es muy interesante la reflexión final que los profesores Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta hacen de las medidas tomadas durante la pandemia, más aún desde la perspectiva que nos ha dado el tiempo.

[20] Algunos autores defienden también esta postura, al entender que la excepcionalidad del RDLey 8/2020 no altera la normativa común del título III LGSS *Vid.* Beltrán De Heredia Ruiz, I. "Los periodos de ERTE por COVID no pueden computarse a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo (STS\Pleno 16/11/23)" en *Una mirada crítica a las relaciones laborales,* Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *ignasibeltran.com/2023/12/12/los-periodos-de-erte-por-covid-no-pueden-computarse-a-efectos-de-percibir-una-nuevaprestacion-de-desempleo-stspleno-16-11-23/*

excepcionalidad de la normativa COVID, lo que cierra completamente la interpretación de que el periodo cotizado en ERTE COVID pueda ser considerado a efectos de cómputo para la duración de futuras prestaciones por desempleo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Blázquez Agudo, E. M. "La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral COVID" en *Trabajo y Derecho*. *La Ley*, Wolters Kluwer, Nº 89, mayo 2022,

Beltrán De Heredia Ruiz, I. "Los periodos de ERTE por COVID no pueden computarse a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo (STS\Pleno 16/11/23)" en *Una mirada crítica a las relaciones laborales,* Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Dirección web: *https://ignasibeltran.com/2023/12/12/los-periodos-de-erte-por-covid-no-pueden-computarse-a-efectos-de-percibir-una-nueva-prestacion-de-desempleo-stspleno-16-11-23/*

Cruz Villalón, J. "Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID 19 en España" en *IUS ET VERITAS* Nº 61, diciembre 2020 pp. 228-245

Gil Plana, J. "Situación legal de desempleo" en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* Nº 139, 2019, p.21

Mercader Ugina, J.R. "Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos" Labos, Vol. 1, Nº. 2, pp. 4-15

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020)

Morales-Arce Macías, R. "COVID 19: Impacto socioeconómico" en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*. Volumen 6, número 1 – 2021, páginas 89-107

Rodríguez Hernández, J. "ERTE-COVID y situación legal de desempleo: una normativa que requiere ser integrada e interpretada" en Diario La Ley, Nº 10036, 24 de marzo de 2022, pp. 1-9

Rodríguez-Piñero Royo, M.C. "Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral" en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1* (2020) págs. 73-109

Trillo García, A. R. "Seguridad Social y COVID-19" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020), págs. 57 – 174

Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº Extra 2, 2021, págs. 341 a 364*

Vallecillo Gámez, "El impacto de la COVID sobre las relaciones de empleo y trabajo", en *Anuario de trabajo y relaciones laborales,* 2021, vol, 7, pp. 79-100

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La ley portuguesa de bases generales de la Seguridad Social y sus contextos normativos internacional y nacional de aplicación

The Portuguese law on the general bases of Social Security and its international and domestic regulatory contexts of application

Mário Silveiro de Barros *Profesor Dr. Auxiliar Invitado*
Iscte-Instituto Universitario de Lisboa
https://orcid.org/0000-0002-5526-1553

Cita Sugerida: DE BARROS, M.S.: «La ley portuguesa de bases generales de la Seguridad Social y sus contextos normativos internacional y nacional de aplicación». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 221-235.

Resumen

La Ley de Bases generales de la seguridad social es la norma portuguesa equivalente de la Ley General española de Seguridad Social, gozando de una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico portugués, en sentido constitucional formal y material. Lógicamente, su aplicación aparece condicionada por el contexto internacional en que se desenvuelve Portugal, en especial a nivel europeo, desde 1 enero 1986. Dicha aplicación también queda condicionada por el conjunto de normas que desarrollan y complementan la propia Ley de Bases, lo que define una situación de caos normativo en la regulación de la materia, alejada de la situación de cosmos existente en países con legislación de seguridad social codificada.

Palabras Clave

Derecho comparado de la Seguridad Social; Derecho internacional de la Seguridad Social; Derecho de la Seguridad Social; Ley de bases generales de la Seguridad Social; Portugal

Abstract

The Law on the General Bases of Social Security is the Portuguese equivalent to the Spanish General Law on Social Security and enjoys a privileged position in the Portuguese legal system, in a formal and material constitutional sense. Logically, its application appears to be conditioned by the international context in which Portugal has been operating, especially on a European level, since 1 January 1986. This application is also conditioned by the series of rules that implement and complement the Law on Bases itself, which defines a situation of regulatory chaos in the regulation of the matter, far from the harmonious situation existing in countries with codified social security legislation.

Keywords

Comparative Social Security Law; International Social Security Law; Social Security Law; Law on the General Bases of Social Security; Portugal

1. LA LEY PORTUGUESA DE BASES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En Portugal, la expresión «seguridad social» forma parte del vocabulario constitucional, pues la Constitución la utiliza hasta en siete ocasiones, aunque el precepto constitucional clave sobre el tema es el artículo 63 (rotulado «Seguridad social y solidaridad [*Segurança social e solidariedade*]»)[1]. En este precepto, constan los tres elementos clave que permiten construir el concepto de seguridad social, dado que —según él— la seguridad social es un derecho subjetivo universal (literalmente, «todos tienen derecho a la seguridad social»)[2], a recibir la protección del Estado (literalmente, «incumbe al Estado organizar, coordinar y financiar un sistema de seguridad social»)[3], cuando se produzcan

[1] Los otros preceptos constitucionales que también utilizan la expresión son los artículos 56 (rotulado «Derecho de las asociaciones sindicales y negociación colectiva [*Direitos das associações sindicais e contratação colectiva*]»), 70 (rotulado «Juventud [*Juventude*]»), 105 (rotulado «Presupuesto [*Orçamento*]»), 107 (rotulado «Fiscalización [*Fiscalização*]»), 165 (rotulado «Reserva relativa de competencia legislativa [*Reserva relativa de competência legislativa*]») y 214 (rotulado «Tribunal de Cuentas [*Tribunal de Contas*]»).

[2] Apartado 1. Textualmente, «*Todos têm direito à segurança social*».

[3] Apartado 2. Textualmente, «*Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social*».

determinadas contingencias (literalmente, «el sistema de seguridad social protege a los ciudadanos en la enfermedad, vejez, invalidez, viudedad y orfandad, así como en el desempleo y en todas las demás situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo»)[4]. Este precepto constitucional pide un desarrollo normativo, al que se refiere incluso expresamente en dos ocasiones, utilizando la expresión «en los términos de la ley»[5]. Pues bien, el desarrollo legislativo del artículo 63 de la Constitución se produjo, por vez primera y como luego se verá, en 1984. En la actualidad, se encuentra contenido en la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, que aprueba las bases generales del sistema de seguridad social[6], y que entró en vigor el día 17 enero 2007 (literalmente, «la presente ley entra en vigor el día siguiente al de su publicación»)[7].

> El Derecho de la Seguridad Social es una disciplina que goza de autonomía científica y universitaria en la generalidad de países europeos (Derecho de la Seguridad Social, *Droit de la Sécurité Sociale*, *Diritto della Previdenza Sociale*, *Sozialrecht*), a diferencia de lo que sucede en Portugal, donde no aparece consignado en los planes de estudio de las Facultades de Derecho. Supuesto el aforismo clásico *mater semper certa est*, la madre científica del Derecho de la Seguridad Social es el Derecho Administrativo, que sí se enseña en las Facultades de Derecho como una de las ramas del tronco del Derecho público. En este sentido, no habría ningún inconveniente científico en calificar el Derecho de la Seguridad Social como Derecho Administrativo especial.

La Ley núm. 4/2007 ocupa una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico portugués, al tratarse de una ley de bases en sentido constitucional formal. En efecto, hay que tener en cuenta —como su propia denominación indica— que no se trata de una ley meramente reguladora de la seguridad social, sino de una ley reguladora de las bases (literalmente, «bases generales») del sistema de la seguridad social, lo que provoca una doble consecuencia jurídico constitucional. De un lado, la relativa a que dichas bases sólo pueden ser reguladas, en principio, por ley parlamentaria (literalmente, «es de la exclusiva competencia de la Asamblea de la República …, salvo autorización al Gobierno»)[8]; y de otro lado, la relativa a que posee un rango jerárquico superior al de las leyes y decretos-leyes que no desarrollen las bases generales del sistema de seguridad social (literalmente, «las leyes y los decretos-leyes tienen igual valor, sin perjuicio de la subordinación a las correspondientes leyes de los decretos-leyes publicados en uso de autorización legislativa y de los que desarrollen las bases generales de los regímenes jurídicos»)[9]. Esta posición privilegiada la reconoce expresamente la propia Ley núm. 4/2007, al indicar que está jerárquicamente sometida sólo a la Constitución y a las normas de Derecho Internacional sobre seguridad social. En este sentido, su artículo 2 no deja espacio a ninguna duda interpretativa, pues afirma —después de indicar, en línea con la Constitución, que «todos tienen derecho a la seguridad social»[10]— que «al derecho a la seguridad social se le da

[4] Apartado 3. Textualmente, «*O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*».

[5] Cfr. apartados 4 y 5. Textualmente, «*nos termos da lei*».

[6] Acerca de ella, véase Nazareth Costa Cabral, «A nova lei de bases do sistema de solidariedade e segurança social», *Separata de Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora (Coimbra, 2001), págs. 71 y ss.; también, João Carlos Loureiro, *Direito da Segurança Social: Entre a necessidade e o risco*, Coimbra Editora (Coimbra, 2014), 264 págs.

[7] Cfr. artículo 110, apartado 1. Textualmente, «*A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação*».

[8] Cfr. artículo 165 (rotulado «Reserva relativa de competencia legislativa [*Reserva relativa de competencia legislativa*]»), apartado 1, de la Constitución Portuguesa. Textualmente, «*É da exclusiva competência da Assembleia da República …, salvo autorização ao Governo*».

[9] Cfr. artículo 112 (rotulado «Actos normativos [*Actos normativos*]»), apartado 2, de la Constitución Portuguesa. Textualmente, «*As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos*».

[10] Apartado 1. Textualmente, «*Todos têm direito à segurança social*».

eficacia por el sistema, y se ejerce en los términos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales aplicables y en la presente ley»[11].

> Evidentemente, el Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea ni es Derecho internacional, ni tampoco Derecho extranjero, imponiéndose al Derecho nacional portugués de Seguridad Social y a los tribunales portugueses (que están obligados de oficio a conocerlo) a través del llamado principio de supremacía, al que tendré que referirme en su momento[12].

La Ley núm. 4/2007 es también una ley reguladora de las bases generales del sistema de seguridad social, pero entendiendo ahora la expresión «bases generales» en sentido constitucional material, lo que significa que se trata de una ley necesitada de su correspondiente desarrollo legislativo. Desde este otro punto de vista, vuelve a tratarse de una ley que ocupa una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico portugués, puesto que las leyes o los decretos-leyes de desarrollo de la misma no pueden modificar las citadas «bases generales». Lo impide la Constitución portuguesa, allí donde afirma que «tienen valor reforzado … las leyes … que, en virtud de la Constitución, sean presupuesto normativo necesario de otras leyes o que por otras deban ser respetadas»[13]. Lógicamente, estas normas de desarrollo de la Ley núm. 4/2007 son muchas, y aparecen genéricamente mencionadas a todo lo largo y ancho de su articulado. Entre estas menciones, se cuenta la que efectúa su artículo 107 (rotulado «Protección en los accidentes de trabajo [*Protecção nos acidentes de trabalho*]»), pues —sobre la base de que el sistema portugués de seguridad social protege las contingencias de «accidentes de trabajo y enfermedades profesionales»[14]— dicho precepto afirma que «la ley establece el régimen jurídico de la protección obligatoria en caso de accidente de trabajo, definiendo los términos de la respectiva responsabilidad»[15], debiendo tenerse en cuenta que esta otra ley está representada por el Código del Trabajo de 2009, así como por la legislación de desarrollo del mismo.

> El artículo 59 de la Constitución (rotulado «Derechos de los trabajadores [*Direitos dos trabalhadores*]») no se opone a que el régimen jurídico del accidente de trabajo llegase a integrarse plenamente en el sistema administrativo portugués de seguridad social, al igual que ocurre en la generalidad de países europeos. Hay que tener en cuenta, de un lado, que dicho precepto constitucional menciona no solamente «la asistencia y justa reparación, cuando [los trabajadores sean] víctimas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional»[16], sino también «la asistencia material cuando involuntariamente se encuentren en situación de desempleo»[17]. Pero también hay que tener en cuenta, de otro lado, que el fundamental artículo 63 de la Constitución, al detallar las contingencias de seguridad social, menciona expresamente no sólo el «desempleo»[18], sino también «todas las demás situaciones de falta o disminución de

[11] Apartado 2. Textualmente, «*O direito à segurança social é efectivado pelo sistema e exercido nos termos estabelecidos na Constituição, nos instrumentos internacionais aplicáveis e na presente lei*».

[12] Cfr. *infra*, apartado 2.

[13] Cfr. artículo 112, apartado 3. Textualmente, «*Têm valor reforçado ... as leis ... que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas*».

[14] Cfr. artículo 52 (rotulado «Ámbito material [*Âmbito material*]»), apartado 1, letra d). Textualmente, «*Acidentes de trabalho e doenças profissionais*».

[15] Textualmente, «*A lei estabelece o regime jurídico da protecção obrigatória em caso de acidente de trabalho, definindo os termos da respectiva responsabilidade*».

[16] Apartado 1, letra f). Textualmente, «*A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional*».

[17] *Ibidem*, letra e). Textualmente, «*À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego*».

[18] Apartado 3. Textualmente, «*desemprego*».

> medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo»[19], encajando holgadamente en esta expresión genérica las diversas contingencias (incapacidad temporal, incapacidad permanente, muerte y supervivencia) derivadas del acaecimiento del riesgo de accidente de trabajo.

Desde un punto de vista estructural, el precepto clave —porque lo resume todo, con pocas palabras— de la Ley núm. 4/2007 es su artículo 23 (rotulado «Composición del sistema [*Composição do sistema*]»), según el cual «el sistema de seguridad social comprende el sistema de protección social de ciudadanía, el sistema contributivo y el sistema complementario»[20]. Doctrinalmente hablando, se trata de un precepto criticable, por causa de su carácter tautológico (un sistema no puede estar integrado por otros tres sistemas). Si se modificase el precepto, lo correcto —en línea con el Derecho comparado— sería hablar de que el sistema de seguridad social se compone, en realidad, de tres pilares. Estos tres pilares aparecen regulados en los Capítulos II, III y V de la Ley. El Capítulo II (rotulado «Sistema de protección social de ciudadanía [*Sistema de protecção social de cidadania*]») regula la seguridad social orientada a combatir las situaciones de pobreza o cuasi-pobreza, justificando que la seguridad social tenga un ámbito de aplicación subjetivo universal, y explicando que se financie no con cotizaciones sociales, sino con recursos provenientes de los presupuestos del Estado. Por su parte, el Capítulo III (rotulado «Sistema contributivo [*Sistema previdencial*]») regula la seguridad social orientada a combatir la pérdida o disminución de las rentas de trabajo, justificando que tenga un ámbito de aplicación subjetivo de carácter profesional, lo que explica que se financie con cotizaciones sociales abonadas por trabajadores y empresarios. En fin, el Capítulo V (rotulado «Sistema complementario [*Sistema complementar*]») regula las prestaciones complementarias de las prestaciones otorgadas por el pilar contributivo del sistema de seguridad social, financiándose —al igual que el pilar contributivo— al margen de los recursos procedentes de los presupuestos del Estado.

> Precisamente en asuntos sociales, la palabra «pilar» la ha puesto de moda el Derecho de la Unión Europea, a través de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 abril 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales.

La Ley núm. 4/2007 es la cuarta ley portuguesa de bases del sistema de seguridad social. Fue precedida por la Ley núm. 28/84, de 14 agosto, de bases del sistema de seguridad social; por la Ley núm. 17/2000, de 8 agosto, de bases generales del sistema de solidaridad y de seguridad social, en la que se afirmaba —poniendo fin a una tradición portuguesa casi secular— que «la Ley establecerá los términos de integración de la protección de los accidentes de trabajo en los regímenes de la seguridad social»[21]; y por la Ley núm. 32/2002, de 20 diciembre, de bases de la seguridad social. Aunque se trata de una ley de notable extensión (cuenta con un total de 110 artículos), su tenor viene gozando de una extraordinaria estabilidad, a pesar del carácter sísmico que tiene el terreno cubierto por la seguridad social, en Portugal y en todas partes. Desde que fue promulgada, esta cuarta ley portuguesa de bases del sistema de seguridad social sólo ha padecido una modificación, que afectó a sus artículos 63 y 64. Esta enmienda fue operada por la Ley núm. 83-A/2013, de 30 diciembre, la cual pretendía garantizar la sostenibilidad del pilar contributivo del sistema de seguridad social, introduciendo —a propósito de la pensión de jubilación— los conceptos «evolución de los índices de esperanza media

[19] *Ibidem*. Textualmente, «*todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*».

[20] Textualmente, «*O sistema de segurança social abrange o sistema de protecção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar*».

[21] Cfr. artículo 111. Textualmente, «*A lei estabelecerá os termos da integração da protecção nos acidentes de trabalho nos regimes da segurança social*».

de vida»[22] y «nuevo factor de sostenibilidad»[23]. La constitucionalidad de la Ley núm. 4/2007 se ha cuestionado al menos en una ocasión. También se ha cuestionado la constitucionalidad de alguna norma de desarrollo de la misma, en una multitud de ocasiones.

> La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 384/2009 confirmó la constitucionalidad de la Ley núm. 4/2007, a pesar de haberse denunciado que parte de su contenido violaba no sólo el artículo 63 de la Constitución, sino también los principios constitucionales de igualdad y universalidad.

2. EL CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA LEY PORTUGUESA DE BASES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En principio, la Ley de Bases generales de la seguridad social es una ley de carácter territorial, que sólo se aplica a hechos relevantes de seguridad social ocurridos en el territorio portugués. Ahora bien, la propia Ley de Bases también tiene en cuenta que puede haber hechos relevantes de seguridad social, bien ocurridos fuera del territorio portugués, pero que afectan a ciudadanos portugueses, bien ocurridos en territorio portugués, pero que afectan a ciudadanos extranjeros. Estos supuestos de hecho relevantes que afectan tanto a ciudadanos portugueses que trabajan en el extranjero, como a ciudadanos extranjeros que trabajan en Portugal, aparecen expresamente mencionados en nueve preceptos de la Ley de Bases. Se trata del artículo 2 (rotulado «Derecho a la seguridad social [*Direito à segurança social*]»), del artículo 25 (rotulado «Relación con sistemas extranjeros [*Relação com sistemas estrangeiros*]»), del artículo 37 (rotulado «Ámbito personal [*Âmbito pessoal*]»), del artículo 41 (rotulado «Prestaciones [*Prestações*]»), del artículo 47 (rotulado «Condiciones de acceso [*Condições de acesso*]»), del artículo 61 (rotulado «Condiciones de concesión de las prestaciones [*Condições de atribuição das prestações*]»), del artículo 66 (rotulado «Derechos adquiridos y en curso de adquisición [*Direitos adquiridos e em formação*]»), del artículo 67 (rotulado «Acumulación de prestaciones [*Acumulação de prestações*]») y del artículo 92 (rotulado «Fuentes de financiación [*Fontes de financiamento*]»). Son preceptos que presentan el común denominador de referirse todos ellos, salvo uno, a normas de seguridad social aplicables en Portugal, pero de carácter internacional (literalmente, «instrumentos internacionales [*instrumentos internacionais*]»). La excepción estaría representada por el artículo 92, que regula las fuentes de financiación del sistema portugués de seguridad social, afirmando que entre dichas fuentes de financiación se cuentan también «las transferencias de organismos extranjeros»[24], dando por supuesto que estas transferencias deben estar reguladas en algún tipo de norma o instrumento. En realidad, las normas principales que definen el contexto internacional en que despliega sus efectos la Ley de Bases generales de la seguridad social son de cuatro tipos, a saber: las normas de la Unión Europea sobre seguridad social, los convenios bilaterales de seguridad social entre Portugal y Estados terceros, las normas multilaterales de seguridad social de la Carta Social Europea revisada, y las normas multilaterales de seguridad social de la OIT.

> Lógicamente, a las normas internacionales de seguridad social se les aplica, como regla general, lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución Portuguesa (rotulado «Derecho internacional [*Direito internacional*]»), según el cual —sobre la base de que «las normas y los principios del Derecho Internacional general o común forman parte integrante del Derecho portugués»[25]— «las normas constantes de los convenios

[22] Cfr. apartado 2 del artículo 63, en la redacción que le dio el artículo 2 de la Ley núm. 83-A/2013. Textualmente, «*evolução dos índices da esperança média de vida*».

[23] Cfr. apartado 3 del artículo 64, en la redacción que le dio el artículo 2 de la Ley núm. 83-A/2013. Textualmente, «*novo fator de sustentabilidade*».

[24] Letra h). Textualmente, «*As transferências de organismos estrangeiros*».

[25] Apartado 1. Textualmente, «*As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português*».

> internacionales regularmente ratificadas o aprobadas entren en vigor en el ordenamiento interno tras su publicación oficial y en cuanto que vinculen internacionalmente al Estado portugués»[26], aunque teniendo en cuenta que «las disposiciones de los tratados que rigen la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones, en el ejercicio de las respectivas competencias, se aplican en el ordenamiento interno, en los términos definidos por el Derecho de la Unión, con respeto a los principios fundamentales del Estado democrático de derecho»[27].

En el Derecho de la Unión Europea sobre seguridad social brilla especialmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000, cuyo artículo 34 (rotulado «Seguridad social y ayuda social») establece el ideal de cobertura de seguridad social del siglo XXI. Este precepto —que tiene el mismo valor normativo que los Tratados[28]— aclara, de un lado, que el pilar contributivo de la seguridad social tiene que proteger no solo las contingencias clásicas de seguridad social del siglo pasado («maternidad», «enfermedad», «accidentes laborales», «vejez» y «pérdida de empleo»), sino también la nueva contingencia contributiva de seguridad social del siglo XXI, que es la contingencia de «dependencia»[29]; y de otro lado, que tiene que existir un pilar de solidaridad o de ciudadanía, pero para «combatir la exclusión social y la pobreza»[30]. En cuanto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los preceptos clave son sus artículos 153 y 156. El primero de estos dos preceptos excluye la posibilidad de armonizar los sistemas nacionales de seguridad social de los Estados miembros, a través de la utilización de Directivas («Las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo … no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste»)[31]. Por su parte, el segundo precepto citado del Tratado afirma que la política social de la Unión Europea en materia de seguridad social se refiere a la «coordinación» de los sistemas nacionales de seguridad social de los Estados miembros. En ejecución de este precepto del Tratado, se han promulgado dos Reglamentos de la Unión Europea (con la eficacia propia de una ley federal), que se comportan como dos normas comunitarias rigurosamente complementarias. Estas dos normas son, de un lado, el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, que tiene un carácter sustantivo; y de otro lado, el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento anterior, que tiene un carácter adjetivo o procedimental.

> Por su carácter transversal, tiene una gran importancia la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Esta Directiva ha dado lugar a una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anulando aquellas disposiciones de seguridad social nacionales que resultan discriminatorias por razón de sexo, especialmente si se trata de discriminaciones indirectas en materia de

[26] Apartado 2. Textualmente, «*As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português*».

[27] Apartado 4. Textualmente, «*As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*».

[28] Cfr. artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea.

[29] Cfr. apartado 1. Véase Alberto Arufe Varela, «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*, núm. 36 (2023), págs. 151 y ss.; también, Jesús Martínez Girón, «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*, núm. 37 (2023), págs. 145 y ss.

[30] Cfr. apartado 3.

[31] Cfr. su apartado 4.

> seguridad social, por la vía procesal del planteamiento de cuestiones prejudiciales[32]. El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre las legislaciones nacionales de los Estados miembros, también en materia de Derecho de la Seguridad Social, aparece consagrado en la Declaración núm. 17 (rotulada «Declaración relativa a la primacía») anexa al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa en 2007.

Antes del ingreso de Portugal en las Comunidades Europeas (esto es, antes de 1 enero 1986), muy diversos países habían suscrito con Portugal convenios bilaterales de seguridad social, con la finalidad de proteger a sus respectivos emigrantes. Los convenios que Portugal tenía suscritos con otros Estados miembros de la Unión Europea (por ejemplo, con España, Francia o Alemania) han sido sustituidos por los preceptos del citado Reglamento (CE) núm. 883/2004, pues el artículo 8 de este último afirma que «en su ámbito de aplicación, el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados miembros»[33]. No se trata, sin embargo, de una derogación, dado que este mismo precepto también afirma que dichos convenios quedan subsistentes en la medida en que le resulten a los emigrantes más beneficiosos que los preceptos comunitarios (literalmente, «no obstante, continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios»)[34]. Ahora bien, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 no cubre las relaciones de seguridad social de Portugal con Estados que no sean Estados miembros de la Unión Europea. De ahí que los convenios bilaterales de seguridad social que Portugal tiene suscritos con Estados terceros (por ejemplo, con Cabo Verde, Angola o Mozambique, así como con Marruecos) sigan estando plenamente vigentes, en relación con sus emigrantes respectivos. En cambio, el caso de Brasil es distinto. En efecto, Brasil y Portugal tradicionalmente estuvieron vinculados por un convenio bilateral de seguridad social, aunque este último convenio ha sido reemplazado en 2011 por el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, con la salvedad ya conocida de que el convenio bilateral entre Portugal y Brasil queda subsistente en la medida en que contenga disposiciones más favorables que las del Convenio Multilateral para el beneficiario.

> Como se ha puesto de relieve doctrinalmente, «la propia Unión Europea … estipul[a] —en cuanto que sujeto de Derecho internacional— acuerdos de Seguridad Social con terceros países extraeuropeos (por ejemplo, Marruecos o Argelia), lo que plantea a veces delicados problemas de compatibilidad con los convenios bilaterales de Seguridad Social [de los Estados miembros]»[35].

El Consejo de Europa (cuyas únicas dos lenguas oficiales son el inglés y el francés) es una organización de ámbito regional europeo creada en 1949, a la que pueden pertenecer todos los Estados territorialmente europeos que tengan regímenes democráticos (forman parte de él, por ejemplo, Ucrania y Turquía, pero no Bielorrusia ni tampoco actualmente Rusia). Su instrumento normativo social más importante es la Carta Social Europea, cuya versión originaria entró en vigor en Portugal en 1991, y cuya versión revisada entró en vigor en Portugal en 2002. Desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social, la Carta Social Europea revisada tiene dos preceptos importantes. El

[32] Recientemente, por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 febrero 2022 (asunto C-389/20), relativa a la protección por desempleo de las empleadas de hogar. Sobre un supuesto aún más próximo, véase José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua, «Nuevos avances en materia de igualdad de trato y no discriminación en el Derecho social comunitario. El complemento de maternidad para hombres a examen tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023», *La Ley Unión Europea*, núm. 119 (2023).

[33] Cfr. apartado 1, inciso primero.

[34] *Ibidem*, inciso segundo.

[35] Véase Jesús Martínez Girón, Alberto Arufe Varela y Xosé Manuel Carril Vázquez, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pág. 365 y nota 21.

primero es su artículo 12 (rotulado «Derecho a la seguridad social»), que regula el pilar contributivo de la seguridad social. El segundo precepto es su artículo 13 (rotulado «Derecho a la asistencia social y médica»), que regula el pilar de solidaridad o de ciudadanía (literalmente, «velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada»)[36]. Desde el punto de vista del Derecho contemporáneo de Seguridad Social, resulta evidente que la Carta Social Europea revisada es más un instrumento normativo del siglo pasado que del corriente siglo XXI, en que nos encontramos. Lo prueba el hecho de que su artículo 12 considera como ideal de cobertura de la seguridad social un convenio plurilateral de seguridad social del año 1964 (literalmente, «mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social»)[37], asimismo ratificado por Portugal con fecha de efectos de 1985. Este Código Europeo de Seguridad Social, atribuible al propio Consejo de Europa, se limita a mencionar contingencias de seguridad social del siglo pasado, omitiendo referirse a la contingencia de seguridad social del siglo XXI, que es la contingencia de dependencia. Esta omisión no la suple el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada (rotulado «Derecho de las personas de edad avanzada a protección social»), pues se trata de un precepto vinculado más al llamado envejecimiento activo de la población, que al envejecimiento pasivo o «cuarta edad» de la población, lo que explica que se trate de un precepto extravagante respecto de la regulación que la Carta Social Europea realiza del Derecho de Seguridad Social.

> De todas formas, en interpretación y aplicación de dicho artículo 23, el Comité Europeo de Derechos Sociales (órgano de control del cumplimiento de la Carta por parte de los Estados miembros) ha acabado estableciendo una doctrina orientada a proteger a las personas dependientes, cuyos hitos esenciales son los tres siguientes: 1) «el derecho y políticas de vivienda deben tomar en consideración las necesidades especiales de este grupo [de mayores]», teniendo en cuenta que «las políticas deben ayudar a las personas mayores a permanecer en sus viviendas mientras sea posible a través de la previsión de protección/apoyos y ayudas para la adaptación de las viviendas»; 2) «los programas y servicios de cuidados de la salud específicamente dirigidos a los mayores deben existir conjuntamente con directrices sobre cuidados de la salud para personas mayores»; y 3) «debe existir una oferta suficiente de instalaciones institucionales para personas mayores (públicas y privadas)», teniendo en cuenta que «todas las instituciones deben estar autorizadas, sujetas a un régimen de declaración, a inspección o a cualquier otro mecanismo que asegure, en especial, que la calidad de los cuidados prestados es la adecuada»[38].

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es una organización internacional de ámbito mundial, creada en 1919 por la Parte XIII del Tratado de Versalles, que puso fin a la I Guerra Mundial y provocó la II, teniendo su sede actual en la ciudad de Ginebra (Suiza). Portugal pertenece a la OIT desde el año 1919. La OIT tiene tres tipos de instrumentos normativos, que son los Convenios, los Protocolos y las Recomendaciones, aunque sólo los Convenios tienen eficacia normativa vinculante, una vez que han sido ratificados por los Estados miembros. En materia de Derecho de la Seguridad Social, el Convenio de la OIT más importante es el Convenio núm. 102 de 1952, que establece supuestamente el ideal de cobertura de cualquier sistema nacional de seguridad social [por eso, se llama «Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)»]. Portugal ratificó este Convenio en

[36] Cfr. apartado 1.

[37] Cfr. apartado 2.

[38] Respecto de todo ello, véase Mário Silveiro de Barros, «La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de Derecho comparado, comunitario europeo e internacional», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12 (2017), págs. 217 y ss.

1994, tratándose de una ratificación total, pues prescindió de dejar de vincularse por aquellas partes del Convenio consideradas como de carácter opcional. Es un Convenio que considera que la protección por accidente de trabajo forma parte del Derecho de la Seguridad Social, a lo que no se ajusta del todo el ordenamiento jurídico portugués. En todo caso, se trata de un Convenio cuyo ideal de cobertura ha quedado anticuado con el paso del tiempo, pues no menciona por ningún lado la contingencia de seguridad social del siglo XXI, que es (recuérdese) la contingencia de dependencia. También en materia de Derecho de la Seguridad Social, otro Convenio importante es el Convenio núm. 157 de 1982, sobre la conservación de los derechos de los trabajadores migrantes en materia de seguridad social, donde se establecen los principios de conservación no sólo de los derechos adquiridos, sino también de los derechos en curso de adquisición. Ahora bien, este último Convenio de la OIT no ha sido ratificado todavía por Portugal.

> Portugal tampoco ha ratificado el Convenio núm. 48 de 1935, sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, aunque su contenido de Derecho de la Seguridad Social haya quedado desfasado con el transcurso del tiempo.

3. EL CONTEXTO NORMATIVO NACIONAL DE LA LEY PORTUGUESA DE BASES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A diferencia de lo que sucede en algunos países europeos muy comparativamente significativos (como, por ejemplo, Francia y Alemania), la legislación portuguesa de seguridad social no se encuentra codificada, al igual que sucede en otros países europeos también muy comparativamente significativos (como, por ejemplo, España e Italia)[39]. Este hecho provoca que exista en Portugal un cierto caos normativo en materia de Derecho de la Seguridad Social, contrastante con el cosmos normativo en materia de seguridad social existente en Francia y Alemania. Esta apariencia de caos normativo ha sido provocada por la necesidad de realizar el desarrollo legislativo previsto en la Ley de Bases generales de seguridad social. Son tantos y tantos diplomas legislativos (con el agravante, además, de que padecen continuas modificaciones) que resulta imprescindible proceder a clasificarlos. Lógicamente, este desarrollo legislativo debe clasificarse teniendo en cuenta los tres pilares estructurales sobre los que se encuentra construida la Ley de Bases generales. Así, cabe hablar de un desarrollo legislativo del pilar contributivo, pero teniendo en cuenta que este desarrollo legislativo tiene a la vez un carácter general, referido a la protección de los riesgos comunes o no profesionales de seguridad social, y un carácter especial, referido a la protección del accidente de trabajo en cuanto que riesgo profesional por antonomasia. Cabe hablar asimismo de un desarrollo legislativo del pilar de protección de la ciudadanía, con sus diplomas normativos correspondientes. Y por supuesto, de un desarrollo legislativo del pilar complementario, aunque al respecto de él los diplomas de desarrollo sean menos numerosos. Por descontado, todos estos desarrollos legislativos se refieren a aspectos sustantivos del Derecho de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que los aspectos adjetivos exigirán referirse a los diplomas legislativos que abordan el tratamiento del Derecho Administrativo sancionador de la Seguridad Social, al Derecho Administrativo de gestión de prestaciones de la Seguridad Social y al Derecho procesal de la Seguridad Social, cabiendo extraer la conclusión —a la vista de todos estos desarrollos legislativos de la Ley de Bases Generales— que en Portugal existe un Derecho de la Seguridad Social Administrativo, un Derecho de la Seguridad Social laboral y, por último, un Derecho de la Seguridad Social mixto.

[39] Al respecto, véase Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *Fundamentos de Derecho comparado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023), págs. 31 y ss.

> El Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*) se compone de trece Libros, habiendo sido progresivamente promulgados a partir del año 1975[40]. Por su parte, el Código francés de la Seguridad Social (*Code de la Sécurité Sociale*) fue promulgado en 1985, aunque se ha convertido en la actualidad en un Código de Derecho constante. El equivalente en España de nuestra Ley núm. 4/2007 es la Ley General española de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo núm. 8/2015. Al igual que sucede en todos los países europeos, también en Portugal cabe hablar de normas estructurales y normas coyunturales reguladoras de la Seguridad Social. Las más importantes de las normas coyunturales suelen aparecer contenidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de vigencia anual.

El Derecho sustantivo de seguridad social relativo a la protección de las contingencias provocadas por riesgos comunes, adoptado para desarrollar el pilar contributivo del sistema de seguridad social, está fundamentalmente contenido en seis normas legales, que pueden clasificarse en dos grandes apartados. El primer apartado se refiere a los aspectos instrumentales del pilar contributivo (esto es, todo lo relativo a la constitución de la relación jurídica de seguridad social, incluida la cotización, los cuales se encuentran regulados en la Ley núm. 110/2009, que aprueba el Código de los Regímenes Contributivos del Sistema Contributivo de Seguridad Social). El segundo apartado se refiere a los aspectos prestacionales del pilar contributivo, teniendo en cuenta que cada concreta prestación contributiva derivada de riesgos comunes tiene su propia norma reguladora. Estas normas reguladoras de concretas prestaciones contributivas derivadas de riesgos comunes son cinco. Todas ellas aparecen contenidas en su correspondiente Decreto-Ley, resultando ser por orden cronológico los siguientes: 1) el Decreto-Ley núm. 322/90, que regula la protección de las prestaciones vinculadas a la contingencia de muerte; 2) el Decreto-Ley núm. 28/2004, que regula las prestaciones vinculadas a la protección de la contingencia de enfermad común; 3) el Decreto-Ley núm. 220/2006, que regula las prestaciones vinculadas a la protección de la contingencia de desempleo; 4) el Decreto-Ley núm. 187/2007, que regula las prestaciones vinculadas a la protección de las contingencias de vejez e invalidez; 5) el Decreto-Ley núm. 91/2009, que regula las prestaciones vinculadas a la protección de la contingencia de parentalidad.

> Estas normas legales tienen, a su vez, su correspondiente desarrollo normativo reglamentario. Así, la Ley núm. 110/2009, que aprueba el Código Contributivo, ha sido desarrollada por el Decreto-Reglamentario núm. 1-A/2011. Por su parte, todos los Decretos-Leyes citados poseen asimismo su propio decreto reglamentario, salvo el de parentalidad, debiendo tenerse en cuenta que puede existir alguna norma legal complementaria de los mismos, como sucede con la Ley núm. 90/2009, relativa a la protección contributiva de la invalidez provocada por algunas enfermedades comunes muy específicas.

En materia de riesgos profesionales (así llamados, porque sólo pueden padecerlos los trabajadores), y especialmente en materia de accidente de trabajo, los artículos 52 y 107 de la Ley de Bases generales del sistema de seguridad social tienen un desarrollo legislativo específico, distinto del desarrollo legislativo referente a la protección de los riesgos comunes, a que antes acabamos de referirnos. Este desarrollo legislativo específico aparece mencionado en el artículo 284 (rotulado «Regulación de la prevención y reparación [*Regulamentação da prevenção e reparação*]») del Código

[40] Al respecto, véase Holger Brecht-Heitzmann, «Las fuentes normativas del Derecho alemán de la Seguridad Social» *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 18 (2019), págs. 199 y ss.; también, Holger Brecht-Heitzmann, «La nueva regulación del derecho de reparación extraordinaria de seguridad social en Alemania, a través de la promulgación del Libro XIV del Código de Seguridad Social», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIII (2021), págs. 45 y ss.

del Trabajo de 2009 (literalmente, «se regula en legislación específica»)[41], teniendo en cuenta que esta legislación se encuentra contenida en la Ley núm. 98/2009, que regula los aspectos instrumentales y prestacionales referentes al accidente de trabajo. Esta Ley es una norma muy extensa pues no solo regula los aspectos instrumentales y prestacionales relativos al accidente de trabajo, sino que también regula los aspectos instrumentales y prestacionales relativos a la enfermedad profesional, aunque hay que tener en cuenta —en relación con los aspectos instrumentales— que la regulación que efectúa es incompleta, pues hay que completarla con la regulación del aseguramiento obligatorio privado del accidente de trabajo que se encuentra contenida en el Código del Trabajo de 2009.

> La enfermedad profesional es un riesgo profesional atípico, no de todo asimilable en su régimen jurídico al accidente de trabajo, sino más bien a los riesgos comunes susceptibles de provocar contingencias de invalidez y muerte, debiendo tenerse en cuenta que la Ley núm. 98/2009 posee un desarrollo reglamentario especifico de las enfermedades profesionales, que se encuentra contenido en el Decreto Reglamentario núm. 6/2001, relativo a la lista de enfermedades profesionales.

Frente al pilar contributivo (orientado a proteger contingencias derivadas de riesgos comunes y profesionales, mediante el otorgamiento de prestaciones financiadas con cotizaciones sociales), el pilar de protección a la ciudadanía (definido en el artículo 26 de la Ley de Bases generales del sistema de seguridad social) otorga protección frente a los riesgos comunes mediante prestaciones financiadas por los presupuestos generales del Estado y, consecuentemente, mediante impuestos pagados por el conjunto de la ciudadanía. Dicho artículo 26 obliga a efectuar un desarrollo legislativo de la Ley de Bases generales del sistema de seguridad social en tres ámbitos distintos (legalmente llamados «subsistemas»), los cuales aparecen definidos en los artículos 29, 36 y 44. De estos tres preceptos, el más importante es el articulo 36 (regulador del «subsistema de solidaridad [*subsistema de solidariedade*]»), cuyo desarrollo legislativo ha sido efectuado, de un lado, por los tres Decretos-Leyes ya citados, reguladores del desempleo contributivo, de la vejez y de la invalidez contributivas, y de la parentalidad contributiva, dado que estas normas también contienen la protección por esas mismas contingencias, pero en lo referente a prestaciones financiadas por los presupuestos generales del Estado. Y del otro lado, mediante normas específicas, que son muchas, aunque quizá la más importante sea la Ley núm. 13/2003, pues esta norma regula lo que en Europa se conoce con el nombre de ingreso mínimo vital (llamado en Portugal «rendimiento social de inserción [*rendimento Social de Inserção*]»). Por su parte, el desarrollo legislativo del artículo 44 (relativo al «subsistema de protección familiar [*Subsistema de protecção familiar*]») tiene una importancia a calificar de intermedia, aunque en este concreto subsistema se encuadra la protección de la contingencia de dependencia, con la particularidad de que no todas las prestaciones asignadas a la contingencia de dependencia se encuadran en este segundo subsistema. En fin, el desarrollo legislativo del artículo 29 (relativo al «subsistema de acción social [*Subsistema de acção social*]», que tiene el carácter de subsistema de cierre, pensado para proteger situaciones de necesidad o de vulnerabilidad social, no protegidas por los otros dos subsistemas) aparece contenido en un conjunto de normas muy disperso. De entre estas últimas normas, quizá la más significativa sea el Decreto-Ley núm. 64/2004, porque contiene el régimen jurídico general de las instituciones privadas de solidaridad social susceptibles de ser ayudadas por recursos públicos.

> Lo más curioso de esta caótica regulación es el hecho de que la contingencia de la dependencia forma parte, en realidad, de los tres subsistemas de protección a la ciudadanía, pues aparece mencionada o regulada en el artículo 29 (dentro del subsistema de acción social), en los Decretos-Leyes núm. 133-B/97 y núm. 265/99 (dentro del

[41] Textualmente, «*é regulado em legislação específica*».

subsistema de protección familiar), así como en la Ley núm. 100/2019 (dentro del subsistema de solidaridad).

El tercer pilar sobre el que se apoya el sistema portugués de seguridad social es el pilar complementario, apareciendo genéricamente mencionado como tal en el artículo 23 de la Ley núm. 4/2007, que es un precepto desarrollado legislativamente en dos niveles distintos. El primer nivel de desarrollo de este tercer pilar aparece contenido en los artículos 81 a 86 de la propia Ley núm. 4/2007[42], que son preceptos que permiten definir los caracteres esenciales del pilar en cuestión, los cuales pueden reconducirse a los tres caracteres siguientes: 1) es un pilar complementario del pilar contributivo, pero no del pilar de protección de la ciudadanía; 2) las instituciones que conforman este tercer pilar tienen un carácter facultativo o voluntario, frente al carácter obligatorio que tiene el pilar contributivo; y 3) desde la perspectiva jurídica pública este tercer pilar forma parte de la política administrativa de fomento del Estado, frente a lo que ocurre con los pilares contributivo y de protección de la ciudadanía, los cuales forman parte de la política administrativa de servicio público del propio Estado. El segundo nivel de desarrollo legislativo está integrado por una multiplicidad de normas legales promulgadas al margen de la Ley núm. 4/2007, pero que complementan la regulación contenida en sus artículos 81 a 86.

> Este pilar complementario tiene la finalidad teórica de asegurar una protección social digna a la clase media, dado que la protección obligatoria otorgada por el pilar contributivo parece que tenderá a convertirse con el paso del tiempo en una protección social mínima, estando muy condicionada esta finalidad teórica por el Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea.

El Derecho de la Seguridad social es Derecho público imperativo, lo que explica que tenga que existir una política administrativa de policía del Estado orientada, de un lado, a averiguar la existencia de posibles infracciones administrativas en materia de Seguridad Social; y de otro lado, a castigar las infracciones administrativas de seguridad social averiguadas o constatadas, mediante la imposición de sanciones administrativas específicas. La Ley núm. 4/2007 contempla esta actuación administrativa de policía en su artículo 80 (rotulado «Incumplimiento de las obligaciones legales [*Incumprimento das obrigações legais*]»), aplicable al pilar contributivo (pero solo parcialmente), así como al pilar de protección de la ciudadanía, pero no al pilar complementario[43]. La parte del pilar contributivo no cubierta por dicho precepto se refiere a la protección por riesgos profesionales, lo que explica —respecto de esta segunda cara de la moneda del pilar contributivo— que el precepto equivalente del artículo 80 de Ley núm. 4/2007 sea el artículo 167 de la Ley núm. 98/2009, reguladora de las infracciones y sanciones administrativas en materia de accidente de trabajo y enfermedades

[42] Respectivamente relativos a «Composición [*Composição*]» (el artículo 81), «Caracterización [*Caracterização*]» (el artículo 82), «Naturaleza de los regímenes de iniciativa colectiva [*Natureza dos regimes de iniciativa colectiva*]» (el artículo 83), «Naturaleza de los regímenes de iniciativa individual [*Natureza dos regimes de iniciativa individual*]» (el artículo 84), «Administración [*Administração*]» (el artículo 85) y a «Reglamentación, supervisión y garantía de los regímenes complementarios [*Regulamentação, supervisão e garantia dos regimes complementares*]» (el artículo 86).

[43] Literalmente, «la falta de cumplimiento de las obligaciones legales relativas, señaladamente, a la inscripción en el sistema, al encuadramiento en los regímenes y al cumplimiento de las obligaciones contributivas, así como a la adopción de los procedimientos, por acción o por omisión, tendentes a la obtención indebida de prestaciones, constituyen infracciones administrativas o ilícitos penales, en los términos definidos por ley». Textualmente, «*A falta de cumprimento das obrigações legais relativas, designadamente, à inscrição no sistema, ao enquadramento nos regimes e ao cumprimento das obrigações contributivas, bem como a adopção de procedimentos, por acção ou omissão, tendentes à obtenção indevida de prestações, consubstanciam contra-ordenações ou ilícitos criminais, nos termos definidos por lei*».

profesionales[44]. Lógicamente, estos dos preceptos han sido desarrollados, a su vez, por otras normas legales. Entre estas últimas normas, resulta especialmente destacable la Ley núm. 107/2009, sobre el régimen jurídico del procedimiento aplicable a las infracciones administrativas en materia de seguridad social, ya se trate de infracciones cubiertas por el artículo 80 de la Ley núm. 4/2007, ya se trate de infracciones administrativas cubiertas por el artículo 167 de la Ley núm. 98/2009, lo que indudablemente otorga una misión de unidad al Derecho Administrativo sancionador en materia de seguridad social.

> La exclusión del pilar complementario en el artículo 80 de la Ley núm. 4/2007 es consecuencia de una interpretación sistemática, pues este precepto forma parte de un Capítulo rotulado «Disposiciones comunes a los subsistemas de solidaridad y protección familiar y al sistema contributivo [*Disposições comuns aos subsistemas de solidariedade e protecção familiar e ao sistema previdencial*]». Lógicamente, el pilar complementario también es objeto de la acción administrativa de policía por parte del Estado. Las infracciones y sanciones administrativas relativas al pilar de protección de la ciudadanía cuentan con una regulación obsoleta que aparece contenida en el viejo Decreto-Ley núm. 64/89.

Lógicamente, la medula del Derecho de la Seguridad Social son las prestaciones que otorga a los beneficiarios, lo que explica que para exigir estos derechos subjetivos a las prestaciones tenga de existir un Derecho procedimental de la Seguridad Social, específicamente relativo a obtener una resolución sobre las prestaciones, susceptible de ser impugnada judicialmente, en caso de tratarse de una resolución denegatoria de las mismas. En lo relativo al pilar contributivo (con exclusión de las prestaciones por accidente de trabajo, pero no de las prestaciones por enfermedad profesional), al pilar de la protección de la ciudadanía y al pilar complementario (pero esto último sólo en parte), el precepto decisivo sobre el tema en la Ley núm. 4/2007 es su artículo 76 (rotulado «Reclamaciones y quejas [*Reclamações e queixas*]»)[45]. En lo relativo a las prestaciones por accidente de trabajo del pilar contributivo, los preceptos equivalentes de dicho artículo 76 constituyen el contenido de la Sección IX (rotulada «Comunicación de accidente de trabajo [*Participação de acidente de trabalho*]») del Capítulo II (rotulado «Accidentes de trabajo [*Acidentes de trabalho*]») de la Ley núm. 98/2009.

> Las normas de desarrollo del artículo 76 de la Ley de Bases generales aparecen contenidas en el Código del Procedimiento Administrativo (aprobado por el Decreto-Ley núm. 4/2015), mientras que las normas de desarrollo de ese mismo artículo 76, pero ahora en materia de gestión de prestaciones por enfermedad profesional, aparecen contenidas en la Sección VIII (rotulada «Administración [*Administração*]») del Capítulo III de la Ley núm. 98/2009.

El Derecho procedimental de la Seguridad Social, tanto relativo a infracciones administrativas como a la gestión de prestaciones, constituye el presupuesto del Derecho procesal de la Seguridad Social, respecto de lo cual también cabe hablar de un desarrollo legislativo de la Ley de Bases

[44] A cuyo tenor, «el régimen general previsto en los artículos 548 a 565 del Código del Trabajo se aplica a las infracciones derivadas de la violación de los artículos previstos en la presente ley». Textualmente, «*O regime geral previsto nos artigos 548.º a 565.º do Código do Trabalho aplica-se às infracções decorrentes da violação dos artigos previstos na presente lei*».

[45] Literalmente, «los interesados en la concesión de prestaciones del sistema pueden presentar reclamaciones o quejas siempre que se consideren lesionados en sus derechos» (apartado 1), teniendo en cuenta que «las reclamaciones o quejas se dirigen a las instituciones competentes para conceder las prestaciones, sin perjuicio de las garantías contenciosas reconocidas por ley» (apartado 2). Textualmente, «*Os interessados na concessão de prestações do sistema podem apresentar reclamações ou queixas sempre que se considerem lesados nos seus direitos*»; «*As reclamações ou queixas são dirigidas às instituições a quem compete conceder as prestações, sem prejuízo das garantias contenciosas reconhecidas por lei*».

generales. En materia procesal, el precepto clave en la Ley de Bases generales es su artículo 77 (rotulado «Garantías contenciosas [*Garantias contenciosas*]»), que atribuye con carácter general la competencia para conocer de la impugnación judicial de las resoluciones, tanto relativas a infracciones administrativas como a la gestión de prestaciones, a los tribunales administrativos, pues este precepto remite a los «términos del Código del Proceso en los Tribunales Administrativos»[46]. Este artículo 77 no se aplica, sin embargo, a la activación de procesos judiciales en materia de accidentes de trabajo, pues en este otro caso la regla general es la de que la competencia para conocer, tanto de la impugnación de infracciones administrativas como de los procesos sobre gestión de prestaciones, se atribuya a los Tribunales laborales, a los que genéricamente e implícitamente se refiere la citada sección IX del Capítulo II de la Ley núm. 98/2009, cuyos preceptos se refieren en múltiples ocasiones al «Tribunal competente», aplicándose estos preceptos también a las enfermedades profesionales[47].

> Esta dualidad jurisdiccional provoca que, respecto de una misma contingencia (por ejemplo, incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte) pueda haber tanto jurisprudencia administrativa como jurisprudencia laboral, eventualmente contradictorias entre ellas.

El desarrollo legislativo de la Ley núm. 4/2007 provoca a consecuencia de que en Portugal pueda hablarse de la existencia de un Derecho de la Seguridad Social Administrativo, de un Derecho de la Seguridad Social Laboral, así como de un Derecho de la Seguridad Social mixto. El Derecho de la Seguridad Social Administrativo está constituido por el conjunto de normas sustantivas y adjetivas de Seguridad Social, cuyo cumplimiento controlan los Tribunales Administrativos, refiriéndose el Derecho de la Seguridad Social Laboral a las normas sustantivas y adjetivas reguladoras del accidente de trabajo, cuyo cumplimiento controlan los Tribunales Laborales, debiendo tenerse en cuenta que las normas reguladoras de las enfermedades profesionales permiten hablar, a su vez, de un Derecho de la Seguridad Social mixto, dado que en este último la gestión de las prestaciones se ajusta a lo dispuesto en el Derecho de la Seguridad Social Administrativo, aunque el contencioso relativo a las enfermedades profesionales es contencioso judicial laboral. Ahora bien, todo ello es verdadero Derecho de la Seguridad Social, pues tanto las prestaciones y contingencias por riesgos comunes como las prestaciones y contingencias por accidente de trabajo y enfermedades profesionales aparecen incluidas dentro del sistema portugués de Seguridad Social por el artículo 52 de la Ley núm. 4/2007 de Bases Generales del Sistema de Seguridad Social (bajo el rótulo genérico «Ámbito material [*Âmbito material*]»).

> Esta conceptuación doctrinal es la que permite afirmar que el Derecho portugués de la Seguridad Social no infringe el Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea, pues —como pusimos de relieve en su momento— este último incluye no solo la protección por contingencias derivadas de riesgos comunes (vejez, parentalidad, dependencia, etc.), sino también por contingencias derivadas de riesgos profesionales (esto es, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).

[46] Literalmente, «las acciones y omisiones de la Administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa en los términos del Código de Proceso en los Tribunales Administrativos». Textualmente, «*As acções e omissões da administração no âmbito do sistema de segurança social são susceptíveis de reacção contenciosa nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*».

[47] Dicha referencia genérica, por ejemplo, cabe encontrarla en el artículo 90 (rotulado «Aseguradora [*Seguradora*]»), teniendo en cuenta que «tribunal competente» no es aquí el Tribunal Administrativo, sino el Tribunal de Trabajo. Literalmente, «la aseguradora también comunica *al tribunal competente*, por escrito, en el plazo de ocho días a contar desde su comprobación, todos los casos de incapacidad temporal que, consecutiva o cumulativamente, sobrepasen los doce meses». Textualmente, «*A seguradora participa ainda* ao tribunal competente*, por escrito, no prazo de oito dias a contar da sua verificação, todos os casos de incapacidade temporária que, consecutiva ou conjuntamente, ultrapassem 12 meses*».

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alberto Arufe Varela, «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*, núm. 36 (2023).

Holger Brecht-Heitzmann, «Las fuentes normativas del Derecho alemán de la Seguridad Social» *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 18 (2019).

Holger Brecht-Heitzmann, «La nueva regulación del derecho de reparación extraordinaria de seguridad social en Alemania, a través de la promulgación del Libro XIV del Código de Seguridad Social», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIII (2021).

Nazareth Costa Cabral, «A nova lei de bases do sistema de solidariedade e segurança social», *Separata de Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora (Coimbra, 2001).

João Carlos Loureiro, *Direito da Segurança Social: Entre a necessidade e o risco*, Coimbra Editora (Coimbra, 2014).

Jesús Martínez Girón, «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*, núm. 37 (2023).

Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *Fundamentos de Derecho comparado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023).

Jesús Martínez Girón, Alberto Arufe Varela y Xosé Manuel Carril Vázquez, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua, «Nuevos avances en materia de igualdad de trato y no discriminación en el Derecho social comunitario. El complemento de maternidad para hombres a examen tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023», *La Ley Unión Europea*, núm. 119 (2023).

Mário Silveiro de Barros, «La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de Derecho comparado, comunitario europeo e internacional», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12 (2017).

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Employment of people with disabilities: European experience and ways of improvement in Ukraine

Empleo de personas con discapacidad: experiencia europea y formas de mejora en Ucrania

Oleg M. Yaroshenko — *Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, 61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine*

Halia I. Chanysheva — *Department of Labor Law and Social Security Law, National University "Odesa Law Academy", 65009, 23 Fontanska Str., Odesa, Ukraine*

Nataliia O. Melnychuk — *Department of Labor Law and Social Security Law, Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv, 01601, 60 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine*

Kostiantyn Yu. Melnyk — *Department of Labor and Economic Law, Kharkiv National University of Internal Affairs, 61080, L. Landau avenue, 27, Kharkiv, Ukraine*

Yuliia Yu. Ivchuk — *Department of Law Science, Volodymyr Dahl East Ukrainian National University, 93400, 59a Tsentralny prosp., Severodonetsk, Ukraine*

Cita Sugerida: YAROSHENKO, O.M.; CHANYSHEVA, H.I.; MELNYCHUK, N.O.; MELNYK, K.Y. y IVCHUK, Y.Y.: «Employment of people with disabilities: European experience and ways of improvement in Ukraine». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 237-254.

Abstract

According to the norms of modern international human rights law, the concept of equality of all people in the exercise of their natural rights is approved. Ensuring the rights of persons with disability directly indicates the country development level. The purpose of this scientific article is to determine the theoretical and legal norms that directly derive from the legislative acts of national and international law on the protection of labor rights of persons with disabilities. In addition, the analysis of legal approaches of the EU and Member States to the employment of persons with disabilities is also the purpose of this article. The author analyzes Ukrainian legislation in this area and identifies legal and practical shortcomings, providing his own recommendations for their improvement. Moreover, the article analyzes European approaches to solving the relevant issue; substantiates the opinion that the approaches of other European countries are more advanced than Ukrainian ones.

Keywords

Rights protection; persons with disabilities; labor rights of the disabled; human rights; employment of people with disabilities.

Resumen

De conformidad con las normas internacionales modernas de derechos humanos, se aprueba el concepto de igualdad de todas las personas en el ejercicio de sus derechos naturales. La garantía de los derechos de las personas con discapacidad indica directamente el nivel de desarrollo del país. El propósito de este artículo científico es determinar las normas teóricas y jurídicas que se derivan directamente de los actos legislativos del derecho nacional e internacional sobre la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad. Además, el análisis de los planteamientos jurídicos de la UE y de los Estados miembros sobre el empleo de las personas con discapacidad es también el objetivo de este artículo. El autor analiza la legislación ucraniana en esta esfera e identifica deficiencias jurídicas y prácticas, y formula sus propias recomendaciones para mejorarlas. Además, el artículo analiza los enfoques europeos para resolver el problema relevante; corrobora la opinión de que los enfoques de otros países europeos son más avanzados que los ucranianos.

Palabras clave

Protección de los derechos; personas con discapacidad; Derechos laborales de los discapacitados; Derechos Humanos; empleo de personas con discapacidad.

1. INTRODUCTION

Over the past decade, the social policy of many European countries towards persons with disabilities has undergone significant changes. The attitude towards this social group of people as

Fecha Recepción: 21/6/2023 - Fecha Revisión: 12/7/2023 - Fecha Aceptación: 20/7/2023
Pags. 237-254

patients who need only to be taken care of and who cannot join active social life has changed to the attitude towards them as full members of society with equal rights with other citizens of the country (Anns et al., 2012). Most states, in accordance with international law and ratified international instruments, have obligations to support persons with disabilities. Moreover, they have an obligation to ensure that such persons have every opportunity to exercise their rights in the workplace on an equal basis with all other citizens. Despite the fact that the approaches of international law to persons with disabilities have changed in a more progressive direction, the issue of their protection does not lose its relevance. Thus, duty of the state and society is to ensure adequate social protection and support, social integration, creation of equal opportunities for self-realization, full life, education and employment, involvement of persons with disabilities in spiritual, cultural and sports life (Kuliieva, 2014).

Since ensuring human rights and freedoms is the main task not only of the state, but also of the international community and international human rights organizations, it is worth noting that today the issues of determining, ensuring and implementing the international legal mechanism for the protection of the rights of people with disabilities in the aspect of their right to work are relevant. A person, his or her rights, freedoms and interests determine the direction of international and national policy, as well as form the functionality of international organizations and supranational structures to ensure and protect human rights and freedoms.

In all EU member states, the level of economic activity of people with disabilities is different. But, despite this, the problems of disabled people are not ignored. Although in Europe most services to assist people with disabilities in finding a job are provided through the State Employment Services. Non-governmental organizations also provide significant support to them. The relevant issue is also relevant for Ukraine. According to the State Statistics Service of Ukraine, as of January 1, 2021, there are 2 million 703 thousand people with disabilities in Ukraine. As noted in the press service of the Verkhovna Rada of Ukraine, a significant part of the provisions of the current legislation on socio-economic policy to ensure the rights of persons with disabilities is outdated and does not meet the needs of today and is not consistent with generally accepted international norms and standards. The legal framework, although containing many positive steps towards addressing the numerous problems of persons with disabilities, is mostly declarative, lacking material resources and proper implementation mechanisms (Press Service of the Verkhovna Rada of Ukraine, 2021).

In our opinion, the above requires appropriate scientific comprehension and analysis of the norms of the main international documents that are sources of international human rights law in order to identify areas for improving the mechanism of involving persons with disabilities in employment (Kuznetsova, 2020). The development of a democratic society in Ukraine requires new strategies and approaches to the formation of social policy for people with special needs. It should take into account existing trends in international policy, global innovative approaches to addressing disability issues, and best practices of European countries.

According to I. Yefremova, Ukraine, having chosen the path of joining the European community, recognized the need to develop international cooperation. Such cooperation is manifested not only in the development of relations with the EU countries but also with countries around the world, given the recent processes that are taking place in the direction of unification of the application of the principles of law, the principles of human rights and the mechanism of protection of rights in case of their violation. Taking into account the requirements of the development of modern law, Ukraine is actively implementing reforms to comply with the terms of the Association Agreement with the EU on the European integration of national legislation in the field of economy, politics and culture

(Yefremova, 2019). Thus, the study of the peculiarities of employment of people with disabilities is important both at the international level and in the context of improving national legislation.

2. MATERIALS AND METHODS

In the research, the author applied a system of general scientific, philosophical and special methods, the use of which ensures the reliability of the results obtained and the achievement of the objectives of the article. The main method used in the article is the formal-legal method. This made it possible to trace the relationship between the internal content and external expression (form) of state-legal phenomena. Its application allowed to analyze the legal framework used in the scientific research. It was applied in the analysis of international legal acts of universal level, EU law, national legislation of European countries, including Ukraine. The special importance of the formal legal method was manifested in the analysis of Ukrainian legal acts that have not yet been adopted but are under consideration by the legislative body. These are the Labour Code and the Draft Law on Amendments to Certain Laws of Ukraine on Creating Favourable Conditions for the Employment of Persons with Disabilities. The author substantiates the expediency of adopting these acts. In addition, the application of this method is manifested in the study of who is considered to be a person with disabilities under various legal acts.

The comparative method is also applied by the author in the article. It manifested itself through the comparison of different legal approaches to the legal regulation of labor rights of persons with disabilities. The application of this method made it possible to compare the opportunities provided to persons with disabilities in Ukraine and other countries in employment. In addition, the legislation of Ukraine and acts of international law, as well as EU member states are compared. Based on the analysis, the author proposes legislative and practical changes that should be made in Ukraine in order to expand opportunities for the employment of persons with disabilities and create appropriate conditions for them. These views of the author are reflected in the conclusions of the article.

Along with the comparative method, the statistical method was actively used in the analysis of the percentage of disabled people in employment. It is a set of techniques and tools used to collect, process, and analyze information. The author applied this method when considering the general data on the number of persons with disabilities in Ukraine, as well as in the study of their employment. Also, the statistical method was applied when considering comparative data on the ratio of involvement of disabled and non-disabled persons in the labor market in the EU. The author also used the statistical method when considering the share of employed persons with disabilities in labor relations in different countries.

The author also applied the historical method when considering the transformation of the world community's attitude to the problems of persons with disabilities: from the assertion of the need to care for them to the realization of them as full participants in relations, persons in need of socialization and development, as well as the realization of their natural rights. Also, in the process of research, the author applied the methods of scientific cognition, which were used to study the peculiarities of the labor legislation of individual countries in the context of involving persons with disabilities in labor relations and its formation as an appropriate legal institution, which is subject to changes and transformations over time. The results of scientific and cognitive activities using the above method provided the need to clarify the ways to improve the relevant legislation in the countries under study.

The method of analysis and synthesis made it possible to study theoretical information, international legal acts, national legislation of Ukraine and on their basis to identify the problems existing in the research area and ways to solve them. In particular, through the use of this method,

the author identified existing problems in the employment of persons with disabilities and ways to overcome them. The system-structural method provided an opportunity to consider the labor legislation of Ukraine and the EU Member States as a single system of legal norms, the content of which is determined by the need to regulate labor relations. The application of the system-structural method made it possible to generalize and systematize dissipated information on the legal and doctrinal definition of disability in European countries, as well as to structure approaches to the involvement of persons with disabilities in the workplace in different countries.

3. RESULTS

3.1. International Legal Mechanism for the Protection of the Right to Work of People with Disabilities

The formation of an international legal mechanism for the protection of the rights of people with disabilities has specific tasks: to identify and assess the needs of people with disabilities; to ensure an appropriate response to specific needs and to ensure the availability of protection and assistance programs for people with disabilities on an equal basis with other stakeholders at both international and national levels; to create conditions in which people with disabilities are not discriminated against and participate in decisions that affect them; to ensure non-discrimination of such persons, taking into account gender, age, religious affiliation, etc.

In the XX century, the development of labour rights took place in two main directions. Firstly, until the middle of the XX century the role of the state in ensuring the labour rights of workers was growing, there was an expansion of labour rights and an increase in the level of their legal guarantees. Since the second half of the XX century the role of the state in the regulation of labour rights has changed, it has become a social partner of representatives of workers and employers. Secondly, the XX century was marked by the formation of international standards of labour rights contained in the acts of the UN, ILO, and regional organizations (Krasnov, 2008; Tomashevski & Yaroshenko, 2020).

Would like to emphasize that the rights of people with disabilities have become the object of attention of the UN and some other international organizations for a long time. The main normative legal act at the world level remains the Universal Declaration of Human Rights, which was adopted in 1948. Thus, Article 1 proclaims: “All human beings are born free and equal in dignity and rights. In addition, Article 2 states that everyone is entitled to all rights and freedoms <...> without distinction of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status” (General Assembly of United Nations, 1948). Thus, the Declaration established the basic, inalienable rights of persons with disabilities, including in the field of work. It is noteworthy that on November 20, 1959, the Declaration on Social Progress and Development was adopted, where Article XI proclaimed the principle of protecting the rights and ensuring the welfare of children, the elderly and the disabled; ensuring the protection of people suffering from physical and mental disabilities (Office of the high commissioner of United Nations, 1969).

On December 16, 1966, the UN General Assembly at its XXI session adopted the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Office of the high commissioner of United Nations, 1966). These legal documents are multilateral international treaties, which for the first time (a) formulate a broad set of norms for the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms based on the provisions of the Universal Declaration of Human Rights, and (b) set forth specific international legal obligations of the States Parties to observe and implement these legal provisions (Sylenko, 2016). In 1980, an event took place that we consider important in the context of our research topic, namely: The World

Health Organization (WHO) adopted the International Classification of Functioning, Disability and Health. According to this document, disability is any limitation or absence (as a result of a defect) of the ability to perform a certain work within the limits that are considered normal for a person, and it is also stated that the concept of disability contains a combined significant number of defects and limitations that occur in the population (World Health Organization, 1980).

We cannot ignore two special international legal acts, the provisions of which are aimed at protecting persons with disabilities. The first one is the Convention on the rights of persons with disabilities, 2006. In accordance with the provisions of Article 1 of the Convention, persons with disabilities are persons who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments. The presence of these impairments in combination with existing obstacles creates a barrier to the full and effective participation of these persons in society on an equal basis with other participants. That is, it can be stated that one of the defining features used by the legislator in the formation of the relevant concept is time (it is the long-term impairment that is the identifier of whether a person can be considered a person with disabilities). Given the subject of the article, it is worth noting Article 27 of the Convention, which regulates the right to work and employment for persons with disabilities. According to it, Member States are obliged to treat persons with disabilities equally and not to discriminate against them on this basis. Such persons have the right to earn their living on an equal basis with others through work freely chosen by them. States should ensure an inclusive work environment and open labour market for persons with disabilities and encourage such persons to exercise the right to work (Department of Economic and Social Affairs of United Nations, 2006). It should be noted that as of today the Convention on the Rights of Persons with Disabilities has been ratified by 185 states, which indicates its high importance in the context of human rights protection. Ukraine also ratified the Convention in 2010 in accordance with the Law of Ukraine "On Ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Optional Protocol thereto" (Law of Ukraine No. 1767-VI, 2010).

Therefore, the Convention actually laid the foundation for the development of state mechanisms to protect the rights of persons with disabilities. Its adoption at the universal level is a kind of catalyst for how the attitude towards persons with disabilities has changed globally and their affirmation as full members of society with the need to exercise their rights and obligations on an equal basis with everyone else, including employment. In fact, this Convention is the first international legal document that prohibited any discrimination on the basis of disability and proclaimed the guarantee of equal and effective legal protection of persons with disabilities against discrimination.

Important achievements in the protection of labour rights of workers are the activities of the International Labour Organization (hereinafter – ILO). It has paid considerable attention to the protection of the rights of workers with disabilities by adopting a number of important documents, including ILO Convention No. 37 concerning Compulsory Disability Insurance for Industrial and Commercial Workers, Freelancers, Homeworkers and Domestic Servants, 1933; ILO Convention No. 38 concerning compulsory insurance against disability of workers in agriculture, 1933; ILO Convention No. 88 concerning the Organization of the Employment Service, 1948; ILO Convention No. 142 concerning Vocational Guidance and Vocational Training in the Field of Human Resources Development, 1975; ILO Convention No. 168 concerning the Promotion of Employment and Protection against Unemployment, 1988; ILO Convention No. 181 concerning Private Employment Agencies, 1997 etc. That is, such a number of different conventions, in one way or another aimed at protecting the labour rights of persons with special needs testifies to the extreme importance of their protection as vulnerable categories of the population and the need to respect the human rights of such persons without any discrimination (International Labour Organization, 1933a; 1933b; 1948; 1975; 1988; 1997).

However, the author of the article proposes to pay special attention to two ILO Conventions: Convention No. 111 concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, where Article 3 enshrines the obligation of States to pursue a national policy aimed at promoting, by methods consistent with national conditions and practices, the same opportunities and attitude in the field of employment to eliminate any possible discrimination (International Labour Organization, 1958). Currently, this Convention has been ratified by 175 states, including Ukraine (since 1961).

The next ILO Convention worthy of attention in the context of the topic of the article is ILO Convention No. 159 on Vocational Rehabilitation and Employment of Disabled Persons, 1983. Its provisions are already directly aimed at protecting the labour rights and rehabilitation of such persons. It is important to note that in the understanding of this Convention, the term "disabled person" means a person whose ability to obtain, retain suitable employment and advance in employment is substantially impaired by a duly recognized physical or mental impairment. First of all, the Convention imposes obligations on the parties to develop, implement and review national policies on vocational rehabilitation and employment of such persons. It is also worth noting the provisions of Article 4, which states that such policies on the employment of disabled persons should be based on the principles of equal opportunities and gender non-discrimination (International Labour Organization, 1983).

Thus, the ILO paid considerable attention to the issue of employment of persons with disabilities, adopting both general legal acts on this issue and a special convention. Among the main trends in the development of labour rights at the beginning of the XXI century Ye. Krasnov singles out the following: labour rights are characterized by the unity of private and public principles; labour rights are inherent, inalienable human rights, based on the principles of freedom and equality. In this sense, labour rights should be considered as natural rights. On the other hand, the scope and content of labour rights are determined by the state, and ensuring labour rights is the duty of the state. In the context of globalization, the importance of international standards of labour rights proclaimed in the acts of the UN, ILO, and regional organizations is increasing (Krasnov, 2008; Yaroshenko et al., 2021).

3.2. European Experience of Employment of Persons with Disabilities

According to statistics, 50.6% of people with disabilities are employed in the EU. For comparison: 74.8% of persons without disabilities are employed. The unemployment rate for persons with disabilities (20-64 years) is 17.1%. In turn, among persons without disabilities is 10.2%. (Lecerf, 2020). The rights of persons with disabilities have been enshrined in EU treaties since 1997. According to Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in the definition and implementation of its policies and activities, the Union shall aim at combating discrimination on grounds of sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation (European Parliament, Council of the European Union & European Commission, 2012). Moreover, according to Art. 26 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000, all persons with disabilities, regardless of the nature of their problems and other features, have the right to receive additional guarantees from the state for their integration into normal working life. In particular, such measures include the creation of conditions for mobility, vocational training and accessibility for persons with disabilities. Entering into force in 2009, the Lisbon Treaty gave the Charter the same legal force as treaties (European Parliament, Council of the European Union & European Commission, 2000).

In 2021, the EU adopted a ten-year Strategy for the rights of persons with disabilities 2021-2030. The document builds on the results of the previous European Disability Strategy 2010-2020,

which paved the way for a barrier-free Europe and the empowerment of people with disabilities so that they can enjoy their rights and participate fully in society and the economy (Bouronikos, 2021). The Strategy envisaged a number of implementations to provide persons with disabilities with normal employment conditions, in particular: adaptation of workplaces to special needs; non-discrimination in employment; financial incentives; job search mechanisms for persons with disabilities; accessibility etc. (European Commission, 2010). Despite the progress made over the past decade, persons with disabilities still face significant barriers and are at higher risk of poverty and social exclusion. With this in mind, the EU has adopted an updated Strategy (Zwan & Beer, 2021). The purpose of the document is to ensure for all persons with disabilities in Europe the observance of their rights regardless of race, religion, etc. In addition, they had equal opportunities to participate in public life; independently choose their place of residence; were provided with the right to free movement; are not discriminated against; and are not subject to discrimination (European Commission, 2021).

Notwithstanding the existence of EU law on the protection of human rights, each Member State has its own legal regulation of the relevant issue. In most EU Member States, there are quotas for the employment of persons with disabilities in enterprises. In addition, there are regulated requirements for the adaptation of workplaces for the work of such persons, the installation of special machines and special requirements for the dismissal of such persons (Prokopchuk, 2009). In all EU Member States, the level of economic activity of people with disabilities is different. But, despite this, the problems of disabled people are not ignored. Although in Europe the majority of services to help people with disabilities to find a job are provided through the State Employment Services, NGOs also provide significant support (Drobotun, 2017).

Let us consider the peculiarities of employment of persons with disabilities in the example of the EU Member States bordering Ukraine. Let us take Poland as an example for analysis. This state began to take care of the rights of citizens with disabilities long before joining the EU. Back in 1997, the Act on the Vocational and Social Rehabilitation and Employment of Persons with Disabilities was signed. Among other things, the law established a quota system for the employment of people with disabilities in private and public sector companies with more than 25 employees. At least 6% of the staff of such companies must be people with disabilities (Law of Poland No. 123-776, 1997). The country has laws prohibiting direct or indirect discrimination against persons with disabilities, starting from the stage of recruitment and employment and ending with the dismissal procedure. People with disabilities who have faced discrimination against them have the opportunity to claim compensation for non-pecuniary damage and lost economic benefits. Before starting work, the employee undergoes a mandatory medical examination and receives consent to work from a doctor, according to all conditions of employment. It is worth remembering that a person with a disability cannot hide the fact of disability before the doctor, who determines possible contraindications to employment.

The employee should inform the employer about the degree of disability only if he/she wishes to exercise additional rights, depending on the degree of disability. In recent years, a number of improvements have been made to the legislation governing the rights of persons with disabilities. For example, amendments to the Polish Labour Code (International Labour Organization, 1974) and the Act on the Promotion of Employment, 2004 were aimed at combating labour discrimination and access to specialized education for disabled people (International Labour Organization, 2004). The amendments made to the Employment Promotion Act and the Rehabilitation Act allow people with disabilities who are registered as jobseekers with district employment offices to benefit from certain labour market instruments and programs that were previously reserved only for people with disabilities registered as unemployed. This was an important change, as previous rules restricted access to labour market programs and instruments for people with disabilities who were entitled to a disability pension or social pension, as they could not be registered as unemployed (Wapiennik, 2007).

It is worth noting that the Polish government also takes a number of practical measures to integrate persons with disabilities into the workforce. In 2004, the municipality of Warsaw organized the collection and removal of garbage from residential buildings within the project of the environmental organization ECON. People with disabilities were engaged in the collection. In total, almost 400 people with disabilities were employed. Thus, the city was able to integrate people with disabilities into the work process and improve the ecology of the city. In March 2017, the Polish State Fund for Rehabilitation of Persons with Disabilities launched three programs for the employment of people with disabilities. These programs are called Graduate, Work - Integration and Stable Employment. The first program is designed for people with higher education. The second aims to help people with disabilities find their own place in the labour market. The last program will enable such people to work in public administration. With the help of these three programs, it is planned to employ at least 5000 people. We believe that similar initiatives involving people with disabilities in certain paid work could be adopted by other countries, including Ukraine.

Taking into account the situation in Ukraine as a result of the Russian invasion, it is also important to pay attention to the recognition in Poland of Ukrainian disability certificates issued to persons from Ukraine who have been granted temporary asylum in Poland. Refugees who wish to exercise the rights of disabled persons must obtain a Polish certificate confirming such status. To do this, you will need a certificate issued by the district group for making a decision on disability (pol. powiatowy zespół ds. orzekania o niepełnosprawności). Local authorities have asked the government to introduce rules that would recognize Ukrainian documents, but the government has no such plans. Due to the lack of special solutions for refugees, disability assessment is carried out on the same principles and according to the same procedure as for Polish citizens. They have to apply to the district disability assessment team for a disability certificate (for children aged 0-16 years) or a certificate of mild, moderate or severe disability (for persons aged 16 years and older). That is, such rights are not automatically granted, but must be additionally confirmed.

3.3. Employment of People with Disabilities in Ukraine: Legal Regulation, Current Status and Ways of Improvement

Ukraine has long proved its European aspirations by choosing the European vector of development of society, which determines the direction of state policy to bring the standard of living of Ukrainian citizens closer to European standards, the introduction of European values in all spheres of state and society. As noted earlier in the article, Ukraine has undertaken a number of international obligations to respect the rights of persons with disabilities. According to Article 9 of the Constitution of Ukraine, 1996, the international treaties in force, which have been ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of the national legislation of Ukraine (Law of Ukraine No. 254k/96-VR, 1996). Thus, ratified acts of international law are part of Ukrainian law. In accordance with the commitments undertaken by Ukraine, in the field of state policy, one of the strategic goals is to ensure an environment of equal opportunities and inclusion in public life for persons with disabilities. In addition, the goal is a new understanding of the need not just to provide social assistance for the disabled, but to create appropriate support for their social activity.

By ratifying the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Ukraine assumed legal obligations to implement this Convention, and NGOs continued their work aimed at monitoring Ukraine's compliance with its obligations to ensure the realization of the rights of persons with disabilities in accordance with the standards of the Convention. In 2010, the National Assembly of Disabled Persons of Ukraine initiated the creation of the Expert Council of NGOs to prepare an alternative report to the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities. It included organizations that work in the field of protection of the rights of people with disabilities, are aware of

the relevant issues and wanted to unite their efforts in a common cause - the protection of the rights of people with disabilities.

Pursuant to the requirements of the Convention, in 2021, the Cabinet of Ministers of Ukraine approved the National Action Plan for the Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the period up to 2025 by Resolution No. 285-r. The purpose of its adoption is to protect and ensure the exercise of fundamental human rights by persons with disabilities in all spheres of life. According to it, the list of tasks to be carried out in order to implement the provisions of the Convention in Ukrainian law is defined. Among them: creating conditions for ensuring equal rights and opportunities for persons with disabilities; dissemination of information about existing legal remedies and best practices aimed at facilitating access of persons with disabilities to legal protection in cases of discrimination; formation of a culture of perception of a person with disabilities as a full participant in public life; ensuring the availability of services for persons with disabilities provided through electronic services and others (Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 285-p, 2021). In general, the plan contains a large number of aspects to be implemented in accordance with the Convention, a list of tasks, deadlines and responsible bodies and institutions. The implementation of the UN Convention should significantly increase the share of persons with disabilities involved in the open labour market.

Moreover, Ukraine is also influenced by European standards and values. In particular, in 2014 Ukraine signed the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part. The provisions of the Agreement are also devoted to specific issues of cooperation in the field of employment, social policy and equal opportunities. According to Article 419 of the Agreement, the Parties agreed to deepen cooperation on the basis of equality to ensure decent work, employment, safe working conditions, social integration and protection (EU & Ukrainian Parliament, 2014). Directive 2000/78/EC, which is to be implemented in accordance with Article 424 and Annex XL of the Association Agreement, provides a framework for equal treatment in employment, to which national legislation must comply, establishes a general system of equal treatment in employment and occupation, in particular for persons with disabilities. The Directive was introduced in the EU with the aim of establishing equal distribution of jobs, combating discrimination on physical grounds and ensuring equal opportunities for the development of all people (Council Directive No. 2000/78/EC, 2000). In practice, this means that Ukraine must finally move away from the practices inherited from the Soviet era and finally reform the Labour Code, which is currently under consideration by the Verkhovna Rada and which should have been amended long ago. Improvement of social protection of persons with disabilities through approximation of EU labour legislation and introduction of working conditions, most of which are closely related to the content of the International Labour Organization conventions, is one of the tasks.

Considering the legislation of Ukraine, first of all, it is worth noting the Constitution of Ukraine of 1996 as the Basic Law of the country. According to Article 43, every person has the right to choose his/her work freely and earn a living by it. The state is obliged to ensure such conditions for its citizens, in particular, equality in choosing a specialty and direction of labor activity (Law of Ukraine No. 254k/96-VR, 1996). Based on this, it can be argued that persons with disabilities should be provided with the opportunity to exercise their labour rights on equal terms. In accordance with the Law of Ukraine "On the Fundamentals of Social Protection of Persons with Disabilities in Ukraine", in order to realize the creative and productive capabilities of persons with disabilities and ensure the realization of their potential, they are provided with equal opportunities for employment in institutions, enterprises and business. According to Article 18 of the same Law, organizations that hire disabled persons must provide them with places with proper working conditions, taking into account

their special needs. In addition, in accordance with Article 19 of the Law, the standard for enterprises is set at 4% of the average number of full-time employees on the payroll for the year, and if there are from 8 to 25 people working - one workplace (Law of Ukraine No. 875-XII, 1991).

In accordance with the Law of Ukraine "On Labour Protection" of 1992, enterprises employing disabled persons are obliged to create working conditions for them, taking into account the recommendations of the medical and social expert commission and individual rehabilitation programs, to take additional safety measures that meet the specific characteristics of this category of workers (Law of Ukraine No. 2694-XII, 1992). It is important to pay attention to the Labour Code of Ukraine, 1971. Its provisions also regulate the employment of persons with disabilities. At the same time, the Labor Code of Ukraine, adopted during the Soviet Union in 1971, does not meet the requirements of modernity and cannot properly guarantee the protection of workers. Thus, to address this issue, it is necessary to adopt an updated Labor Code of Ukraine, which will reflect a modern approach to the regulation of labour relations, including taking into account the latest forms of employment and inclusiveness.

According to Art. 2-1 of the Labor Code of Ukraine provides for equality of labour rights of citizens. Thus, the Labour Code of Ukraine, as well as the Constitution of Ukraine, enshrined the most common grounds for discrimination. However, in order to more clearly enshrine the principle of legal equality in the state and the prohibition of discrimination against persons with disabilities, in our opinion, it is necessary to supplement Article 2-1 with the words on the basis of disability. In addition, it is worth noting that the employment of persons with disabilities is an employer's obligation under a number of legislative provisions, in particular Article 172 of this Code (Law of Ukraine No. 322-08, 1971). The Law of Ukraine "On Rehabilitation of Persons with Disabilities in Ukraine", 2005 establishes state guarantees for labour and vocational rehabilitation so that persons with disabilities can work both in ordinary and specially created production conditions. Today, the State sets itself the important task of creating a barrier-free environment that will facilitate the social adaptation of persons with disabilities and enable them to take an active part in public life (Law of Ukraine No. 2961-IV, 2005).

Thus, in order to ensure the labour rights of persons with disabilities, the legislation provides for a number of benefits and guarantees, the implementation of which in practice is aimed at preventing discrimination against persons with disabilities in the labour market and the full realization of their labour rights.

4. DISCUSSION

In-depth research on the development of international labour law was carried out by Ye. Krasnov. His dissertation generally analyzes the main trends in the formation and development of labour law to identify the main trends at the present stage of its development. He determined the place of labour rights among human rights, as well as highlighted their features, characteristics and legal originality. The scientific work analyzes international legal acts of regional and universal character on the protection of labour rights. In addition, on the basis of the analysis of international acts, European standards in the field of human rights protection and the current legislation of Ukraine, a comparative legal analysis was carried out and the gaps in domestic legislation were emphasized, along with relevant proposals for their correction.

Despite the fact that the scientific work of Ye. Krasnov is only tangentially related to the labour rights of persons with disabilities, the conclusions made by Ye. Krasnov in his work were analyzed by the author in the context of comparing the peculiarities of the formation of labour rights

in general and the labour rights of persons with disabilities. Based on this, the author of the article concluded that initially the rights of persons with disabilities were considered in the context of the need for proper care for them, and now they are regulated in the direction of observance and exercise of their rights and freedoms on the basis of equality, as well as the need to integrate them into normal life. This idea is reflected in the conclusions to the article (Krasnov, 2008).

The peculiarities of the implementation of labour rights of persons with disabilities at the universal international level were studied by M. Kuznetsova. The author considered the specific problems faced by persons with disabilities in exercising their rights. She stressed that the sources of international human rights law contain properly prescribed mechanisms for the protection of the rights of persons with disabilities and they should be systematically studied to identify ways to improve the mechanism of involving persons with disabilities in employment. The author also explored approaches to understanding the concept of disability and concluded that it is the States that bear the primary responsibility for creating conditions for the realization of the right to work by persons with special needs (Kuznetsova, 2020).

The problems faced by persons with disabilities were discussed by N. Adamovych. She drew attention to the fact that the employment rate of persons with disabilities in Ukraine is much lower than in many other European countries. Based on a social survey of people with disabilities, the author emphasizes that disability is a significant obstacle to the exercise of the right to work. This is due to the lack of adaptation of workplaces for people with special needs, lack of specialized educational institutions, lack of proper knowledge of employers, complexity of legislation, etc. She notes that most working respondents claim that disability has become one of the factors that influenced the choice of profession and place of work, as well as career opportunities. In addition, the author analyzed in detail the Draft Law "On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Creating Favourable Conditions for the Employment of Persons with Disabilities" noting its significant benefits for persons with disabilities (Adamovych, 2022).

Despite the fact that the need for persons with disabilities to exercise their labour rights is undisputed, established over the years along with the evolution of human rights and reflected in international and national legislation, there are still certain obstacles faced by such persons. There are a large number of scientific papers on the relevant topics, which have repeatedly shown the problems and suggested ways to improve the existing system in Ukraine. And despite the fact that Ukraine is moving towards improving its legislation and practical implementation of labour rights by disabled persons, there are still obstacles and legal contradictions faced by disabled persons.

Only 16.2% of people with disabilities in Ukraine were employed in 2020, in absolute terms, this corresponds to 410 thousand people out of a total of more than 2.5 million able-bodied persons. Similar figures were in the previous 2019 and 2018 - 16.7 and 16.4%, respectively. Such statistics were announced by the Commissioner of the President for Barrier-Free Accessibility T. Lomakina in December 2021 during the discussion of the draft law, which should improve the access of people with disabilities to work. For comparison, there are about 69.4% of people with disabilities in the German labour market, 80% of people with disabilities work in China, 40% in the UK, 29% in the US, 55% in Italy, and 68% in Sweden (Adamovych, 2022). In general, all problems faced by persons with disabilities in exercising their labour rights in Ukraine can be divided into two categories: legal and practical. The former is related to imperfect legal regulation, and the latter - to the real obstacles they face, ranging from the adaptation of public and workplaces for the needs of the disabled, ending with the attitude of ordinary Ukrainians to the disabled. And as practice shows, the former is much easier to eradicate than the latter.

To improve the legislation of Ukraine, Draft Law No. 5344-1 "On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Creating Favourable Conditions for the Employment of Persons with Disabilities" was submitted to the Verkhovna Rada in 2021. The Draft Law is currently under consideration by the relevant committees. Due to the war in Ukraine, its consideration has not yet taken place. The Draft Law substantiates the need to reform the mechanisms involved in the job search. In particular, reformatting the work of the State Employment Service and involving private employment agencies in the employment of persons with disabilities. In addition, the Draft Law provides for the development of measures to support enterprises that employ people with disabilities, such as subsidies, reimbursements, etc. It is important that these measures have transparent mechanisms for obtaining them. In addition, programs are envisaged to stimulate people with disabilities who want to work vouchers for training, tax refunds for a certain period of time, arrangements at the workplace, providing quality support, etc. It is necessary to develop a program to support own businesses for persons with disabilities and a set of benefits and advantages for employers who employ 50% or more of this category. At the same time, the mechanism for providing such benefits should be transparent and automated to avoid any corruption or abuse (Draft Law of Ukraine No. 5344-1, 2021).

According to the estimates of the Ministry of Social Policy, the adoption of the Draft Law on amendments to certain legislative acts of Ukraine on the employment of disabled people will increase the number of working disabled people to 1 million, including 35 thousand people with severe mental disorders. The need to adopt the law is important because it is about the integration of a significant part of Ukrainian citizens into the normal life of society and their employment. The most important changes that will take place in this area are to bring Ukrainian society closer to the EU norms in the policy towards people with disabilities. This means that the mechanisms enshrined in the draft law - in particular, the introduction of quotas to preserve jobs for people with disabilities, as well as strengthening the responsibility of employers - will result in limiting discrimination both in public life and in employment (Hnatiuk, 2019; Yaroshenko et al., 2020).

Regarding the second aspect, we note that the realization of the right to work is important in the context of integration into society. Most often, persons with disabilities face denial of employment because of their condition. Thus, unemployment is one of the most significant problems that persons with disabilities suffer from (Triukhan & Zanko, 2020). Among a number of other problems is the low level of education of people with disabilities due to the architectural and informational inaccessibility of higher education institutions. In turn, the lack of a diploma reduces the chances of employment. Lack of low-floor transport for people in wheelchairs leads to the inability to get to the workplace.

At the same time, those who can offer a job to a person with disabilities face a lot of obstacles. In particular, it is the lack of clear understanding of the rules for the employment of persons with disabilities and misunderstanding of the benefits and challenges. For example, employers are not aware of the possibility of training at the expense of social funds and the possibility of receiving social insurance benefits. Also, potential employers do not understand where to find candidates with disabilities. At the same time, there is a lack of qualified specialists among people with disabilities and the system of professional development is not built. The offered services in the field of vocational guidance and vocational rehabilitation for persons with disabilities do not meet the requirements of the labour market, or their volume is insignificant. There are also no incentives for the private sector to hire such people.

All of the above problems need to be addressed. First of all, some of them could be partially solved through the adoption of relevant legal acts, in particular the already mentioned Draft Law, as well as the new Labour Code, which would properly regulate and cover the rights of persons with disabilities to work. It is necessary to build transparent and clear mechanisms to ensure job search.

For example, as a single platform. The trend of digitalization of society on a global scale is evident. This process is the basis for a new round of technological development and a chance for developed countries to improve their internal socio-economic situation. Digital transformation and development are the main agenda for many countries today (Pyshchulina, 2020).

Today Ukraine is one of the most progressive countries in the world in the field of digital services. A striking example of this is the existence and functioning of the mobile application Diia. We believe that Ukraine should not rest on its laurels, but should constantly develop its digital space, including for the support of people with disabilities. It is possible to create a single digital platform that would unite people with special needs and employers who have the ability to provide such people with jobs. All this should be open. Such a platform will also provide people facing similar problems with the opportunity to communicate and mutually support each other. In addition, educational activities, training courses, etc. could be introduced for such persons to improve their education and future employment prospects. It is also necessary to expand the opportunities for employment in the civil service for people with disabilities by creating a special competition for those applicants who, for health reasons, cannot pass certain stages of the competition procedure. It would be appropriate for employers to introduce benefits for the employment of such persons in order to encourage them to do so. In our opinion, the state should share with the employer the economic risks of such employment (to finance additional measures to organize the work of a person taking into account his or her individual capabilities, to provide basic and additional technical equipment on lease, etc.)

In addition, it is important to develop the surrounding space, making it more suitable for such persons. It is worth noting that Ukraine has taken great steps in this direction, but they were unfortunately interrupted by the war. In 2021, the First Lady of Ukraine O. Zelenska initiated the creation of the Barrier-Free Council, as well as the adoption of the National Strategy, within which an action plan will be adopted to ensure equal opportunities for all members of society without exception. Taking into account the initiative of O. Zelenska and the existing gaps in this aspect in Ukraine, in April 2021, the Cabinet of Ministers of Ukraine adopted the Resolution "On Approval of the National Strategy for the Creation of Barrier-Free Space in Ukraine for the period up to 2030" (Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 366-p., 2021; Fesenko & Lysiuk, 2021). The provisions of this Order provide for the need to approve the National Strategy, as well as to adopt a plan for its implementation.

The purpose of adopting this Strategy is to create a barrier-free environment for all members of society without exception in order to ensure equality and opportunities for everyone to exercise their rights through the integration of barrier-free environment in various spheres of public policy (information, social, digital, physical, economic, etc.) (Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 366-p., 2021). It should be noted that the National Strategy provides for six main areas in which Ukraine should develop in order to build equal opportunities for all: physical, information, digital, public and civil, educational and economic barriers. That is, we see that the Ukrainian government pursues a comprehensive policy to protect the rights of persons with disabilities. This is another evidence that Ukraine is moving in the European direction to ensure equality for all. Finally, it is necessary to conduct the right educational and upbringing policy to ensure that all people realize that persons with disabilities are equal participants in public life and have the opportunity to exercise their rights, including the right to work, on an equal basis with all participants in public life.

5. CONCLUSIONS

Persons with disabilities are a significant social group that exists in every society. They require special attention and protection from the state. Work in this context is important not only to provide a

person with the opportunity to earn a decent standard of living, but also to increase social activity and integration into society of such people. Paying attention to the problem of protecting the labour rights of persons with disabilities, the international community has developed an appropriate regulatory framework Analysis of international documents shows that over the years, with the development of human rights and international law in general, the global policy towards the disabled has changed. If earlier their rights were considered in the context of the need for protection and proper care, now they are regulated in the direction of observance and realization of their rights and freedoms on the basis of equality, as well as the need to integrate them into normal life. As a result of this process, conventions have been adopted to ensure the realization of their labour rights and international organizations have been established to improve the living conditions of disabled people. Thus, after the Second World War, the concepts of the need to integrate people with disabilities into normal life and the integration of society developed.

In order for persons with disabilities to exercise their labour rights, States must develop and periodically update and review national policies on the employment of persons with disabilities. At the EU level, a number of legal acts have been adopted that regulate general human rights and special employment rights of persons with disabilities. However, the relevant norms are of general nature and are supplemented and clarified in the national legislation of the Member States. In the example of Poland, we can see that the States take all possible measures to integrate persons with disabilities into normal life and labour relations. Poland not only constantly improves its labour legislation in the context of protection of the rights of persons with disabilities, but also takes practical and organizational measures to provide persons with special needs with employment.

Despite the fact that Ukraine has implemented significant improvements in international law on the protection of the rights of persons with disabilities, people with disabilities still face a lot of problems in employment. To solve the existing problems, it is advisable to carry out a number of reforms. First of all, in order to improve the exercise of rights by persons with disabilities, it is advisable to adopt an updated Labour Code, which will contain detailed provisions on the employment of persons with disabilities, their working conditions and the protection of their rights. On the other hand, the Code should contain benefits and guarantees for employers who provide jobs for such persons.

An important place in the legal realization of the right to work by persons with disabilities is the adoption of Draft Law No. 5344-1 "On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Creating Favorable Conditions for the Employment of Persons with Disabilities". The prospects for the implementation of the Draft Law are extremely positive, as it will help to resolve social issues that are characteristic of Ukrainian society, in particular, transforms stereotypical thoughts about the impossibility of employment and unequal treatment of people with disabilities. Thus, the adoption of this Draft Law in accordance with the provisions of the Association Agreement is a key step in establishing European standards of social policy in Ukraine. In Ukraine, it is expedient to ensure maximum inclusiveness and barrier-free accessibility for further democratization and humanization of society, so further research is promising, which will scientifically substantiate the mechanisms for creating barrier-free accessibility at the local and sectoral levels. At present, it is important to improve the legislative framework, as there are some contradictions between the current requirements of regulatory documents, which hinders the implementation and realization of international norms and European standards in Ukraine, as well as the introduction of foreign practices.

In addition, education for persons with disabilities should be improved and employers should be encouraged to employ them. It is also possible to introduce digital innovations to facilitate such persons' access to job search and, on the other hand, the ability of employers to look for such

employees. The information contained in the article can be used in teaching specialized disciplines in higher education institutions. In law-making and law enforcement activities, the significance of the article is revealed in the context of improving existing and adopting new legal acts to protect the labour rights of disabled persons (proposals for this are set out by the author in the article and conclusions to it). Finally, the scientific achievements can be used to improve international relations between Ukraine and foreign countries in the context of the development of bilateral relations and the introduction of European standards and best practices in the legislation of Ukraine.

6. BIBLIOGRAPHY

Adamovych, N.: "Protection of labour rights of people with disabilities: The new law, but an old problem?", 2022. Retrieved from: https://zmina.info/articles/zahyst-trudovyh-prav-lyudej-z-invalidnistyu-novyj-zakon-ta-stari-problemy/

Anns, O., Burov S., Azin V.O., Hrybalskyi Y.V. y Naida Yu.M.: *Disability and society: Educational and methodological manual*, Kyiv, Kubg, 2012,

Bouronikos, V.: "The Status of employment and disability in the EU in 2021", 2021. Retrieved from: https://ied.eu/project-updates/the-status-of-employment-and-disability-in-the-eu-in-2021/

Council Directive, No. 2000/78/EC: "Establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation", 2000. Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078

Department of Economic and Social Affairs of United Nations: "Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 2006, Retrieved from: https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html

Drobotun, V.: "EU Strategy for the Employment of People with Disabilities", 2017. Retrieved from: https://www.prostir.ua/?news=stratehiya-es-schodo-pratsevlashtuvannya-lyudej-z-invalidnistyu

European Commission: "European Disability Strategy 2010-2020", 2010. Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM%3A2010%3A0636%3AFIN%3Aen%3APDF

European Commission: "Strategy for the rights of persons with disabilities 2021-2030", 2021. Retrieved from: https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes.

European Parliament, Council of the European Union y European Commission: "Charter of Fundamental Rights of the European Union", Official Journal of the European Communities, núm. 43. Retrieved from: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

European Parliament, Council of the European Union y European Commission: "Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union", Official Journal of the European Union, núm. 55, 2012. Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT.

EU y Ukrainian Parliament: "Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part", Official Journal of the European Union, 2014. Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22014A0529%2801%29.

Fesenko, O. y Lysiuk, V.: "Issues of safety of life and activity of low-mobility groups of the population", *Actual Problems of Life Safety*, núm. 1, 2021.

General Assembly of United Nations: "Universal Declaration of Human Rights. Retrieved", 1948. from: https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights.

Hnatiuk, M.: "Establishment of European standards of social protection of persons with disabilities in Ukraine", *European Integration Portal*, 2019. Retrieved from: https://eu-ua.kmu.gov.ua/analityka/vstanovlennya-yevropeyskyh-standartiv-socialnoyi-zahyshchenosti-osib-z-invalidnistyu-v.

International Labour Organization: "Invalidity Insurance (Industry, etc.)", Convention No. 37, 1933a. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C037.

International Labour Organization: "Invalidity Insurance (Agriculture)", Convention No. 38, 1933b. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C038

International Labour Organization: "Employment Service", Convention No. 88, 1948. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C088

International Labour Organization: "Discrimination (Employment and Occupation)", Convention No. 111, 1958. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111

International Labour Organization: "The Polish Labour Code", 1974. Retrieved from: http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=45181.

International Labour Organization: "Human Resources Development", Convention No. 142, 1975. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C142

International Labour Organization: "Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)", Convention No. 159, 1983. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304

International Labour Organization: "Employment Promotion and Protection against Unemployment", Convention No. 168, 1988. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312313

International Labour Organization: "Private Employment Agencies", Convention No. 181, 1997. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312326

International Labour Organization: "On Promotion of Employment and on Labour Market Institutions", 2004. Retrieved from: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=68870&p_lang=en

Krasnov, Ye.: *Basic labor rights: International standards and legislation of Ukraine*. Odesa: Odesa Law Academy, 2008.

Kuliieva, L.: "Priority directions of modern state policy in the sphere of social protection of disabled people", *Actual Problems of Public Administration,* 2, 2014.

Kuznetsova, M.: "International legal mechanism for the protection of the rights of people with disabilities", *Legal Scientific Electronic Journal,* 7, 2020.

Lecerf, M.: "Employment and disability in the European Union", 2020. Retrieved from: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651932/EPRS_BRI(2020)651932_EN.pdf

Office of the high commissioner of United Nations: *General Assembly resolution 2200A (XXI), International Covenant on Civil and Political Rights,* 1966. Retrieved from: https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights.

Office of the high commissioner of United Nations: "Declaration on Social Progress and Development", 1969. Retrieved from: https://www.ohchr.org/sites/default/files/progress.pdf

Press service of the Verkhovna Rada of Ukraine: "Committee hearings on the topic: Problematic Issues of Legislative Regulation and Implementation of State Policy on Ensuring the Rights of Persons with Disabilities", 2021. Retrieved from: https://www.rada.gov.ua/preview/anonsy_podij/214596.html.

Prokopchuk Y.: "International legal aspects of labour protection of disabled persons", *Journal of Kyiv University of Law,* 3, 2009.

Pyshchulina, O.: *Digital economy: Trends, risks and social determinants,* Kyiv, Zapovit, 2020.

Sylenko, N.: "To the issue of international legal regulation of the protection of the rights of persons with disabilities at work", *Scientific Bulletin of Public and Private Law: a Collection of Scientific Papers*, 6, 2016.

Tomashevski, K., y Yaroshenko, O.: "Problems of labour legislation codification in Belarus and Ukraine: History, current situation and prospects", *Transition Studies Review, 27* (2), 2020.

Triukhan, O. y Zanko, O.: "Legal mechanism for the protection of labor rights of persons with disabilities", 2020. Retrieved from: http://baltijapublishing.lv/omp/index.php/bp/catalog/download/35/580/1188-1?inline=1.

Wapiennik, E.: Report on the employment of disabled people in European countries, 2007. Retrieved from: https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/ede/PL%20employment%20%20report.pdf

World Health Organization: International Classification of Functioning, Disability and Health, 1980. Retrieved from: https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health

Yaroshenko, O.M., Vapnyarchuk, N.M., Burnyagina, Y.M., Kozachok-Trush, N.V., y Mohilevskyi, L.V.: "Professional development of employees as the way to innovative country integration", *Journal of Advanced Research in Law and Economics, 11*(2), 2020.

Yaroshenko, O.M., Melnychuk, N.O., Moroz, S.V., Havrylova, O.O., y Yaryhina, Y.P.: "Features of remote work in Ukraine and the European Union: Comparative legal aspect", *Hasanuddin Law Review, 7*(3), 2021.

Yefremova, I.: "Features of the definition of the international legal mechanism for the protection of private rights", *Economics, Finance, Law, 7*(1), 2019.

Zwan R. y Beer P.: "The disability employment gap in European countries: What is the role of labour market policy?", *Journal of European Social Policy, 31*(4), 2021.

7. LAW REFERENCES

Draft Law of Ukraine No. 5344-1: On amendments to certain laws of Ukraine on creating favorable conditions for the employment of persons with disabilities, 2021. Retrieved from: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71675.

Law of Ukraine No. 322-08: "Labour Code of Ukraine", 1971. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text

Law of Ukraine No. 875-XII: "On the Fundamentals of Social Protection of Persons with Disabilities in Ukraine", 1991. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/875-12#Text.

Law of Ukraine No. 2694-XII: "On Labour Protection", 1992. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12#Text

Law of Ukraine No. 254k/96-VR: "Constitution of Ukraine", 1996. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text.

Law of Poland No. 123-776: "On vocational and social rehabilitation and employment

disabled people", 1997. Retrieved from: https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19971230776/U/D19970776Lj.pdf

Law of Ukraine No. 2961-IV: "On rehabilitation of persons with disabilities in Ukraine", 2005. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2961-15#Text

Law of Ukraine No. 1767-VI: "On ratification of the convention on the rights of persons with disabilities and the optional protocol thereto", 2010. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1767-17#Text.

Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 285-p: "On Approval of the National Action Plan for the Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities until 2025", 2021. Retrieved from: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-nacionalnogo-pla-a285r.

Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 366-p.: "On Approval of the National Strategy for the Creation of Barrier-Free Space in Ukraine for the period up to 2030", 2021. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/366-2021-%D1%80#Text.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Estudio doctrinal sobre la lucha contra el fraude en la Seguridad Social por las instituciones y los Estados Miembros de la Unión Europea

Doctrinal study on the fight against fraud in Social Security by European Union institutions and member states

Miguel Ángel Muñoz Ariza *Funcionario del Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social.*

Cita Sugerida: MUÑOZ ARIZA, M.Á.: «Estudio doctrinal sobre la lucha contra el fraude en la Seguridad Social por las instituciones y los Estados Miembros de la Unión Europea». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 255-275.

Resumen

En sintonía con el aumento de la preocupación social e institucional sobre la defensa de los derechos vinculados al trabajo y sobre la prevención, detección y lucha contra las irregularidades que se detectan en las relaciones laborales, se procede a la extrapolación del problema a nivel de la Unión Europea, estudiando la implementación de los dos grandes bloques teóricos de medidas disuasorias y proactivas.

Asimismo, y con la finalidad de efectuar propuestas en España, se analizan los ámbitos objetivos, la estructura de organización y algunas de las medidas implementadas por Francia, Alemania e Italia en la lucha de estos fraudes que arremeten directamente contra las bases de cualquier Estado de Bienestar Social.

Palabras clave

Fraude; Prevención; Trabajo no declarado; Justicia Social; Trabajo Justo

Abstract

In line with the increase in social and institutional concern about the defence of work-related rights and about the prevention, detection and fight against irregularities detected in labour relations, the problem is extrapolated to the European Union, studying the implementation of the two main theoretical blocks of deterrent and proactive measures.

Likewise, and in order to make proposals in Spain, the study analyses the target areas, the organisational structure, and some of the measures implemented by France, Germany and Italy in the fight against these frauds that directly attack the foundations of any social welfare state.

Keywords

Fraud; Prevention; Undeclared work; Social justice; Fair work

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, tanto a nivel social como organizativo, ha ido aumentando cada vez más la importancia del proceder y del prevenir en la lucha contra el fraude en el ámbito social. Cada vez existe más interés por parte del ciudadano que quiere saber cuáles son sus derechos como trabajador y si las políticas de su empleadora se ajustan a lo establecido en la normativa vigente. Numerosos son los casos de fraudes y delitos que se han dado a conocer y han sonado a través de los medios de comunicación tradicionales y las redes sociales, a reseñar: nodos de empresas ficticias que eluden el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social; relaciones laborales puras enmascaradas en relaciones

Fecha Recepción: 6/9/2023 - Fecha Revisión: - Fecha Aceptación:
Pags. 255-275

mercantiles para reducir costes a través de las figuras del "falso autónomo"[1] o <<free-lance>>[2]; o empresas que infra-cotizan o no cumplen la obligación de dar de alta a los trabajadores. Todas ellas repercuten directamente en menoscabo de unos derechos consagrados de los asalariados que son inalienables a la relación capital-trabajo. El más sangrante es el último comentado, la no alta de los trabajadores o lo también conocido como el trabajo no declarado. Este tipo de fraude es sobre el que se va a centrar este estudio, analizando las medidas que se aplican en los organismos internacionales a los que esta materia les compete, y en algunos de los Estados Miembros que conforman la Unión Europea, a partir de ahora *UE*.

2. LUCHA CONTRA EL FRAUDE DENTRO DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

En un mundo de economía globalizada que pone a prueba la competitividad entre las capacidades de comercio y las relaciones entre productividad y costes de las empresas, provoca que se den desigualdades en las condiciones laborales entre países y propicia focos de fraude que deben ser controlados. La mayor movilidad laboral, la competencia leal entre empresas, el evitar cualquier tipo de maniobra de dumping[3], la sostenibilidad de los sistemas de la Seguridad Social, la inspección de relaciones laborales y mercantiles, y la preservación de los derechos de los trabajadores, entre otros, generan la necesidad de mejorar la eficacia en la lucha contra el fraude, y en este ámbito es vital la coordinación y cooperación entre los Estados. Alrededor de 13,5 millones de ciudadanos de la UE viven o trabajan en otro Estado Miembro y la movilidad dentro de la UE sigue creciendo. La libre circulación de trabajadores y servicios es uno de los pilares fundamentales del Mercado

[1] El falso autónomo se entiende como el producto de aquella relación fraudulenta que la parte empleadora concierta con un trabajador incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como si se tratase de una relación entre iguales mercantiles, dándose en aquella todas las notas de laboralidad (trabajo voluntario, personal, retribuido, dependiente y por cuenta ajena) descritas en el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Hacer hincapié que no versa de un simple encuadramiento indebido producido por un error sin intencionalidad, nada más alejado de la realidad, sino que se trata de un acto que emana de la mala fe y del ánimo defraudatorio de la parte del capital que en conjunción con el desconocimiento, o en muchas ocasiones de la resignación, de la parte obrera tiene como finalidad última la reducción de los costes sociales.

[2] El término *free-lance* tiene su origen en el escritor escocés Walter Scott (Edimburgo, 16 de agosto de 1772 – Abbotsford House, 21 de septiembre de 1832) cuando en su famosa novela *"Ivanhoe",* escrita y publicada en 1820*,* se refería a los mercenarios, como soldados libres, que durante la Edad Media ofrecían sus servicios a diferentes ejércitos portando consigo sus propias armas, muchos de ellos especialistas en el arte de las lanzas. De aquellas lides bélicas a estos tiempos aparentemente apacibles, el término se ha acuñado globalmente como una transformación a aquel profesional que presta sus servicios con sus propios medios, de manera independiente, para la ejecución de un objetivo determinado, dándose habitualmente en sectores tecnológicos e informáticos. Sin embargo, en la práctica, se está viendo como desde algunos sectores están efectuando una errónea interpretación de la figura, desencadenando en un claro abuso del derecho. Solo es necesario efectuar unas simples búsquedas en cualquier portal de empleo online, para verificar como sacando bandera de este extranjerismo de moda se encuentran situaciones como la comentada relación del falso autónomo, por ejemplo en el sector comercial; o condiciones de trabajo totalmente ilegítimas como el uso del free-lance durante el periodo de prueba. Se cita textualmente de un anuncio incluido en un famoso portal de empleo: «*la duración del periodo free-lance será de tres meses, el sueldo una vez se esté en nómina y las condiciones para pasar a contrato fijo están claramente definidas por contrato»*. En los últimos años, desde determinados sectores, parece que han emergido "nuevas necesidades" que, según quieren hacer de ver sus promulgadores, no tienen cabida en un sistema legislativo estanco y que no da soluciones al empleo del siglo XXI, pero lejos de los momentos de gloria de algunos adalides de turno, no hay que olvidar que lo que realmente quieren camuflar son fraudes de ley con los que poder evadir sus responsabilidades sociales y económicas, consiguiendo así únicamente el aumento de su propio interés, el crematístico.

[3] Práctica consistente en la competencia desleal, la explotación laboral y la imposición de pésimas condiciones de trabajo para reducir los costes laborales de producción, vender por debajo del precio normal de mercado o precios inferiores al coste con el último fin de eliminar a la competencia y adueñarse del mercado.

Único Europeo[4], ofreciendo a los trabajadores y a las empresas la oportunidad de buscar trabajo y proporcionar servicios en toda la UE.

En este contexto, el 31 de julio del 2019 se creó la denominada *Autoridad Laboral Europea* (ALE)[5], con su sede permanente en Bratislava, Eslovaquia. Una agencia de colaboración entre los Estados Miembros de la Unión Europea, que es responsable de la coordinación, ayuda y mejora de la cooperación entre los Estados, planificando inspecciones conjuntas, llevando a cabo análisis y evaluaciones de riesgos sobre cuestiones transfronterizas relacionadas con la movilidad laboral y actuando como mediadora en los litigios entre países de la UE. Además, la ALE contribuye a garantizar que las normas de la UE sobre movilidad laboral y coordinación de la Seguridad Social se apliquen, facilitando que los ciudadanos y las empresas de toda la Unión se puedan desarrollar en las mismas condiciones dentro del mercado. Para garantizar el ejercicio del derecho de libre circulación y el desarrollo pleno del Mercado Único es necesario el adecuado cumplimiento de la normativa vigente y que su aplicación sea efectiva en los Estados Miembros, requiriendo una cooperación estructurada y un intercambio de información entre las autoridades nacionales competentes para la ejecución de actividades comunes como las inspecciones de trabajo conjuntas o la capacitación del personal nacional sobre las normas de movilidad transfronteriza[6]. Además, habría que destacar la coordinación en puestos transfronterizos de Estados Miembros y su función de apoyo junto con la red de EURES[7] para garantizar el reconocimiento de los derechos de los trabajadores desplazados a otro país de la UE, Islandia, Noruega, Liechtenstein o Suiza, promoviendo las relaciones empresas-trabajadores sin que se produzcan barreras de ningún tipo.

En lo referido a la planificación de inspecciones conjuntas, apuntar que la Autoridad, además de coordinar y facilitar la cooperación transfronteriza y servir de apoyo logístico y técnico, establece protocolos de actuación, proporcionando herramientas, procedimientos eficientes e información específica de gremios sobre los que actuar, detectando así posibles focos de fraude a consecuencia del continuo marco de análisis, propuestas y evaluación de riesgos promovidos por la propia Autoridad, siempre en permanencia de una estrecha colaboración con las autoridades competentes de los Estados Miembros. Colaboración necesaria e indispensable para establecer pautas fraudulentas en determinadas regiones, sectores o causas coyunturales que requieran de una mayor transversalidad, coordinación y apoyo fronterizo. La situación de Ucrania, verbigracia, como desafío que se plantea en relación con las disposiciones de la directiva de protección temporal que se otorga a los ciudadanos ucranianos con acceso directo al mercado laboral de la UE. Las conclusiones de esos análisis son las

[4] El Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero del año 1992 en Maastricht, Países Bajos, y con fecha de entrada en vigor del 1 de noviembre del 1993, considerándose como uno de los tratados fundacionales de la Unión Europea, estableció el marco del actual Tratado de la Unión Europea (TUE). En su artículo 3 que versa sobre los objetivos o la misión de la Unión, ya se establece la creación y promoción del mercado interior, obrando en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, dentro de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. Asimismo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su artículo 26, dicta que la Unión adoptará las medidas necesarias para establecer y garantizar el funcionamiento del mercado interior, consiguiendo un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada.

[5] En inglés, *la European Labour Authority (ELA)*.

[6] Abordando estas cuestiones el expresidente de la Comisión Europea Jean Claude Juncker (Redange-sur-Attert, Cantón de Redange; 9 de diciembre de 1954) anunció la creación de la Autoridad Laboral Europea, alegando que, y se cita textualmente, "*En una Unión de iguales, no puede haber trabajadores de segunda clase. Los trabajadores deben percibir la misma retribución por el mismo trabajo en el mismo lugar.*" Esta es la razón por la que la Comisión propuso nuevas normas sobre el desplazamiento de trabajadores.

[7] En inglés, *The European Employment Services*. Los servicios europeos de empleo. Se trata de una red de cooperación europea entre la Comisión Europea, la Autoridad Laboral Europea y los servicios de empleo de todos los países de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, que facilita la libre circulación de trabajadores, proporcionando información y servicios de apoyo al empleo a trabajadores y empleadores, mejorando la cooperación y el intercambio de información entre sus organizaciones gubernamentales.

bases sobre las que se desarrollan las campañas periódicas que se lanzan en determinados sectores de actividad con mayor "*score*" o puntuación de probabilidad de fraude, o de sufrir algunos tipos de determinadas irregularidades. En mayor profundidad del ejemplo anterior y como dechado de la actividad divulgativa de la Autoridad, se puede destacar una de las últimas actividades promovidas por la propia ALE en colaboración con la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[8], en la que unieron sus fuerzas para informar de los riesgos del trabajo forzoso, la trata de personas y el trabajo no declarado que afectan a las personas que huyen de la guerra en Ucrania. Unas jornadas en la que se debatieron las prácticas y recomendaciones clave para proteger a los refugiados, mejorando la prevención, el enjuiciamiento, la protección y la cooperación internacional; implementando campañas de sensibilización específicas y aumentando la cooperación entre las fuerzas de seguridad, las inspecciones de trabajo y el poder judicial. Celebradas el 4 de octubre de 2022, en Budapest (Hungría), reunió a las inspecciones de trabajo y a las autoridades policiales de la UE y de otros Estados Miembros que son países de tránsito o destino de los refugiados que huyen del conflicto. Desde el inicio de la guerra, más de 7,5 millones de refugiados ucranianos se han repartido por toda Europa, aproximadamente el 85% de ellos son niños y mujeres, pudiendo verse en riesgo a aceptar trabajos sin las condiciones laborales adecuadas, retirada de documentación, pérdida de derechos inalienables al ser humano, trabajos no declarados, casos de explotación, trabajo forzoso, trabajo infantil o hasta casos de trata de seres humanos.

No obstante, la cooperación no se da únicamente con organismos regulados por el derecho nacional de los Estados Miembros sino también con los regulados por el derecho comunitario. Se trata de convenios de cooperación escogidos de manera estratégica para una mayor y mejor consecución de objetivos. Así, para centrarse en las próximas amenazas específicas en materia de infracciones del orden social colaboran con EUROPOL[9] y EUROJUST[10]; o en materia de transporte con ROADPOL[11] y ECR[12]. La Autoridad también profundiza en su cooperación con las organizaciones de interlocutores sociales y sectoriales y otras partes interesadas, con el fin de mejorar la aplicación y el cumplimiento efectivo de las normas de movilidad laboral, incluyendo la exploración de posibilidades de cooperación con países y organizaciones terceras que sean claves en las áreas prioritarias que requieran de una coordinación transfronteriza. Esta cooperación transfronteriza con otros organismos resulta en mayor y mejor información que se traslada a las actuaciones inspectoras conjuntas o en la mejora de la eficacia en la identificación de irregularidades transfronterizas, aprovechando al máximo el potencial de los análisis y evaluaciones de riesgos y contribuyendo a ampliar su alcance geográfico y sectorial, a buscar sinergias o a promover nuevas posibles iniciativas u otros riesgos sistémicos que ponga en peligro los derechos de los trabajadores y/o el buen funcionamiento del mercado único.

[8] La OIT es la organización del trabajo por excelencia a nivel mundial. Es la única agencia tripartita de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que reúne a representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores de los 187 países miembros integrantes. Tiene como finalidad establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el bienestar en el trabajo. Fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Gran Guerra, y reflejó la convicción real de que la justicia social es indispensable para alcanzar una paz universal y permanente.

[9] La Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL), con sede en La Haya (Países Bajos), es el órgano encargado de asistir a los Estados Miembros en la prevención y la lucha contra toda forma de delincuencia, ciberdelincuencia y terrorismo a escala internacional.

[10] La Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (EUROJUST), con mismo lugar de sede que la anterior, facilita la coordinación judicial y la cooperación entre las autoridades nacionales, prestando apoyo en la lucha contra la delincuencia transfronteriza y el terrorismo.

[11] La Red Europea de Vigilancia de Carreteras (ROADPOL) es una organización europea de unidades policiales de tráfico cuya misión principal es velar por la seguridad vial.

[12] La Euro Contrôle Route (ECR) es un grupo de Servicios Europeos de Inspección del Transporte cuyo objetivo es mejorar la seguridad vial, la sostenibilidad, la competencia leal y las condiciones laborales en el transporte por carretera.

Una de las tareas de la Autoridad Laboral Europea es apoyar a los Estados Miembros en la lucha contra el Trabajo No Declarado[13], creando así en el año 2021 un grupo de trabajo permanente, denominado "*Plataforma Europea sobre el Trabajo no Declarado*". En la cual, además de continuar sus actividades de apoyo a los Estados, persigue: sensibilizar mediante campañas informativas y aumentar el conocimiento de la sociedad sobre cuestiones relacionadas con el trabajo no declarado; mejorar aún más la capacidad de los distintos organismos nacionales aprovechando el conocimiento adquirido en otras ramas de lucha contra el fraude, y formando al personal mediante seminarios, talleres y proyectos de aprendizaje mutuo; estudiar tendencias de patrones y desarrollar políticas que ayuden a poder convertir el trabajo no declarado en trabajado declarado; y combatir de una manera más eficaz esta tipología de fraude tan perniciosa para cualquier Estado Social y que socava los derechos más elementales de la parte obrera. Entre los objetivos de la Plataforma Europea se acentúa el de profundizar en la comprensión de los nuevos tipos de trabajo y sectores en los que es necesario enfocar los esfuerzos, por ejemplo la economía colaborativa, el trabajo estacional, los servicios domésticos o del hogar, así como los referidos al HORECA[14]. De este modo, la Plataforma desarrolló a finales del año 2020 una campaña sobre el UDW enfocada en sectores estacionales, teniendo como objetivo principal el promover la declaración del trabajo. Se centró en sectores con alta incidencia de trabajo estacional y alto riesgo de trabajo no declarado, en particular los sectores agroalimentarios, turismo y HORECA, siendo el público objetivo trabajadores y empresas nacionales y transnacionales. Los objetivos específicos de la campaña eran: la sensibilización de los empleadores y los trabajadores estacionales sobre el impacto negativo del trabajo no declarado, así como sus posibilidades de reclamar sus derechos y hacer la conversión a un trabajo declarado a través de la denuncia ante la Inspección de Trabajo; informar a los trabajadores sobre sus derechos a su integridad física, a una protección eficaz en materia de seguridad y a la vigilancia de la salud, a recibir formación en materia de protección y seguridad laboral, a disponer de equipos de trabajo y medidas de protección individual y colectivas, en especial durante la pandemia del Coronavirus, y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales; la cooperación y el apoyo entre las autoridades y los interlocutores sociales nacionales encaminados a proporcionar información y asesoramiento sobre la legislación vigente en materias de trabajo y seguridad social; y aumentar la visibilidad del trabajo de la Plataforma. La campaña en redes sociales fue promovida a través del hashtag *#Rights4AllSeasons*. Además, ese mismo año, la Plataforma lanzó *#EU4FairWork*[15], la primera campaña de la UE sobre los beneficios del trabajo declarado. La campaña, que combinó un enfoque virtual a través de las redes sociales con una semana de jornadas presenciales, tuvo como objetivo, además de algunos de los comentados en la campaña anterior, alentar a los responsables políticos a abordar mejor el trabajo no declarado mediante la aplicación de políticas activas y legislar en consonancia, aumentando la cooperación entre los miembros de la Plataforma. Los sectores más afectados incluyen la construcción, la agricultura, el transporte por carretera, el turismo, las obras de renovación o reparación de hogares, la limpieza, la prestación de cuidado de niños y servicios de hotel, restaurante, catering y alimentos. A fin de luchar contra el trabajo no declarado y el fraude en cualquiera de sus formas al Sistema de Seguridad Social, los Estados Miembros han decidido desarrollar una cooperación y asistencia administrativa entre partes basada en la comunicación directa entre los organismos competentes, designando centros nacionales de enlace en cada uno de los Estados Miembros que sirvan como nexos, facilitando así el suministro de información y la transmisión de documentación. A continuación, en el siguiente

[13] En inglés, *Undeclared Work (UDW)*. Se entiende como trabajo no declarado aquella actividad derivada de una relación entre una parte empleadora que ofrece un trabajo y una parte empleada que es quién la desempeña, la cual omite las correspondientes formalidades legales, no siendo informada ni declarada a las autoridades competentes, evadiendo así toda obligación y responsabilidad social y económica. Refiriéndose a actividades ilegales, inmersas en economía sumergida y sin ningún tipo de seguridad jurídica. No se incluyen aquellas actividades cuya declaración no sea obligatoria. En España, las infracciones más comunes del orden social son las faltas de alta a la Seguridad Social y las infracotizaciones, identificándolas como un concepto de Trabajo no Declarado.

[14] Acrónimo referido al sector terciario de Hoteles, Restaurantes y Cafeterías.

[15] El material gráfico de la campaña puede recuperarse en: https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1496&langId=en

apartado, se procederá a focalizar en el qué, quién y cómo se procede contra el UDW en distintos Estados Miembros de la UE.

3. TRABAJO NO DECLARADO EN LOS ESTADOS MIEMBROS

El trabajo no declarado afecta a todos los Estados Miembros y por ello constituye una de las cuestiones de interés común en materia de Empleo y Seguridad Social. Según algunos estudios, la economía sumergida representa entre el 7 y el 16 % del Producto Interior Bruto (PIB) de la Unión Europea, es decir, entre el 7 y el 19 % del volumen total del empleo declarado.

El atractivo del trabajo no declarado es de naturaleza económica y de evasión de responsabilidades, ofreciendo a los empresarios, trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, estos últimos en menor medida, la posibilidad de aumentar sus ganancias y reducir sus costes evadiendo los impuestos y las cotizaciones sociales. Sin olvidar de mencionar, por otro lado, el perjuicio que el UDW supone como infra-cotización a nivel individual y la pérdida de recursos del Sistema de Seguridad Social con consecuencia directa en el Estado Social de Derecho[16]. La amplitud y el alcance del trabajo no declarado varían según las características de las economías de los Estados Miembros, fundamentalmente según: las cargas fiscales y sociales; la idiosincrasia de las estructuras industriales; la competitividad de las empresas; el nivel de industrialización de los sectores de actividad; la magnitud de los costes; la lentitud de los procedimientos administrativos; la inadaptación de la legislación a las nuevas formas de trabajo; y la aceptación cultural de la economía sumergida. El trabajo no declarado se detecta sobre todo en los sectores que utilizan mucha mano de obra: los sectores tradicionales como la ganadería, la agricultura, la construcción, el sector servicios, el comercio al por menor, los servicios domésticos; o los sectores que van aceptando la modalidad del teletrabajo que utilizan medios telemáticos e informáticos.

Según una encuesta realizada en la UE durante el año 2019: A) Uno de cada diez europeos dice que han comprado en el último año bienes o servicios que podrían incluir trabajos no declarados. B) Los europeos son más propensos a haber comprado bienes o servicios no declarados para reparaciones o renovaciones del hogar. C) Un tercio de los europeos conocen a alguien que trabaja sin ser declarado. D) La mitad de los europeos perciben un riesgo bajo de ser detectados por las autoridades. Con estos datos, se confirma que el trabajo no declarado es una cuestión de calado, que no se puede obviar, que afecta a gobiernos, empresas y trabajadores en toda Europa y que merece un mayor abundamiento para ir paliando sus graves consecuencias en la totalidad de la sociedad europea, de las que se destaca: la pérdida de recursos públicos que necesita un Estado de Derecho para poder financiar el Sistema Público de Pensiones; las violaciones de los derechos inalienables a los trabajadores; y la competencia injusta y desleal entre empleadores.

Se ha estudiado en diversas formas el por qué, cuales son las razones o la motivación en la elección del trabajo no declarado sobre el declarado. Analizando la relación entre clientes y proveedores de trabajo no declarado, un número creciente de estudios revela que muchos trabajos no declarados son realizados por y para familiares, vecinos o amigos, los conocidos a título de amistad,

[16] Concepto que surge durante la Prusia de *Otto von Bismarck* (Schönhausen, 1 de abril de 1815-Friedrichsruh, 30 de julio de 1898) como propuesta del ideólogo Lorenz von Stein (Eckernförde, 18 de noviembre de 1815-23 de septiembre de 1890), y de manera paralela de Karl Marx (Tréveris, 5 de mayo de 1818-Londres, 14 de marzo de 1883), en el que se proponen mejorar las condiciones de vida de la clase trabajadora. Se abogaba por el otorgar derechos básicos a los trabajadores, el cumplimiento de mínimos necesarios que garantizasen una vida digna para los obreros, y al mismo tiempo que se cuestionaba las bases del sistema capitalista de producción. Lo que ha desembocado, en el más actual, *Estado de Bienestar*, considerándose este un producto de la ciencia política y económica en el que se garantizan el cumplimiento de derechos sociales, como un sistema público de pensiones, la sanidad, la educación o la seguridad.

benevolencia o buena vecindad; siendo, aparentemente, motivos sociales distintos a los puramente crematísticos. Esto contraria a la idea que los clientes y los proveedores de servicios son "*actores económicos racionales*[17]" que se dedican a ese tipo de trabajos por la idea de ahorrar o de ganar dinero. Así, según estos estudios, el motivo principal por el que los clientes optan por el trabajo no declarado es por ayuda, mantenimiento y mejora de las relaciones personales, siendo tan solo el 31% de los casos los que lo eligen por ahorrar dinero. De manera similar, cuando se analizaron los motivos de los proveedores, el 50% declaró que el motivo principal era el dinero; un 22% reconoció que era por cuestiones derivadas de la fidelidad hacia sus clientes habituales; y el 28% para ayudar a su círculo social más cercano. De hecho, en un análisis de unos 45 países, se reveló que los determinantes no económicos tienen un peso más fuerte en la motivación del incumplimiento tributario. Específicamente, muestra que los factores determinantes más significativos son la complejidad administrativa, el nivel de educación, la fuente de ingresos, la equidad y la moral fiscal. En general, los resultados muestran que cuanto menor sean las dificultades administrativas, y cuanto mayor sea el nivel de educación, equidad y moral fiscal, menor será el nivel de incumplimiento.

En los últimos años, y como tónica general, se detecta una política común en todos los Estados Miembros de la Unión Europea: la introducción de diversas medidas para intensificar sus esfuerzos en la lucha contra el trabajo no declarado. La mayoría de ellos aplican medidas de disuasión para influir en el comportamiento de las personas con la implementación de infracciones y sanciones más severas y un cumplimiento más estricto de la normativa, consiguiendo así actuaciones inspectoras más efectivas y una mayor y mejor detección y lucha contra el fraude. No obstante, algunos Estados también están utilizando otras medidas alternativas, como pueden ser el apoyo legal, el asesoramiento jurídico, los incentivos fiscales, las amnistías, la sensibilización de la opinión pública o la facilitación del cumplimiento de las normas existentes con la intención de reducir la incidencia de trabajos no declarados. La mayor parte de la literatura sobre la lucha contra el trabajo no declarado distingue entre dos políticas: por un lado, el enfoque disuasorio, el más expandido, que busca detectar y sancionar el incumplimiento; y, por otro lado, el proactivo, que trata de un proceder emergente que fomenta e incentiva el buen hacer desde el principio, trabajando en su prevención a través de la educación de los actores sociales, permitiendo la transferencia de trabajo no declarado al ámbito declarado, estableciendo herramientas que faciliten un compromiso de *"moralidad tributaria"*[18]; y colaborando en servicios de asesoramiento y apoyo empresarial que ayuden a la difusión en gremios y agentes sociales. Los esfuerzos para abordar el trabajo no declarado han estado tradicionalmente dominados por el enfoque disuasorio, con el efecto dominó que ello conlleva en los núcleos próximos al infractor por el aumento de la probabilidad real y percibida de detección, incluyendo, en ocasiones el aumento de las sanciones y penas para los detectados. Ahora bien, un posible impacto no intencionado del aumento de los castigos, tanto de sanciones como de penas, puede ser la reducción o el empeoramiento de la moralidad tributaria y, por tanto, un aumento no deseado del trabajo no declarado. Un estudio de opinión pública estadounidense revela que la equidad procesal percibida y la capacidad de respuesta en la prestación de un servicio público surgieron como incentivos positivos que incrementaron el compromiso de los contribuyentes con el pago de impuestos, mientras que el aumento de la detección y el castigo de infracciones contribuyeron a reducir el cumplimiento voluntario, concluyendo que un aumento en la severidad percibida por parte del ciudadano puede, por lo tanto, aumentar en lugar de disminuir la evasión fiscal al reducir el respeto por la equidad del sistema. En una encuesta, a ciudadanos australianos, se constata que el aumento de la penalidad solo funciona donde la ética individual o la cultura colectiva como sociedad es débil. Así, en los casos en que las normas estén fuertemente a

[17] En economía, teoría de juegos y teoría de la decisión, un agente racional es aquel que tiene sus preferencias claras, eligiendo siempre su objetivo primordial, el de maximizar u optimizar sus recursos de entre todas las elecciones posibles.

[18] Se define como la motivación intrínseca del propio ciudadano para cumplir voluntariamente con sus obligaciones sociales, tributarias y legales, de acuerdo a la normativa vigente.

favor de la honestidad y la justicia social, las sanciones más estrictas solo pueden ayudar a aumentar la evasión fiscal. Por lo tanto, las sanciones severas y la moralidad tributaria no siempre funcionan bien juntas, dependerá de las culturas y la idiosincrasia de cada sociedad. Respecto al enfoque más proactivo, de refuerzo positivo, con el que se adoptan medidas de prevención para evitar el incumplimiento desde el primer momento, se pueden destacar, además de las ya comentadas, algunas de las siguientes medidas: la introducción de nuevas relaciones de trabajo en el marco normativo; el uso de incentivos fiscales directos e indirectos ante el cumplimiento legal; o el desarrollar iniciativas para garantizar una transición más ágil y fluida al trabajo legal. Hay otros casos en los que se busca la motivación en aquellos que reconozcan el trabajo no declarado y procedan a su correcta regularización, como ocurre con las amnistías, en las que además de eliminar la responsabilidad administrativa y penal de las infracciones y los delitos, se ofrecen servicios de asesoramiento para encuadrar correctamente sus relaciones laborales, y ofreciendo deducciones, bonificaciones y reducciones para terminar de animar a la total inclusión en el orden del trabajo declarado.

Sin embargo, estos enfoques para abordar el trabajo no declarado no son necesariamente excluyentes entre sí, surgiendo diferencias entre las distintas regiones de la UE en cuanto al conjunto de medidas utilizadas para atajar el problema general del trabajo no declarado. De esta forma, se procede a analizar la casuística de algunos de ellos.

3.1. FRANCIA

En el contexto legal francés, la definición de trabajo no declarado se refiere a aquella actividad desarrollada por una persona sin haber sido declarada como profesional, empresa, o empleador, que oculte parte o la totalidad de sus trabajadores durante parte o la totalidad de su jornada laboral. En otras palabras, la definición legal de trabajo no declarado se refiere a dos tipos de fraude: actividad no declarada y empleo no declarado. Si una empresa no está inscrita en el Registro Mercantil (*Registre du commerce*) y en el Registro de Profesiones (*Registre des métiers*) cuando es obligatorio, o si no declara su actividad a los organismos de protección social o a la administración tributaria, se clasifica como actividad no declarada. Si un empleador no hace una declaración a los organismos oficiales para la contratación de sus empleados, no presenta un recibo de salarios por cada empleado, y/o no transmite el número correcto de horas de trabajo, esto se clasifica como empleo no declarado. En los últimos años, se identifican dos tendencias principales, en el creciente número de sanciones por trabajo no declarado y, además, por utilizar extranjeros sin un permiso de trabajo. Por sectores: la construcción, el sector del transporte y el trabajo de temporada en la agricultura son los principales sectores para todas las categorías de trabajo ilegal; mientras que los servicios de HORECA y el sector de alimentación al por menor son los principales sectores en los que se utilizan extranjeros sin permiso de trabajo. El aumento de la competencia y el emerger de nuevos focos de economía sumergida ha llevado a algunas empresas a tratar de preservar sus ganancias a cambio del uso de métodos ilegales, como por ejemplo la cesión ilegal de trabajadores, los cuales en la práctica tienen peores condiciones laborales en comparación con las de la empresa cesionaria; o la infradeclaración del volumen de horas de trabajo. Por zonas geográficas, debe destacarse la situación de las zonas francesas de ultramar. Estas áreas de ultramar tienen un alto nivel de desempleo y pobreza, fuerte inmigración ilegal y, más particularmente en Guyana y Mayotte, y un bajo nivel de educación, factores que pueden explicar el porqué de un alto grado de trabajo no declarado. Según uno de los últimos informes del CESE[19], se están desarrollando algunas tendencias nuevas con respecto al trabajo no declarado, como

[19] El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión están asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones, que ejercen funciones consultivas. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) es un órgano consultivo de la Unión Europea, que representa a empresarios, trabajadores y actividades diversas (agricultores, consumidores, ONG, profesionales etc.). Constituye lo que se denomina "la sociedad civil organizada". Tiene su sede en Bruselas.

pueden ser los pasantes que son empleados por jóvenes empresas emergentes de "*coworking*[20]"; o en algunos negocios de economía digital que hacen uso del teletrabajo. Con datos de las Uniones para la Recaudación de las cotizaciones de Seguridad Social y Prestaciones Familiares (*Union de recouvrement des cotisations de Sécurité Sociale et d'allocations familiales*, la URSSAF), 7 de cada 100 empresas de Francia emplean a trabajadores no declarados. Estos datos son confirmados por publicaciones recientes de la Comisión Europea que estimaba que, de los 2 millones de empresas instaladas en Francia, el 7,3% hacían uso del UDW. Y en relación con el resto de países de Europa, la economía sumergida representa el 10,8% del PIB en Francia, mientras que en el resto de los países europeos la escala puede variar del 7 al 16%. Francia está incluida en el grupo de Estados Miembros con menor tasa de economía sumergida, al igual que Alemania, Austria, los Países Bajos, Irlanda y los países escandinavos.

En Francia, las cuatro administraciones u organismos principales a cargo de la lucha contra el trabajo ilegal son: 1) la Inspección del Trabajo; 2) las Agencias de la Seguridad Social[21]; 3) la Policía; y 4) otros departamentos estatales como el tributario y aduanas. El trabajo no declarado está sancionado por el Código del Trabajo tanto con penas de cárcel como con sanciones económicas, diferenciando por el agente infractor y la gravedad de las mismas; por el Código de Comercio con una sanción adicional a la empresas empleadoras infractoras; y por el Código de Seguridad Social que requiere contribuciones sociales adicionales y sanciones.

La Inspección de Trabajo de Francia ha atravesado importantes reformas para mejorar su eficiencia y fortalecer su capacidad de intervención. Anteriormente, se consideraba demasiado generalista, lo que dificultaba las actuaciones para identificar fraudes complejos y la intervención que fuera necesaria. La reforma ha facilitado fortalecer la coordinación y comunicación entre los diferentes niveles de la Inspección de Trabajo (local, regional y nacional). En relación con el trabajo no declarado, las reformas han ido encaminadas a mejorar la detección de nuevos tipos de fraude, siendo la más importante la creación de unidades regionales de control especializadas para apoyar y monitorear la lucha contra el UDW. Estas unidades especializadas actúan para apoyar a las unidades locales que no siempre disponen del tiempo y los recursos suficientes para invertir en la lucha contra el trabajo no declarado. Debido a su amplia distribución regional por la que pueden cubrir grandes zonas geográficas, pueden identificar más fácil y ágilmente los casos de trabajo no declarado que no solo afectan a un solo centro de trabajo, sino que pueden buscar sinergias entre varias regiones y así poder atajar el mismo problema que está deslocalizado. Además, la reforma introdujo el Grupo Nacional de Seguimiento, Apoyo y Control (*Groupe national de veille, d'appui et de contrôle*, el GNVAC) que apoya los servicios locales en temas de importancia nacional. El Grupo no está focalizado al UDW, sin embargo, ha sido su enfoque principal desde su creación. Este grupo nacional es visto como un punto central de monitorización muy útil para identificar nuevos fraudes complejos y también para responder a solicitudes de otros servicios relacionados con la lucha contra el fraude. Centra su atención principalmente en determinados sectores de actividad sobre los que existen sospechas de ser focos fraudulentos; coopera con la Gendarmería para prestar apoyo en tareas de control del trabajo ilegal y coordina investigaciones de la policía judicial.

Respecto al papel de la Policía a través de la Oficina Central de Lucha contra el Trabajo Ilegal (*l'Office Central de Lutte contre le Travail Illégal*, la OCLTI), su función principal es la de intervenir en la lucha contra todas las formas de ilegalidad en el trabajo, además de servir de apoyo a la oficina

[20] Concepto de trabajo colaborativo creado en el año 2.005 en San Francisco, fruto de los cambios en la economía, que se traduce en espacios de trabajo conjunto entre profesionales independientes.

[21] Se integran por las Agencias de Bienestar Social. Las URSSAF son las Uniones para la Recaudación de las cotizaciones de Seguridad Social y Prestaciones Familiares, que son un conjunto de organismos que se encargan de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social en Francia.

central de inmigración ilegal. Como organización central, la Agencia también se encarga de coordinar la acción en las grandes operaciones contra el trabajo ilegal, intercambiar información sobre sus actividades y acordar sus modalidades de intervención, pudiendo darse como lugar idóneo para el intercambio de buenas prácticas. También coopera, en el ámbito local, con los Comités Operativos Departamentales Antifraude (*Comité Opérationnel Départemental Anti-Fraude*, los CODAF) que más adelante se comentarán. La OCLTI trabaja en colaboración estrecha con la Misión Interministerial de Coordinación Antifraude (*Mission interministérielle de coordination anti-fraude,* la MICAF). La MICAF se convierte en el principal organismo encargado de dirigir y coordinar las diferentes entidades dirigidas a la lucha contra el fraude. Sus competencias van más allá del trabajo ilegal e incluyen todo tipo de fraude, como puede ser el fraude fiscal. Sin embargo, dos tercios de su trabajo se centran en el trabajo ilegal. Para ello, la MICAF colabora con las principales administraciones estatales y organizaciones de Seguridad Social, así como con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sus misiones se pueden resumir en mejorar los servicios de coordinación y el uso compartido de sistemas de información y comunicación entre administraciones; contribuir al conocimiento sobre el fraude a través de talleres y cursos de formación; coordinar la función de vigilancia de las prácticas laborales y las acciones implementadas para analizar su evolución y progreso hacia la detección, prevención y lucha contra el fraude; y contribuir a la recuperación de recursos, impuestos y contribuciones sociales.

En relación con los CODAF, estos comités regionales están para dar una respuesta global y concertada contra todo tipo de fraude social. Su misión fundamental es la de mejorar el conocimiento recíproco entre los organismos, organizar operaciones conjuntas e intercambios de información, ofreciendo formación y compartiendo experiencias para mejorar la eficacia de todos los organismos. Por ejemplo, en una de las últimas campañas conjuntas de la Inspección de Trabajo con la colaboración de los CODAF, de la realización de actuaciones inspectoras en explotaciones agrarias se encontraron falsos autónomos, trabajadores en prácticas en situación irregular, actividades ficticias e incumplimientos sobre condiciones básicas de trabajo como salarios mínimos, descansos, horas máximas de trabajo, condiciones irregulares y hasta situaciones infra-humanas. En los últimos años, los CODAF han detectado más del 25% de las infracciones laborales relacionadas con el trabajo no declarado, junto a las operaciones gestionadas por cada organización.

Con todo ello, las instituciones francesas han procedido a implementar algunas buenas prácticas, entre las que se citan las siguientes:

— Creación de una base de datos de patrimonio nacional. Gracias al buen entendimiento entre las partes y a la coordinación entre entidades en la concesión de datos, se ha creado un archivo virtual compuesto de relaciones de actividades, información bancaria, y datos de aseguramiento privados, a nivel nacional, con los que se podrá realizar un tratamiento automatizado, facilitando las tareas de control y recuperación de recursos. Así, gracias al tratamiento masivo de datos, también se ha logrado mapear los sectores de actividad para poder evaluar las zonas de riesgo y estudiar los posibles nodos de fraude.

— Instauración de una tarjeta obligatoria de identificación profesional de actividad para cada empleado de la construcción. A través de este método, se busca controlar y poder detectar con rapidez el trabajo no declarado en el sector de la construcción, y la oportunidad de detener y suspender de inmediato cualquier ayuda o concesión gubernamental que la empresa infractora esté recibiendo.

— Establecimiento por decisión judicial de poder incluir a los agentes fraudulentos en una "*lista negra*[22]" de interés público por un periodo de hasta dos años. Esta sanción adicional, ante el incumplimiento de las normas sociales y fijada a consecuencia de un proceso judicial, tiene un fuerte impacto en el atractivo de la marca a nivel del consumidor y en la imagen de la empresa como agente económico, ya sea como parte empleadora o como agente comercial con otras empresas. El objetivo final de la medida es garantizar la transparencia sobre las prácticas fraudulentas de las empresas, ejemplarizando la posición totalmente contraria hacia cualquier práctica que socaven los derechos laborales del modelo social, y completando así una batería de medidas de carácter disuasorio impulsadas por el Gobierno francés en materia de lucha contra el fraude dentro del ámbito social.

En este contexto, el marco legal francés se ha reforzado fuertemente en los últimos años con la reforma de la Inspección de Trabajo, dando una mayor respuesta a fraudes cada vez más complejos y gracias a la creación de unidades específicas, ahora hay unidades por cada región más próximas a la realidad social del ciudadano. Se han conseguido controles más efectivos, se ha fortalecido la coordinación entre actores y se ha proporcionado a la lucha contra el fraude más medios para poder combatir la cantidad de nuevos retos que aún se plantean en un corto-medio plazo.

3.2. ALEMANIA

En Alemania, el UDW comprende tanto los servicios o trabajos no declarados por parte de empleadores, empresarios y autónomos, que no cotizan al Sistema de la Seguridad Social (en alemán *Sozialversicherungsystem*), incumpliendo sus obligaciones sociales; como aquellos que incumplen sus obligaciones fiscales; además de los beneficiarios de prestaciones sociales que las compatibilizan con trabajos en economía sumergida, no comunicando estas actividades ante las Autoridades de Seguridad Social competentes[23], en el caso de la prestación por desempleo gestionada por la Agencia Federal de Empleo (*Bundesagentur für Arbeit*). Asimismo, la Ley también se aplica a las personas que no han declarado sus actividades económicas de acuerdo con la Ley de Regulación del Comercio e Industria, así como a aquellos negocios y artesanías que no están registrados en el Registro de Comercio Especializado, excluyendo aquellos trabajos o servicios de construcción o reparación concertados por el cabeza de familia respecto de su vivienda o aquellos desempeñados por buena vecindad. Según un informe del Eurobarómetro[24], las infracciones más comunes consisten en la infra-cotización; el uso abusivo de mini-empleos[25] cuando en realidad se pagan y se trabajan más horas que

[22] Lista publicada en la página web del Ministerio francés de Trabajo, Pleno Empleo e Integración. Recuperada de: https://liste-noire.travail-emploi.gouv.fr/index.html

[23] Dependientes del actual Ministerio alemán Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, *Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS).*

[24] Las encuestas del Eurobarómetro son el instrumento de sondeo oficial utilizado por el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y otras instituciones y agencias de la UE para controlar periódicamente el estado de la opinión pública sobre cuestiones relacionadas con la Unión Europea, así como las actitudes sobre temas de carácter político o social. El proyecto se inició en 1974 dentro de la Comisión Europea y desde entonces, ha evolucionado y se ha expandido significativamente con diferentes herramientas de encuesta. En 2007, el Parlamento Europeo inició su propia serie regular de encuestas Eurobarómetro, centrándose en temas específicos del Parlamento Europeo. La combinación de la amplia gama de temas tratados de manera constante durante mucho tiempo, la regularidad de las publicaciones y la cobertura geográfica hacen del Eurobarómetro una fuente única de conocimiento e información en la Unión Europea.

[25] También conocidos como mini-trabajos o *Mini-jobs.* Se tratan de una modalidad legal de relación laboral habitual en Alemania, en la que se realizan pocas horas, 43,33 al mes como máximo; se perciben unos emolumentos máximos de hasta 520 € al mes: y en la que como trabajador con un mini-empleo no tiene que contribuir a la Seguridad Social y está exento del impuesto sobre la renta. En estas relaciones, la parte empleadora tiene que abonar unas cuotas sociales muy reducidas en comparación con un trabajador a jornada completa. Este tipo de empleos, en general, son desarrollados por mujeres que buscan temporalmente una conciliación de la vida laboral y familiar, no obstante, y

las declaradas; el incumplimiento de normas mínimas de condiciones de trabajo, como pueden ser en materia de pago de vacaciones, exceso del tiempo diario de trabajo, o condiciones de seguridad y salud en el trabajo; y la falsedad de las horas declaradas trabajadas. Asimismo, como irregularidades reincidentes también hay que mencionar: los incumplimientos y falsedades en la obligación de registro de comercios, negocios y artesanías; los Falsos Autónomos (*Scheinselbstständigkeit*); o la infra-declaración de ingresos por parte del trabajador por cuenta propia, suponiendo un fraude fiscal y contra el Sistema de Seguridad Social. Conforme a los resultados de las autoridades de control, los focos con mayor *score* o probabilidad de fraude en el trabajo no declarado se sitúan en los siguientes sectores: construcción, HORECA, empleados del hogar, servicios de transporte, tanto de pasajeros como de paquetería, silvicultura, soporte de ferias y exposiciones, e industrias cárnicas. La incidencia del trabajo no declarado en el sector de empleados del hogar es muy alta. Según datos del Panel Socioeconómico Alemán[26], más del 90 % de los hogares que emplean a una empleada doméstica, no declara a la trabajadora, estando el número de *mini-jobbers* en hogares al alza.

A juzgar por las patronales y las asociaciones, los altos costes laborales y los niveles impositivos son las principales razones que motivan el UDW. El trabajo no declarado está relacionado con el interés indivisible de la parte empleadora de pagar menos impuestos y cuotas sociales; y de la parte obrera de no declarar el trabajo si ello supusiera una suspensión o extinción de la condición de beneficiario en prestaciones sociales, sin olvidar la correspondiente connivencia punible entre empleador-trabajador y el yacimiento de economía sumergida que este tipo de fraudes conlleva. Según un estudio del Instituto de Investigación Económica Aplicada de la Universidad de Tubinga, se estima que la economía sumergida gira en torno a más de un 10%, aproximadamente, del Producto Interior Bruto del país. Las patronales también consideran las restricciones en el acceso laboral para los inmigrantes como un factor importante para el trabajo no declarado y el empleo ilegal, suponiendo en la práctica para este colectivo salarios bajos, peores condiciones laborales y, en consecuencia, las mayores ganancias que pueden obtener las empleadoras a través de la fórmula "peores condiciones laborales es igual a mayores beneficios".

En relación a los Organismos actuantes, hay que mencionar que la competencia en materia de inspección está asumida por cada uno de los estados federales que componen la República Federal de Alemania, los cuales tienen total autonomía para organizar su Inspección de Trabajo propia. No obstante, a nivel nacional, la Ley para combatir el trabajo no declarado (*SchwarzArbg*), le confiere y le asigna las funciones de investigación a la unidad de Control Financiero del Trabajo No Declarado (*Finanzkontrolle Schwarzarbeit*, la FKS). La FKS, dependiente del organismo de Aduanas (*Zoll*), es la organización principal que lleva a cabo controles y actuaciones inspectoras sobre el terreno, tanto de oficio o en contestación a las solicitudes de otras instituciones, promoviendo así relaciones directas de intercambio de información y yendo más allá de compartir información y archivos, fomentando la cooperación interpersonal entre todas las instituciones interesadas. De sus funciones de verificación se pueden destacar las siguientes: el cumplimiento de las obligaciones de comunicación de inicio de la actividad laboral; la procedencia de las altas de los trabajadores a la Seguridad Social; las relativas a la legalidad de los permisos de trabajo, la cesión legal de trabajadores, las condiciones mínimas de trabajo; y las exigencias referidas al cumplimiento de las obligaciones fiscales y tributarias. Está autorizada a realizar inspecciones no anunciadas, teniendo cualquier agente social la obligación de cooperar y participar activamente en el desarrollo de las actuaciones inspectoras. Para tal fin tienen

según fuentes oficiales alemanas, en la práctica la transición de esa temporalidad a una jornada normalizada resulta sumamente difícil, convirtiéndose así, en muchas ocasiones, en una forma permanente, y en otras tantas ocasiones en una práctica abusiva del derecho.

[26] El Panel Socioeconómico Alemán (SOEP) es una encuesta longitudinal de aproximadamente 15.000 hogares que opera en la República Federal de Alemania desde el año 1.984. La encuesta es realizada por el Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) de Berlín. Las variables incluyen la composición del hogar, el empleo, la ocupación, los ingresos, la salud y los indicadores de satisfacción.

potestad de acceder a los centros de trabajo, siendo conscientes que cualquiera que no participe o no facilite la labor en una inspección, por ejemplo, al no proporcionar información o al no permitir el acceso a la propiedad, comete una infracción administrativa de obstrucción, pudiendo ser sancionado por ello. Además de la iniciación del procedimiento sancionador, promueven la regularización de los actos ilegales que observen. Si se detectan delitos, la FKS inicia los procedimientos preliminares y lleva a cabo las investigaciones oportunas. En el procedimiento preliminar, la FKS tiene las mismas potestades que las autoridades policiales.

Asimismo, respecto a otros organismos gubernamentales con competencia en el ámbito se pueden destacar: los Servicios de Auditoría de Seguros de Pensiones[27] (*Die Prüfdienste der Rentenversicherung*, los DSRV) como responsables de rastrear el trabajo no declarado y de reclamar el reintegro de daños y perjuicios que correspondan; cada una de las autoridades fiscales de los *Länder*[28], de quienes es responsabilidad la detección del fraude fiscal; o la propia Agencia Federal de Empleo, ya comentada anteriormente, encargada de rastrear el abuso en las prestaciones de empleo. Una reforma normativa propició el otorgarle a las autoridades de los *Länder* más competencias para el control en materia de registro de empresas, teniendo que informar cuando se detecte alguna irregularidad sospechosa o posible foco fraudulento a la FKS, la cual será la competente en llevar a cabo más investigaciones.

La lucha contra el trabajo no declarado ha sido objeto de una amplia cooperación entre varios organismos e instituciones: la Administración Federal de Aduanas, los seguros de pensiones y accidentes, las agencias recaudadoras de la Seguridad Social, las oficinas de trabajo, las oficinas de impuestos, las oficinas de los Länder para la seguridad en el trabajo, la policía de los Länder, las instituciones a cargo de extranjeros, el Registro de empresas y comercio… y así una larga lista de instituciones que han logrado que a nivel regional y local, hayan podido establecer sendas de cooperación y colaboración directa entre los distintos organismos del ámbito. Se fomenta la cooperación compartiendo información, capacitación, aprendizaje, visitas, principios comunes, en general, un intercambio regular de experiencias a todos los niveles. En cada *Länd* y a nivel regional se han constituido multitud de grupos de coordinación entre las diferentes instituciones.

Así, en relación con las medidas implementadas, se basan en un enfoque disuasorio, con un mayor control en las empresas y a los trabajadores; con el establecimiento de infracciones y sanciones más severas que desincentivan las costumbres y usos fraudulentos, mejorando en consecuencia la prevención y la detección de la lucha contra el fraude. La severidad dependerá de si existe una infracción administrativa o un delito penal, por ejemplo, retener las contribuciones sociales a pagar por parte del empleado será perseguido como un delito penal, mientras que otras acciones se tratarán como infracciones administrativas. Las sanciones administrativas por infracciones relacionadas con el trabajo no declarado pueden ascender hasta los 500.000 euros, verbigracia, el empleo ilegal de extranjeros o la remuneración inferior al salario mínimo. Respecto al control del salario mínimo, llevado a cabo por parte de la FKS, antes de la introducción del salario mínimo nacional, se empleaban salarios mínimos sectoriales, a fin de evitar el dumping salarial y la práctica con la inmigración ilegal. Fue en 2015 cuando se estableció el salario mínimo a nivel nacional, iniciándose en cuantía de 8,50 euros la hora, que ha venido aumentándose hasta alcanzar los actuales 12 euros la hora. Otra medida preventiva fue la de incentivar las declaraciones de trabajo, siendo este el fundamento del fomentar los mencionados mini-empleos. Para promover los mini-empleos registrados y prevenir el

[27] Los DSRV son mantenidos conjuntamente por todas las instituciones de seguros de pensiones, entre otras funciones, intercambia gran volumen de datos con muchas instituciones a nivel nacional e internacional.

[28] Se trata de cada uno de los 16 estados federales en los que desde 1990 se descentraliza la República Federal de Alemania. Tienen personalidad jurídica propia y tienen la exclusividad competencial en algunas de las materias que le confiere la carta magna del ordenamiento jurídico alemán: la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*).

empleo ilegal, se simplificó el procedimiento administrativo de contratación de empleados del hogar, facilitando el registro del contrato laboral y el abono de unas cotizaciones sociales de cuantía inferior al resto de sectores. Sin embargo, aún se estima que el trabajo no declarado de los empleados de hogar sigue siendo muy alto. En cuanto al éxito de las medidas, el trabajo no declarado en sí ha disminuido, consiguiendo que el promedio de horas semanales trabajadas en trabajo no declarado también se haya reducido. No obstante, sobre la eficacia de los mini-empleos para prevenir el trabajo no declarado, los sindicatos argumentan que los resultados producidos son lo contrario a lo que se desea conseguir, induciendo a que los trabajadores eventuales realicen más horas de las pactadas en los mini-contratos de trabajo, dando muestras de evidencias que en la práctica demuestran que los mini-empleos han aumentado el trabajo no declarado, sustituyendo, además, algunos puestos de trabajo a jornada completa, con el perjuicio que ello conlleva a la seguridad jurídica de los trabajadores y a las arcas de la Seguridad Social.

Entre las buenas prácticas realizadas por las entidades alemanas, se puede destacar las fructíferas redes de coordinación inter-operativas entre los distintos organismos públicos, consiguiendo en la práctica herramientas ágiles de intercambio de información, así como un amplio consenso entre los interlocutores sociales, y la implementación de las alianzas sectoriales y regionales para combatir el trabajo no declarado.

Por último, respecto a los desafíos pendientes, siguen existiendo dificultades para cobrar con éxito todos los créditos y/o las deudas de aquellas organizaciones e individuos que han permitido parte del trabajo no declarado. La aceptación de la opinión pública de abordar el trabajo no declarado también debería ser de orden imperativa, ya sea mediante el fomento de la moralidad tributaria o mediante el concienciar a la sociedad para que alcancen a comprender los perjuicios en que desemboca el trabajo no declarado, siendo necesario para poder enfrentarse al aumento de los mini-empleos en fraude de ley. A nivel organizativo, ante el déficit de recursos humanos que sufrían las administraciones competentes, y tras una evaluación por parte del poder ejecutivo, se ha tenido a bien realizar un aumento significativo de personal para la Administración Federal de Aduanas, intensificando así la labor inspectora de la FKS y los controles sobre los salarios mínimos. Los sindicatos también están a favor de ampliar las competencias de la FKS para controlar las condiciones de trabajo, proponiendo, por parte de las asociaciones de artesanos, un mejor y mayor control de las actividades no declaradas.

4. ITALIA

En Italia, desde una perspectiva legal, el trabajo no declarado es cualquier actividad laboral remunerada que no ha sido declarada ante las autoridades competentes, como el Instituto Nacional de Seguridad Social[29] (en italiano, *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, el INPS), el Instituto Nacional del Seguro contra Accidentes de Trabajo[30] (*Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro*, el INAIL), la Agencia Tributaria o los Servicios de Empleo. En la República Italiana, un foco de especial interés en el UDW deriva del trabajo a tiempo parcial. Según un estudio realizado por el ISTAT, una quinta parte de los contratos a tiempo parcial se tratan de trabajos a tiempo completo no declarados, con los otros tipos distintos de fraude que ello conlleva como la infra-declaración, el abono de parte de salario en efectivo en fomento de la economía sumergida, y la declaración de una jornada de trabajo de hasta un 40 % inferior a la jornada de trabajo efectiva y real. A esto hay que añadir, que en la práctica esas horas que no son declaradas son abonadas a cambio

[29] El INPS cumple ahora este año 2.023 su centésimo vigésimo quinto aniversario, naciendo en el año 1.898 con la fundación de la Caja Nacional del Seguro de Invalidez y Vejez de los Trabajadores, con el objetivo de asegurar a los trabajadores contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte. El INPS actualmente gestiona la liquidación y el pago de las pensiones, las prestaciones y el nivel asistencial de la Seguridad Social.

[30] .El INAIL es el organismo público que gestiona los seguros obligatorios de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

de un salario inferior en comparación con el de un trabajador declarado. Según el Eurobarómetro, el empleo fraudulento de inmigrantes es cada vez más común en Italia. El trabajo no declarado entre los inmigrantes afecta principalmente a hombres, mientras que la distribución por géneros en el empleo irregular se sitúa en torno al 50% entre mujeres y hombres. Esto es debido a que los trabajadores masculinos tienden a ser empleados en los sectores donde el UDW tiene mayor incidencia, como puede ser la agricultura y la construcción. En cuanto a la edad, se concentra en el tramo que comprende entre los 25 y los 34 años de edad. Respecto a la ubicación, el trabajo no declarado está concentrado en el sur de Italia, mientras que el empleo irregular se concentra en regiones del norte del país. Los inmigrantes con menos educación están más expuestos al riesgo de ser explotados y de sufrir situaciones de necesidad que les obliguen aceptar estos fraudes de ley. Un fenómeno peculiar que ocurre en Italia es el *Caporalato*[31]. Se produce principalmente en la agricultura, siendo este un sector en el que tradicionalmente ha tenido un alto *score* por tratarse de una actividad con altos niveles de trabajo no declarado debido a su estacionalidad y multitud de movimientos de altas y bajas diarios. Según el ISTAT, se estima que el UDW ocupa en la construcción más de un 10 % del total de los empleos en el sector, en la agricultura más de un 30 %, y en los empleos del hogar más de un 40 %.

En esta ocasión, los principales argumentos del UDW en Italia se pueden agrupar en: A) el factor económico, permitiendo maximizar los beneficios evadiendo las cargas fiscales y sociales que la declaración del trabajo conlleva; B) el factor administrativo, la no declaración del trabajo puede ser favorecida por las modalidades flexibles de trabajo, como el trabajo a tiempo parcial, el teletrabajo, y por la generalización de la subcontratación, lo que hace que sea más fácil para los empleadores el abuso del derecho, dificultando su control; C) el factor cultural, en algunas zonas, principalmente en el sur de Italia, la economía sumergida y el trabajo no declarado están normalizados, siendo percibidos como un apoyo recíproco o hasta de buena vecindad entre las partes, entre empleadores y empleados. Según el Eurobarómetro, más del 30% de los encuestados cree que los impuestos y las cotizaciones sociales son demasiado altas; similar porcentaje a los que argumentan que el nivel de UDW es tan alto por la falta de puestos de trabajo estables; mientras que más del 20% consideran que los salarios de los trabajos declarados son demasiado bajos. Algunas fuentes indican que el acrecentamiento de la inmigración se trata de un factor más a considerar en el análisis del trabajo no declarado, aumentando aún más el dualismo del mercado laboral entre trabajo declarado y no declarado, ya que

[31] El Caporalato es un fenómeno que normativamente se conceptuó en Italia como una actividad de intermediación abusiva en la colocación de la mano de obra. Se trata de un reclutamiento ilegal de trabajadores, mayoritariamente agrícolas, a través de la figura de un tercero, un mediador (el *Caporal)*, a menudo vinculado a organizaciones criminales y/o mafiosas, que les consigue un trabajo no declarado por salarios muy bajos, tratándose en su mayoría de trabajadores en situación de necesidad o en riesgo de exclusión social, que en su generalidad son inmigrantes irregulares, a cambio de descontarles un porcentaje de sus emolumentos en concepto de comisiones. Se trata de una forma extrema, muy cercana a la esclavitud ya que el pago final por hora está rondando de 2,5 a 3 euros. Sus víctimas son personas que se encuentran en una situación de preocupante vulnerabilidad tanto en el plano económico como social: extranjeros, en general irregulares, o desocupados que tienen una necesidad extrema de trabajar. Aún compitiendo en un mundo globalizado, la agricultura italiana ha seguido manteniendo su competitividad a nivel mundial, gracias, según algunos autores apuntan, a las irregularidades generalizadas, los delitos y las costumbres fraudulentas que rodean al campo italiano. El *Caporalato* está incentivado por las necesidades estacionales de este sector que precisa una gran concentración de trabajadores en jornadas muy breves. Dándose principalmente en el sector primario aunque en los últimos tiempos también se ha extrapolado a sectores como la construcción, la hostelería o el servicio doméstico. El resultado son salarios muy bajos, omisiones de todo tipo de responsabilidades, pérdida de derechos inalienables al ser humano, trabajos no declarados, y casos de explotación. El *caporal* llega a quedarse con el 50 e incluso el 60% del jornal del trabajador, ya de por sí inferior al salario contemplado en la negociación colectiva. Así, en la práctica, han llegado a encontrarse con salarios medios de entre 20 y 30 euros por jornada laboral, y con una duración de entre 8 a 12 horas diarias, resultando vinculados el fenómeno migratorio con los territorios controlados por las organizaciones mafiosas, que han ido extendiéndose desde el sur de Italia hacia el norte del país. (Consultado de un texto doctrinal de David Lantarón Barquín, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria.)

las necesidades de los inmigrantes los obligan a aceptar cualquier tipo de trabajo, independientemente de las condiciones en las que se lleve a cabo.

Respecto a los Organismos actuantes, el trabajo no declarado es abordado principalmente por el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales (*Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali*, el LPS) a través de la Inspección Nacional del Trabajo[32] (*l'Ispettorato Nazionale del Lavoro*, la INL). La Inspección Nacional del Trabajo está destinada principalmente a llevar a cabo una acción de control en el campo de la legislación laboral, de seguridad social, de seguros y de seguridad y salud en el trabajo. La coordinación, planificación y ejercicio de la actividad de inspección se lleva a cabo mediante el intercambio de datos con el INPS, el INAIL y la Agencia Tributaria. Para evitar la duplicidad de intervenciones, la Inspección Nacional del Trabajo, a través de sus divisiones territoriales (Inspecciones Territoriales e Interterritoriales del Trabajo), se coordina con los servicios de inspección de las Autoridades Locales de Salud y las Agencias Regionales de Protección Ambiental. Además, la INL cuenta con el apoyo de un comité *ad hoc*, la Comisión Central de Coordinación de Vigilancia, afianzando así la cooperación de representantes del INAIL, del INPS, de los *Carabinieri,* de Hacienda, y de las organizaciones sindicales y patronales. El LPS ha realizado multitud de acuerdos de información y cerrado convenios de actuación conjunta para facilitar la tarea que les atañe a sus organismos dependientes. Los convenios versan desde la información de propiedades de bienes de cualquier tipología, tanto muebles como inmuebles, hasta la cooperación con la Policía de Finanzas (*Guardia di Finanza*) y los *Carabinieri*.

En cuanto a las medidas referidas en el país alpino, han coexistido las medidas disuasorias y proactivas. Respecto al primer enfoque, se han utilizado, principalmente: A) sanciones administrativas que, cuya gravedad depende de la duración de la infracción agravándose en caso de menores de edad, y que pueden complementar las sanciones económicas con suspensiones totales de la actividad; B) sanciones civiles, en casos de falta de comunicación de alta, falta de pago, pagos irregulares o evasión fiscal y de las contribuciones de la Seguridad Social; C) sanciones penales, reguladas por el Código Penal, como el trabajo infantil, el empleo sin permiso de trabajo o la explotación de los trabajadores. Como ejemplo en este bloque se puede mencionar la creación de un nuevo fraude respecto al empleador en los casos del fenómeno del "*Caporalato*", sancionando así tanto al intermediario como al empleador que explota a los trabajadores en situación de necesidad. Y, respecto a las proactivas, reseñar: A) el uso de incentivos fiscales; B) la implementación de actividades de apoyo legal para prevenir el trabajo no declarado; C) el asesoramiento jurídico. De este último bloque, y siendo algunas de ellas ejemplos de buenas prácticas, cabe destacar las siguientes medidas:

— Uso de incentivos fiscales. El bono de trabajo, ya derogado, se impulsó para fomentar la declaración del trabajo inmerso en economía sumergida. Introdujo un sistema de remuneración que los empleadores podían usar para pagar a los trabajadores discontinuos. El trabajador no tenía que pagar ningún impuesto ni abonar cuotas sociales pero el tiempo sí les computaba para el cálculo de pensiones. El legislador lo sustituyó por dos tipos de medidas, el libro de familia (*libretto di famiglia*) concertado entre un cabeza de familia y un empleado del hogar; y el contrato ocasional, firmado por una parte empleadora, con no más de cinco empleados, para cualquier trabajo excepto para el sector de la construcción. Este tipo de contratos tiene los mismos beneficios sociales y fiscales para empleadores y trabajadores que el Bono anterior.

[32] La INL, con sede en Roma, es un organismo que tiene personalidad jurídica de derecho público y goza de autonomía administrativa, organizativa y contable bajo la tutela del Ministerio del Trabajo y Políticas Sociales. Dotada de su propio Estatuto y en funcionamiento desde el 1 de enero de 2017, la Inspección Nacional del Trabajo lleva a cabo las actividades de inspección, planificando y coordinando a nivel central y territorial la supervisión de la legislación laboral y social, así como en materia contributiva y de seguros. En el año 2.021 se han ampliado sus competencias, inicialmente limitadas únicamente al sector de la construcción, abarcando ahora todos los sectores productivos.

— Amnistías. En la década de los 90 se implementaron los denominados contratos de realineación para alentar a las empresas a actuar legalmente en una simbiosis de cooperación entre las empresas, los sindicatos y la administración pública. Posteriormente se ha visto promovido otro tipo de amnistía pero en esta ocasión enfocada a la regularización de trabajadores extranjeros irregulares. Entre los años 2.001 y 2.003, el gobierno italiano implementó una ley conocida como la "Campaña de Regularización" que permitió a los trabajadores y empresas no declaradas regularizar su situación a cambio de abonar de manera reducida los impuestos y las contribuciones sociales durante tres años, así como el poder efectuar las correspondientes liquidaciones complementarias. A los trabajadores por cuenta propia no declarados se les permitió dos opciones: A) declarar sus irregularidades y pagar inmediatamente todos los impuestos y las contribuciones sociales de manera reducida; o B) realizar una regularización gradual mediante un plan de aplazamiento de cuotas. En el caso que estos fuesen incumplidos, los trabajadores serían sancionados con el pago del 100% de lo adeudado, en lugar de la cantidad reducida.

— Asesoramiento jurídico. La INL ha puesto en marcha una herramienta estratégica de prevención, con el objetivo de difundir la cultura de la legalidad mediante la programación y ejecución de acciones de prevención y promoción, a través de reuniones de difusión, información y actualización, sobre las principales novedades en materia de legislación laboral, seguridad social y seguridad en el trabajo, dirigida a empleadores, trabajadores, organizaciones sindicales, patronales y a otras organizaciones profesionales. Otro ejemplo de este tipo se puede observar en los Centros Urbanos Operativos para la Mejora Económica (*Centri Urbani Operativi per la Riqualificazione Economica*, los CUORE) que se crearon en el año 1.999 sobre la base de un acuerdo entre el municipio de Nápoles y la Universidad Federico II para investigar el entorno empresarial local. Esta investigación reveló que el principal problema del mercado laboral local en Nápoles no era el paro sino la economía sumergida. Actualmente, los CUORE consisten en una red de centros donde se ofrecen servicios vecinales en barrios en riesgo de exclusión social, siendo su público objetivo los pequeños profesionales y las micro-empresas no declaradas, con la finalidad de potenciar su crecimiento y así declaren su actividad. Una vez identificados, los CUORE ofrecen información y asesoramiento para facilitar la formalización. Los trabajadores del proyecto monitorean de cerca cada paso en el proceso para asegurar que la empresa siga el camino acordado hacia la regularización, adaptando los pasos a las necesidades de cada empresa. Como resultado, se han creado consorcios empresariales para brindar ayuda y capacitación, organizar ferias comerciales, proteger la originalidad de sus productos y ofrecer asistencia en la internacionalización de sus mercados. Esto crea más incentivos para que las empresas o los individuos legitimen sus negocios, permitiéndoles competir en el mercado declarado por motivos distintos que la reducción de costos en la mano de obra y, a su vez, haciendo que contrarresten su necesidad percibida de continuar de manera oculta. Desde su éxito en Nápoles, la iniciativa ha comenzado a replicarse en otras partes de Italia.

Y, por último, como desafíos pendientes, indicar el mayor que tiene Italia, que no es otro que el trasfondo cultural, ya que la aplicación de cualquier norma, medida o cambio político no será completamente efectivo mientras que el Trabajo no Declarado no se considere un problema socioeconómico. Teniendo también que solucionar el nexo entre el UDW y la inmigración irregular, provocado, fundamentalmente por el *Caporalato.*

5. CONCLUSIONES

El trabajo no declarado, en cualquiera de sus vertientes, pone al Sistema de Seguridad Social, a los empleadores y a los trabajadores en multitud de riesgos. El UDW socava al sistema público, la protección social y a la cohesión social, teniendo una incidencia crucial en las finanzas públicas por las pérdidas que implica en términos de ingresos fiscales y de cotizaciones sociales. Esta situación crea un círculo vicioso en la medida en que el Estado aumenta los gastos para seguir garantizando unos servicios públicos para todos, con el perjuicio de no ser todos los que aportan para su mantenimiento, dándose, además del mayor gasto, una pérdida de ingresos a través de la economía sumergida. Los derechos y seguridades a nivel individual también se ven afectados, resultando que los trabajadores no declarados no tienen subsidio de desempleo, ni seguro de accidentes laborales ni reconocimiento de su trabajo de cara a los periodos cotizados para cualquier tipo de futura pensión de la Seguridad Social. Los trabajadores no declarados que oficialmente son personas inactivas se ven privados de todos los beneficios sociales derivados del trabajo con un contrato formal, recibir una formación especializada, tener un perfil específico de carrera, o aumentar sus salarios y mejorar sus condiciones laborales conforme a las mejoras de la normativa, no pudiendo asimismo, justificar la preciada experiencia en un mercado laboral que le dificultará obtener otro tipo de trabajo ante la falta de pruebas demostrables en el desempeño de su actividad. Respecto a la sectorización, ha quedado patente que el UDW se trata de un problema en todo tipo de sectores económicos, tanto dentro de los países como a través de las fronteras, estando en el ranking el empleo del hogar, el sector primario y el terciario.

Así pues, es importante luchar eficazmente contra el trabajo no declarado, teniendo que establecer una estrategia definida. Los enfoques comentados para abordar el UDW, el disuasorio y el proactivo, no son necesariamente excluyentes entre sí. Se puede perfeccionar la detección y lucha contra el fraude en relación con quienes incumplan u omitan sus obligaciones sociales; a la par que apoyar y asesorar jurídicamente a los distintos activos del mercado y mejorar en la educación social de la ciudadanía.

Pero y algunos se preguntarán, ¿cómo, entonces, se puede elevar el nivel de moralidad tributaria? Una táctica para lograrlo podría ser realizar campañas de sensibilización e información, mejorando la educación de base e inculcando desde pequeños los perjuicios del trabajo no declarado, tanto como sociedad como a nivel de persona, siendo el fraude cosa que nos atañe a todos, no solo al que a veces parece ser un ente invisible, incorpóreo, que no siente ni padece y que a veces se hace llamar Estado del Bienestar… Además, se podrían hacer campañas específicas de formación e información en focos o sectores de elevado *score* fraudulento, dirigido a trabajadores, personas potenciales, organizaciones sindicales, patronales y todo otro tipo de asociaciones vinculadas a la actividad y al trabajo. En ocasiones, los trabajadores están sufriendo o han sufrido algún tipo de irregularidad y no son conscientes debido a su desconocimiento en la materia, por eso es importante que estas campañas, además de informar de las consecuencias del UDW, fuesen destinadas a darles algunas herramientas en forma de consejos, recomendaciones o sugerencias para que puedan detectar la irregularidad o saber dónde han de acudir en casos de posible acto fraudulento. Si la moralidad tributaria se mantiene alta, la sociedad se involucra en la asunción de sus responsabilidades, pero si por lo contrario la moralidad disminuye, aumenta el incumplimiento por partes de unos actores que no se ven si se sienten identificados ni representados en un sistema justo y equitativo. La equidad y la justicia percibidas del sistema tienen un impacto significativo en la moralidad tributaria. La equidad se refiere a la medida en que las personas creen que están pagando lo que les corresponde, vinculado con el término de justicia, referido a si los ciudadanos reciben los servicios públicos que creen merecer conforme a los impuestos y tributos que aportan; lo que se denomina como *justicia procesal*, es decir el grado en que las personas creen que el sistema público los ha tratado de manera respetuosa, imparcial y responsable. Las personas que sienten que han sido tratadas de una manera

procesalmente justa por parte de una organización, son más propensas a confiar en esa organización y más inclinadas a aceptar sus decisiones y seguir sus instrucciones. Dado que la moralidad tributaria está altamente correlacionada con el nivel de conocimiento tributario, una forma potencial de mejorar la moralidad tributaria, y por lo tanto el cumplimiento, también sería mejorar el conocimiento fiscal. En otras palabras, un método exitoso para prevenir la evasión fiscal es proporcionar más conocimiento a segmentos más amplios de la sociedad, con el fin de mejorar la ética fiscal y la concepción de la sociedad sobre la justicia del Sistema.

Otra medida es posibilitar una desgravación directa en el impuesto sobre la renta a las familias que utilicen mano de obra declarada para tareas domésticas específicas, como obras de mantenimiento o reparaciones. Esto ya se aplica en los empleos del hogar de otros países de la UE como Francia, Italia, Finlandia o Alemania. Y esto mismo, es lo que se ha impulsado en España de cara al impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2022, aprobando las deducciones por obras de mejora de eficiencia energética en viviendas. En este caso, para su disfrute se requiere la justificación del importe de la deducción "*mediante tarjeta de crédito o débito, transferencia bancaria, cheque nominativo o ingreso en cuenta en entidades de crédito, a las personas o entidades que realicen tales obras, así como a las personas o entidades que expidan los certificados energéticos"*. Fomentando, de esta forma, el trabajo declarado, en detrimento de la economía sumergida. La Comisión Europea concluye con respecto a tales iniciativas que han colaborado en alentar a más personas para aprovechar la oportunidad de reparar sus hogares legalmente a cambio de disfrutar de ese aliciente, teniendo el efecto deseado, que se optase más por el trabajo declarado ante algo que podría haberse realizado de manera irregular. Así, la finalidad última de estas medidas de educación e implementación de incentivos fiscales no es más que la de fomentar una moralidad tributaria y social entre los diversos agentes que conforman el mercado de trabajo. Se tratan de medidas que buscan un compromiso social que conciencie a todas las partes interesadas logrando la estabilización de la equidad y la justicia redistributiva que debería predominar para llegar a los términos del Bienestar Social.

De esta forma, y teniendo en cuenta que las medidas a implementar no pueden ser las mismas en todos los Estados Miembros, debiéndose adaptar a sus singularidades y a la idiosincrasia de cada país, en España se podrían valorar las siguientes medidas:

— Desarrollo de un banco de conocimientos de todas las instituciones. En huida del corporativismo y con un enfoque cooperativista, hay que plantear que si realmente se quiere abordar la lucha contra todo tipo de fraude es elemental que exista una estrategia única, obteniendo y compartiendo el conocimiento de todos los ámbitos, independientemente del organismo o la agencia de la que sean propiedad esos datos. Y el ejemplo se ha visto en el apartado de Alemania donde existe una única organización que aglutina el conocimiento de todas las otras entidades, siendo este un importante paso adelante en la lucha contra el trabajo no declarado. Este desarrollo también sería posible en la Unión Europea, siendo los Estados Miembros los agentes activos que puedan aprender con el conocimiento, con su valor añadido y sobre las experiencias de otros países para saber sobre lo que funciona y lo que no, y sea posible así que no se cometan los mismos errores. Asimismo, también se podría efectuar la publicación de las listas negras de empresas con malas praxis en el ámbito, igual que efectúa el país vecino de capital parisina como anteriormente se ha descrito.

— Programas de apoyo y asesoramiento legal. Aparte de fomentar la moralidad tributaria, ya desarrollada anteriormente, otra forma de abordar esta cuestión sería el fomento de programas de apoyo y asesoramiento legal destinado principalmente para las pequeñas y medianas empresas (las PYMES) que conforman el 99.8 % sobre el total de empresas

que existen en España[33]. Programas de desarrollo que brinden microcréditos, asesoría, tanto laboral como fiscal, capacitación y/o apoyo a empresas emergentes, con énfasis en el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). En esta tendencia de uso de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, promovida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y fomentada, aún más si cabe, de manera precipitada por los efectos del COVID, coge más fuerza que desde esos mismos poderes públicos se facilite y se forme para que estas empresas emergentes aprendan por sí solas a comunicarse con las Administraciones a través de las Sedes Electrónicas, sin necesidad de intermediarios, cuya cuestión última también podría revisarse con la intención de simplificar y evitar que se llegue a la denominada *burocracia digital*[34]. Se trata de simplificar los procedimientos administrativos y reducir los costes que limitan la creación y el desarrollo de las empresas, especialmente las que empiezan y a las pequeñas y medianas empresas.

— Dotación de más medios en la lucha contra el fraude. Hay que reconocer que los medios técnicos son adecuados en calidad al poder trabajar con las últimas tecnologías informáticas, aunque insuficientes en cantidad. No obstante, como se comentaba, para combatir el fraude es vital la definición de una estrategia clara y contundente, y para ello es necesario que se efectúe una toma de decisiones que demuestren con actos, no con palabras, esa concreción real de la voluntad política a través de la asignación de recursos humanos en unos departamentos ministeriales con una media de edad muy elevada y muy mermada por el déficit de personal y por la carga de trabajo acumulada ante unas últimas asignaciones competenciales de criterio dudoso y dignas de otro estudio que aquí no compete. Como ejemplos del nivel de crispación solo hay que echar un vistazo rápido en los noticiarios de los últimos meses viendo como desde todos los departamentos públicos del ámbito laboral y de Seguridad Social se han ido convocando huelgas pidiendo que se busquen soluciones inmediatas a las promesas incumplidas y a los problemas generados directamente por la inacción u omisión de los distintos agentes políticos que han ido desfilando durante los últimos 30 años. Como ejemplo de ello, se pondrá el capital humano del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con la oferta pública de empleo de este año 2023 se prevé que habrá unos 2.332 funcionarios actuantes en total, dándose un ratio a nivel nacional de 20.500 habitantes/empleado público. Mientras tanto en Italia, aun teniendo los problemas coyunturales que posee y que han sido identificados en su apartado, disponen de un ratio de 16.500 habitantes/empleado público, bastante mejor que el de España. De esta forma, con datos objetivos, se puede apreciar que aun siendo insuficientes en ambos casos pero queda demostrado que es necesario que la lucha contra el fraude se fomente de manera decidida y proporcional.

Para finalizar, esto cobra aún más sentido si en miras hacia el futuro se encuentran retos tan difíciles de superar como pueden ser la lucha contra el empleo irregular; el uso abusivo y en fraude de ley del falso autónomo; o los fraudes emergentes relacionados con la transformación digital de la economía. Lo que obliga a reforzar la sostenibilidad presente y futura del Sistema Público Español de Seguridad Social; el fortalecimiento de la competencia leal entre empresas y la concesión de una mayor seguridad jurídica para todas las partes que integran el mercado laboral, mereciendo este uno de los principios básicos del ámbito: la Justicia Social.

[33] Según los últimos datos publicados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Como puede verse en línea en: https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx

[34] La burocracia digital se refiere a la tendencia que puede sufrir la adaptación a las tecnologías digitales para automatizar los trámites administrativos, hacia una conversión de procesos complejos o duplicados que se vuelvan igual de ineficientes que cuando eran realizados en papel.

6. BIBLIOGRAFÍA

Las fuentes bibliográficas que se han consultado para la realización de este estudio han sido las siguientes:

Muñoz Ariza, Miguel Ángel. *Financiación y sostenibilidad del sistema español de seguridad social (Revista de Derecho de la Seguridad Social nº 19 (2º Trimestre 2019).* Disponible en: www.laborum.es/revsegsoc

Página web de la Unión Europea. Recuperado de:https://european-union.europa.eu/index_es

Página web de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/homepage.html

Página web de la Comisión Europea. Recuperado de:https://commission.europa.eu/index_es

Página web del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Gobierno de España. Recuperado de:https://www.hablamosdeeuropa.es/es/Paginas/home.aspx

Página web de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Recuperado de:https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm

Página web del Ministerio francés de Trabajo, Pleno Empleo e Integración. Recuperado de:https://travail-emploi.gouv.fr/

Página web del Ministerio alemán Federal de Trabajo y Asuntos Sociales. Recuperado de:https://www.bmas.de/DE/Startseite/start.html

*Página web del Ministerio italiano de Trabajo y Políticas Sociales.*Recuperado de:https://www.lavoro.gov.it/Pagine/default.aspx

Lantarón Barquín, David. *Caporalato: Enseñanzas de una denominación de origen italiana de una mal "trasnacional".* Extraído de la XIII Reunião Científica Trabalho Escravo Contempo Contemporâneo e Questões Correlatas. 2020, Universidade Federal do Maranhão (UFMA), San Luis.

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 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas[1]

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. MEDIDAS URGENTES

-Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE 20-12-2023)

[Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre (BOE 12-1-2024)]

Este real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de cuatro libros, conformados por 129 artículos, dieciséis disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, nueve disposiciones finales y un anexo de definiciones.

I. *En el Libro Primero se establecen Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia*.

El título preliminar define su objeto y acoge los principios de acceso, autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación e interoperabilidad que deben regir los sistemas de información de la Administración de Justicia.

Determina además su ámbito de aplicación a la Administración de Justicia, a los ciudadanos y ciudadanas en sus relaciones con ella y a los y las profesionales que actúen en su ámbito, así como a las relaciones entre aquélla y el resto de las administraciones y organismos y entes públicos.

También, como novedad, define los servicios digitales que las administraciones públicas con competencias en medios materiales y personales de la Administración de Justicia han de prestar de manera equivalente y de calidad en todo el territorio del Estado.

1-El título I, bajo la rúbrica «Derechos y deberes digitales en el ámbito de la Administración de Justicia», recoge y actualiza los derechos y deberes reconocidos en la Ley 18/2011, de 5 de julio.

Como novedad destacable, se reconoce a la ciudadanía el derecho a un servicio personalizado de acceso a procedimientos, informaciones y servicios accesibles de la Administración de Justicia y se establecen una serie de servicios cuya prestación deben garantizar las administraciones públicas con competencias en medios materiales y personales de la Administración de Justicia por medios digitales, en todo el territorio del Estado. Entre otros: la itineración de expedientes electrónicos y la transmisión de documentos electrónicos entre cualesquiera órganos judiciales o fiscales; la interoperabilidad de datos entre cualesquiera tribunales, oficinas judiciales y fiscales, a los fines previstos en las leyes;

[1] Autora: María Nieves Moreno Vida, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

servicio personalizado que facilitará el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración de Justicia que afecten a un ciudadano o ciudadana cuando sea parte o se le haya reconocido interés directo y legítimo; determinados portales de datos en los términos previstos en la ley, y la identificación y firma de los intervinientes en actuaciones no presenciales.

Como otra novedad importante, se establece el derecho de las personas profesionales de la Abogacía, de la Procura y los Graduados Sociales a que los sistemas de información de la Administración de Justicia posibiliten y favorezcan la desconexión digital y la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, con respeto a lo dispuesto en la legislación procesal.

2-El título II regula el acceso digital a la Administración de Justicia. En este marco se engloban tres grandes previsiones: se mejora el concepto de sede judicial electrónica; se regula el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia (PAGAJ) y se crea la Carpeta Justicia, interoperable con la Carpeta Ciudadana del Sector Público Estatal; se actualizan los sistemas de identificación y autenticación conforme a lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 910/2014, de 23 de julio de 2014.

3-El título III se refiere a la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales.

4-El título IV regula los actos y servicios no presenciales.

5-El título V del libro primero disciplina los Registros de la Administración de Justicia y los archivos electrónicos.

6-El título VI del libro primero, que lleva por rúbrica «Datos abiertos», regula el Portal de Datos de la Administración de Justicia, que debe facilitar a la ciudadanía y a los profesionales información procesada y precisa sobre la actividad, carga de trabajo y otros datos relevantes de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales y fiscales de España.

7-El título VII regula la cooperación entre las administraciones con competencias en materia de Justicia, el Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad y las demás normas sobre seguridad.

8-El título VIII recoge las medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, mediante la modificación de diferentes leyes procesales, para armonizar la regulación procesal civil, penal, contencioso-administrativa y social con el contexto de tramitación electrónica.

-En cuanto a la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, destaca la introducción de una serie de modificaciones legislativas en las que se ha tenido especialmente en cuenta la situación y necesidades de las personas mayores, para eliminar las barreras que les impiden participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones, contribuyendo a la creación de un servicio público de Justicia inclusivo y amigable. Otras medidas, como la ampliación de materias que con independencia de su cuantía se tramitarán por las normas del juicio verbal, o la incorporación del procedimiento testigo, o las reformas introducidas en los procesos de familia y en la ejecución, persiguen dotar de mayor celeridad a los pleitos, sin merma alguna de las garantías procesales ni derechos de las partes. Finalmente, se aborda la regulación de la legitimación activa de las asociaciones de profesionales del arte y de la cultura en aquellos procesos que tengan por objeto la defensa en juicio de los intereses de sus asociadas y asociados cuando se detecten prácticas fraudulentas, abusos de ley o discriminación que afecten a un colectivo de profesionales.

-Por lo que respecta al orden jurisdiccional social, se acomete una reforma de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que es continuadora de la realizada en la Ley

13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Tras diez años desde la entrada en vigor de aquella ley, la presente actualiza su contenido, tomando en consideración el trabajo realizado en los juzgados en el momento presente, se optimizan recursos y se profundiza en los avances conseguidos utilizando para ello herramientas como el procedimiento testigo o la extensión de efectos.

-Asimismo se introduce una modificación normativa en las distintas leyes procesales para permitir a la Abogacía General del Estado tener conocimiento y colaborar con los órganos judiciales en los procedimientos de revisión de sentencias que se sigan ante el Tribunal Supremo como consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hayan declarado que una resolución judicial ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales

II. *El Libro Segundo se refiere a las medidas legislativas de reforma de la función pública*.

El objeto de esta regulación es ordenar y definir un modelo que siente la base de una reforma de la función pública para la Administración del siglo XXI, sobre cuatro elementos fundamentales: la planificación estratégica, el acceso al empleo público y selección del personal, la evaluación del desempeño y la carrera profesional, así como la figura del directivo público profesional.

1-El título I se refiere a la planificación estratégica de los recursos humanos, que se vincula estrechamente con la planificación plurianual de la Administración del Estado, tanto presupuestaria como funcional.

Se estructura un modelo de planificación y se recogen medidas concretas en cuanto a dos herramientas fundamentales para completar este aspecto del modelo de reforma, como son la oferta de empleo público y las relaciones de puestos de trabajo.

2-El título II segundo regula el acceso y la selección.

Como novedades en este ámbito, este real decreto-ley potencia la agilidad y eficiencia en los procesos selectivos, profundizando en el resto de los principios recogidos en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, adaptándolos al contexto actual y desafíos de futuro.

3-El título III recoge el desarrollo de la regulación de la evaluación del desempeño que está ligada a la planificación estratégica, y carrera profesional, introduciendo la carrera horizontal.

-Se prevé la participación del personal empleado público a través de la negociación colectiva de las normas en materia de evaluación del desempeño y a través de las respectivas comisiones de seguimiento.

-En cuanto a la carrera profesional, este real decreto-ley introduce la carrera horizontal, que consiste en el reconocimiento del desarrollo profesional mediante su progresión a través del ascenso en un sistema de tramos, definidos como las etapas sucesivas de reconocimiento del desarrollo profesional que son resultado de una evaluación objetiva y reglada, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

-La progresión en la carrera horizontal tiene su reflejo retributivo para el personal funcionario de carrera en un nuevo complemento de carrera que retribuye la progresión alcanzada en la misma. Para el personal laboral, será de aplicación de acuerdo con su normativa específica.

4-El título IV contempla la figura del personal directivo público profesional que se define como aquel que desempeña funciones directivas para el desarrollo de políticas y programas públicos, con margen de autonomía de acuerdo con los criterios e instrucciones directas de sus superiores, responsabilidad en su gestión y control del cumplimiento de los objetivos propuestos en desarrollo de los planes de actuación de la organización en la que desempeñen sus funciones.

Se establece como novedad la creación de un repertorio de puestos con el perfil de puestos referenciado a competencias y cualificaciones profesionales, así como la experiencia profesional y la debida formación requerida.

5-La disposición adicional decimotercera autoriza la transformación en agencia estatal del Instituto Nacional de Administración Pública, con competencias en materia de selección y formación del personal empleado público.

6-Mediante la disposición final sexta se incluye un mandato a fin de que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor del libro primero, y previa negociación colectiva, se regule el teletrabajo y el puesto de trabajo deslocalizado como modalidades de prestación de servicios a distancia en el ámbito de la Administración de Justicia.

III. *El Libro Tercero se refiere a la Reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.*

Se establecen como objetivos «i) acelerar y ampliar el despliegue de los servicios públicos locales, también a través de medios digitales como las aplicaciones, y ii) apoyar a las ciudades pequeñas en su prestación de servicios públicos.

IV. *El Libro Cuarto procede a la modificación de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, con el objetivo principal de mejorar los incentivos fiscales al mecenazgo*, tanto si es efectuado por personas físicas, como por personas jurídicas o por no residentes.

-Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (BOE 20-12-2023)

[Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre (BOE 12-1-2024)]

Este real decreto-ley ha sido derogado por Acuerdo del Congreso de los Diputados al no haber sido convalidado. Dicho real decreto-ley llevaba a cabo modificaciones del ET y de la LGSS, así como del Estatuto Básico del Empleado Público:

1. Las modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se referían, por un lado, a la regulación del permiso de lactancia, prevista en el apartado 4 del artículo 37; a la concurrencia respecto de los convenios colectivos autonómicos, que se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 84 y, por otra parte, para introducir una nueva disposición adicional vigesimoctava

que tenía por objeto, dada la especialidad del ámbito artístico, prever especialidades en la condición de elector y elegible.

2. Las modificaciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social eran referidas a la reforma del nivel asistencial de la protección por desempleo.

Se abordaba la revisión de las características básicas de la protección por desempleo en su nivel asistencial, ampliando su nivel de cobertura al eliminar lagunas de desprotección, simplificando y mejorando los requisitos de acceso y mantenimiento a la misma, y garantizando a los beneficiarios de los subsidios el acceso a los itinerarios personalizados de empleo con el fin de mejorar su empleabilidad y fomentar su inserción laboral.

3. En cuanto a la modificación puntual en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se trataba de incluir de manera expresa las fórmulas flexibles de empleo como ejercicio efectivo del derecho a la conciliación respecto de los cuidadores.

-Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE 28-12-2023)

[Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre (BOE 12-1-2024)]

Este real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de seis títulos, conformados por 91 artículos, doce disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, trece disposiciones finales y cinco anexos.

El título I está dedicado a las medidas en materia económica; el título II está dividido en dos capítulos dedicados, respectivamente, a las medidas fiscales y relativas a la financiación local; el título III está dedicado a la energía; el título IV incorpora las medidas de apoyo para paliar la sequía; en materia de transportes, el título V incorpora las ayudas al transporte de viajeros.

El título VI está dedicado a las *medidas de carácter social*:

1. *Medidas en materia de Seguridad Social*

a). *Prórroga de medidas para la reconstrucción económica de la isla de La Palma*.

-Atendiendo a que subsisten en la zona de Cumbre Vieja las consecuencias sociales y económicas provocadas por la erupción volcánica, se prorroga el aplazamiento del pago de cuotas de la Seguridad Social de trabajadores autónomos afectados en su actividad por la erupción volcánica.

-También se prorroga, para aquellos que venían percibiendo la misma, la prestación de cese de actividad para los trabajadores autónomos que se han visto obligados a cesar en la actividad como consecuencia directa de la erupción volcánica, así como las medidas extraordinarias de Seguridad Social para los trabajadores autónomos y la exención en el pago de cuotas a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, de superior cuantía que la aplicable con carácter general, en los expedientes de regulación temporal de empleo mencionados.

b). *Medidas sobre pensiones y otras prestaciones públicas*

Se establecen en este RD normas sobre determinación y revalorización de pensiones y otras prestaciones públicas. Las propuestas de este real decreto-ley suponen la puesta en marcha de algunas de las modificaciones recientemente introducidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Como consecuencia de la prórroga automática de los Presupuestos Generales del Estado de 2023 (debido a la convocatoria de elecciones generales el 23 de julio de 2023), se hace necesaria la aprobación de este real decreto-ley, fundamentalmente para regular de forma provisional la revalorización de las pensiones hasta que se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024, pero también para establecer algunas normas transitorias en materia de cotización que se consideran necesarias hasta que se produzca la aprobación de la referida ley.

-Se establece una revalorización de las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y las del Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado, con carácter general, del 3,8 por ciento respecto del importe que tuvieran fijado para 2023, equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los doce meses previos a diciembre de dicho año.

-El mismo incremento reciben los haberes reguladores aplicables para la determinación inicial de las pensiones del citado régimen especial.

-Se fija el límite máximo establecido para la percepción de las pensiones públicas en 2024 en 3.175,04 euros mensuales o 44.450,56 euros anuales, todo ello conforme a lo establecido en la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, en los artículos 57 y 58 LGSS, así como en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

No obstante, este porcentaje experimenta respecto de algunas prestaciones un incremento mayor, que viene determinado por normas específicas, como es el importe para 2024 del complemento de pensiones contributivas y de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado para la reducción de brecha de género, que queda fijado para 2024 en 33,20 euros mensuales gracias a la aplicación a la cuantía establecida para 2023 del resultado de sumar al referido porcentaje general de revalorización del 3,8 por ciento un porcentaje adicional del 5 por ciento, de acuerdo con la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

-La cuantía mínima de las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social se incrementa en 2024 en el 3,8 por ciento, conforme a lo previsto en el artículo 58 LGSS, pero también en función del tipo de pensión en consideración al umbral de la pobreza, según lo establecido en la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS, con los importes que se especifican en el anexo IV.

Idéntico tratamiento reciben las pensiones mínimas del Régimen de Clases Pasivas del Estado, por aplicación del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado y de la nueva disposición adicional vigésima primera de dicho texto legal, introducida por la disposición final primera de este real decreto-ley, especificándose su importe en el anexo V.

También se extiende similar tratamiento a las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) no concurrentes con otras pensiones públicas, así como a las pensiones del SOVI concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad

Social, cuantía fija se determina anualmente por el legislador y que para 2024, tendrán un importe anual, respectivamente, de 7.399,00 euros y 7.182,00 euros

-Las pensiones no contributivas del sistema de la Seguridad Social de invalidez y jubilación tendrán un importe anual de 7.250,60 euros, resultado de aplicar sobre el importe extraordinario establecido para estas pensiones en el año 2023 por el artículo 77 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que se consolida, el porcentaje que corresponde de acuerdo con el artículo 62 y la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS.

-Las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer se incrementan conforme a lo previsto en su propio régimen jurídico y las prestaciones familiares no contributivas a las que se refiere el capítulo I del título VI LGSS, así como el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte se revalorizarán el 3,8 por ciento, al igual que las prestaciones económicas de gran invalidez del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, las reconocidas al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional, y los importes mensuales de las ayudas sociales reconocidas en favor de las personas contaminadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

-Se incluyen también las normas de revalorización de las distintas pensiones causadas con motivo de la guerra civil, cuyas cuantías no podrán ser inferiores a lo que determine su propia legislación, y una relación de las pensiones públicas que no son revalorizables.

-Se introduce una nueva disposición adicional vigésima primera en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, a fin de extender al Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado lo dispuesto para las pensiones mínimas del resto de los regímenes del sistema en la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS, a fin de reducir también la brecha existente entre la cuantía de las pensiones mínimas del citado régimen especial y el umbral de la pobreza calculado para un hogar de dos adultos.

-Se modifica la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, a la que añade un apartado 4 para extender a la revalorización de las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez lo previsto en la disposición adicional quincuagésima tercera del mismo texto legal para determinar las cuantías de las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social, y modifica también el primer párrafo del apartado 6 de la disposición transitoria cuarta del citado texto refundido, a fin de ampliar hasta el 31 de diciembre de 2025, para el sector de la industria manufacturera, el período transitorio de aplicación de la regulación de la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

-Igualmente, se modifica la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, a fin de habilitar la posibilidad de que las comunidades autónomas de régimen común puedan asumir la gestión de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital.

2. *Medidas en materia de empleo* (capítulo II del título VI):

a). Se prorrogan las medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, previstas en el artículo

178 del citado Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, respecto de los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja.

b). Se prorrogan las medidas de acompañamiento precisas para asegurar la protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo en dichas circunstancias extraordinarias, temporales y urgentes.

Este real decreto-ley adapta al nuevo periodo de apoyo público las medidas en el ámbito laboral de apoyo a las personas trabajadoras del artículo 173 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de modo que: a) Las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos. b) Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 ET por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

c). Se incluye la prórroga de la vigencia del Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, durante el periodo necesario para garantizar la continuidad de los trabajos de la mesa de diálogo social en la búsqueda, un año más, de un incremento pactado del salario mínimo interprofesional [regulado ya mediante Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024, BOE 7-2-2024].

d). Se modifica el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

-Se procede a modificar el último inciso del primer párrafo de la letra c) del artículo 11.1 del Real Decreto ley 1/2023.

La modificación deriva de que esta norma podría tener efectos contrarios a los objetivos perseguidos, ya que impide, al exigir que en los últimos seis meses la persona trabajadora con la que se suscriba el contrato de sustitución no haya prestado servicios mediante un contrato de duración determinada en la misma empresa o entidad, que se aplique la bonificación en un contrato directamente vinculado a la conciliación de la vida familiar y laboral. Esta excepción del artículo 11.1 c) da lugar a que, si bien sí se podría bonificar un contrato de duración determinada de sustitución de persona trabajadora que se encuentre en situación de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo, una vez que finaliza este contrato temporal no se podría bonificar otro de sustitución de la misma persona trabajadora, por ejemplo, que se encontrase disfrutando del permiso por nacimiento. Esta exclusión podría fomentar el fin de una relación laboral no deseada por la norma: la de la persona sustituta. Por ello, se procede a modificarlo en consecuencia.

-En relación con el personal investigador, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, operó dos grandes líneas de modificación en materia de incentivos a su contratación: una transversal a las bonificaciones a la Seguridad Social por el personal contratado para desarrollar actividades investigadoras, y otra focalizada en el contrato predoctoral. La interpretación que se está efectuando de la aplicación de las disposiciones generales para todos los incentivos a la contratación está llevando a exigir que las personas contratadas sean demandantes de empleo en situación de desempleo, lo que está llevando a un retraso en la aplicación de estos importantes incentivos. Se introduce así una disposición que suprime este requisito en los incentivos para el personal investigador.

3. El capítulo III se ocupa de las *medidas en materia de vivienda*.

4. La norma se completa con una serie de *disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales*.

-La disposición transitoria octava determina la suspensión de la disposición transitoria decimosexta LGSS, relativa a las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

-La disposición transitoria novena, anuda, por un lado, el incremento de las bases mínimas de cotización de los grupos de cotización de los regímenes que los tengan establecidos al salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto y fija el incremento del tope máximo de las bases de cotización del sistema aplicando el porcentaje que se establezca para la revalorización de pensiones y el tope máximo de las bases de cotización se fijará aplicando el porcentaje establecido en la disposición transitoria trigésimo octava LGSS. Y, por otro, establece la cotización correspondiente al Mecanismo de Equidad Intergeneracional conforme a lo previsto en el apartado catorce del artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

Además, establece para 2024, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS, la cotización en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

-La disposición transitoria décima regula la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS, en materia de prácticas formativas.

1.2. COTIZACIÓN

— Orden ISM/29/2024, de 22 de enero, por la que se establecen para el año 2024 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (BOE 23-1-2024)

El artículo 122, apartado Ocho.2, de la prorrogada Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, establece que la cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar respecto a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los grupos segundo y tercero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, se efectuará sobre las remuneraciones que se determinen anualmente mediante orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector. Tal determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente.

A tal finalidad responde el contenido de esta orden, mediante la que se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2023, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

1. Las bases únicas de cotización de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero quedan establecidas para el año 2024 en las cuantías que se reflejan en los anexos de esta orden, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, en relación con los coeficientes correctores (Artículo único).

2. Las diferencias de cotización que se hubieran podido producir por la aplicación de las bases de cotización establecidas en esta orden respecto de las cotizaciones que a partir de 1 de enero de 2024 se hubieran efectuado, podrán ser ingresadas, sin recargo, en el plazo que finaliza el último día del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE (Disposición transitoria única).

— Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024 (BOE 30-1-2024)

Como consecuencia de la situación de prórroga presupuestaria automática desde el 1 de enero de 2024, resulta de aplicación el artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que estableció las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 y que se prorrogan durante el año 2024.

En este contexto de prórroga presupuestaria, se hace extensible durante el año 2024 la facultad conjunta que se recogía en el apartado diecisiete del citado artículo 122 al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y al Ministerio de Trabajo y Economía Social para dictar las normas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en el citado artículo.

Por otro lado, el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, establece con carácter transitorio, las disposiciones precisas que permiten articular esta orden en tanto se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024.

-La disposición transitoria octava RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, establece la suspensión de lo dispuesto en el apartado 1.a).4.º de la disposición transitoria decimosexta LGSS, en relación con las bases de cotización del Sistema Especial para Empleados de Hogar. De esta forma, en tanto se aprueba la LPGE para el año 2024, desde el 1 de enero de 2024, los tramos de retribución y las bases de cotización por contingencias comunes a este sistema especial serán las determinadas en el ejercicio 2023.

-La disposición transitoria novena RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, establece las referencias a las bases mínimas, máximas y tope máximo de cotización de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, a la aplicación del mecanismo de equidad intergeneracional y a la determinación de la cotización por la realización de prácticas formativas o prácticas académicas externas, para el ejercicio 2024, y hasta la aprobación de la correspondiente LPGE.

1. Las bases mínimas de cotización de los grupos de cotización de los regímenes que las tengan establecidas se incrementarán de forma automática en el mismo porcentaje que lo haga el salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto, las bases máximas y el tope máximo de las bases de cotización se fijarán aplicando el porcentaje previsto para la revalorización de pensiones, al que se sumará el establecido en la disposición transitoria trigésima octava LGSS.

2. Se establece la cotización correspondiente al mecanismo de equidad intergeneracional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 bis y en la disposición transitoria cuadragésima tercera LGSS, que será de 0,70 puntos porcentuales.

3. Se determina la cotización por la realización de prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación sean o no remuneradas, teniendo en cuenta que el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, modificó la disposición final décima 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, a fin de que la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS, relativa a la Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, entre en vigor el 1 de enero de 2024.

Esta cotización de las prácticas remuneradas se aplicará también respecto a las prácticas realizadas al amparo del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y del Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

4. Respecto a los trabajadores autónomos, en el año 2024, la tabla general y la tabla reducida y las bases máximas y mínimas aplicables a los diferentes tramos de rendimientos netos se fijan de conformidad con la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 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, y la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre.

Asimismo, la cuantía para el reintegro de cotizaciones a los trabajadores autónomos en situación de pluriactividad fijada en el apartado 8 del artículo 16 proviene de la aplicación a la base máxima para el año 2024 del apartado 1 para doce mensualidades del tipo de cotización del 28,30 vigente del apartado 2.a) del mismo artículo.

5. Se establece que en tanto no se apruebe el salario mínimo interprofesional [lo que ya se ha producido mediante Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero] para el año 2024, las bases mínimas de cotización de todos los grupos profesionales previstas en esta orden tendrán carácter provisional hasta que, mediante una nueva orden ministerial, se aprueben de forma definitiva.

6. En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para los trabajadores por cuenta ajena, será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

7. También, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial o exclusión de alguna contingencia.

8. En lo que respecta a la cotización de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, se han determinado los tipos de cotización y reducciones en las aportaciones empresariales, de acuerdo con los dispuesto en la disposición

transitoria decimoctava LGSS sobre aplicación paulatina de las bases y tipos de cotización y de reducciones en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. De igual forma, las bases mínimas y máximas se fijan atendiendo a la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre.

9. También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, aportaciones mediante las que se garantiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la Administración de la Seguridad Social.

10. Por último, en la orden se han introducido las modificaciones necesarias para adecuar su contenido a las recientes reformas legales en materia de Seguridad Social con incidencia en la cotización, debiendo citarse por su significativo alcance, a modo de ejemplo, las que derivan 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.

11. Al margen de las previsiones y novedades con rango de ley reseñadas, se han mantenido la regulación de bases y tipos restantes previstas en la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 en desarrollo del artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

1.3. PENSIONES

— Real Decreto 1133/2023, de 19 de diciembre, por el que se regula el cómputo de los períodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos del reconocimiento y cálculo de determinadas pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva (BOE 8-1-2024)

Este RD es consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2013, en el Asunto C-233/12 Gardella, mediante la cual el citado Tribunal ha declarado que el artículo 45, libre circulación de trabajadores, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se opone a una normativa de un Estado miembro que no permita, a los efectos de generar el derecho a pensión de vejez, tomar en cuenta los periodos de empleo que un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea haya cubierto en una organización internacional situada en territorio de otro Estado miembro.

La obligación establecida en la Sentencia Gardella, de computar los periodos trabajados en las organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos de acceder a las pensiones contributivas y de calcular su cuantía, se encuentra recogida en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que remite su articulación al desarrollo reglamentario. A ello responde el presente real decreto.

-Objeto (art. 1):

Este real decreto establece los términos y reglas para el cómputo de los periodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos de reconocer y calcular las pensiones contributivas del sistema español de la Seguridad Social derivadas de contingencias comunes.

-Ámbito subjetivo (art. 2):

Este real decreto será de aplicación a las personas que coticen o hayan cotizado a cualquiera de los regímenes del sistema español de la Seguridad Social y trabajen o hayan trabajado en España o en el territorio de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, al servicio de una o varias organizaciones internacionales intergubernamentales ubicadas en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, siempre que dichos trabajos hayan determinado la realización de aportaciones al sistema de pensiones de dichas organizaciones y no hayan dado lugar a su inclusión en el sistema español de la Seguridad Social o en el del Estado en el que hayan trabajado.

Este real decreto no se aplicará a las personas incluidas en el campo de aplicación del Real Decreto 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las Comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social españoles, cuando se haya procedido a la transferencia de los derechos a pensión contemplada en él.

-Ámbito objetivo 8art. 3):

Los periodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales ubicadas en un Estado miembro de la Unión Europea, se podrán computar, en los términos establecidos en este real decreto, para el reconocimiento y cálculo de las pensiones contributivas de jubilación y las de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes del sistema español de la Seguridad Social, reguladas en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en sus normas de desarrollo.

Este real decreto se aplicará exclusivamente en aquellos supuestos en los que el reconocimiento de la pensión de que se trate no resultara posible sin la toma en consideración de los periodos trabajados en las organizaciones internacionales intergubernamentales a los que se refiere, por alguna de las siguientes causas:

a) Por no reunirse el periodo mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de que se trate, tomando en consideración únicamente los periodos cotizados o considerados como cotizados al sistema español de la Seguridad Social, ni totalizando, en su caso, los periodos cumplidos bajo la legislación de los países con los que exista una norma internacional de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

b) Por no reunir la carencia específica exigida, esto es, que parte o la totalidad del periodo mínimo de cotización exigido esté comprendido en un periodo de tiempo determinado, para acceder a la pensión de que se trate, tomando en consideración únicamente los periodos cotizados o considerados como cotizados al sistema español de la Seguridad Social, ni totalizando, en su caso, los periodos cumplidos bajo la legislación de los países con los que exista una norma internacional de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

c) Por no encontrarse en alta ni en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida conforme a la legislación española, ni poder considerarse en tal situación en virtud de una norma internacional de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Asimismo, se incluyen cuatro disposiciones transitorias. La primera, para contemplar la aplicación del real decreto a los hechos causantes anteriores a su entrada en vigor; la segunda, para establecer la toma en consideración de los periodos de trabajo al servicio de las organizaciones

internacionales intergubernamentales anteriores a su entrada en vigor; la tercera, para regular, dada la situación creada por la salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, el cómputo de los periodos efectuados en las organizaciones internacionales intergubernamentales ubicadas en su territorio; y, la cuarta, para determinar los supuestos y términos en que resulta posible el reconocimiento del complemento por maternidad.

1.4. CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL

— Orden ISM/1385/2023, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE 28-12-2023)

El 5 de diciembre de 2022 se llevó a cabo una modificación del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Reino de España relativo al uso por las Naciones Unidas de locales en el Reino de España para la prestación de apoyo a operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones conexas de las Naciones Unidas, hecho en Madrid el 28 de enero de 2009.

Tras esa modificación, el Centro de las Naciones Unidas de Tecnología de la Información y las Comunicaciones en Valencia (UNICTF-V) solicitó la incorporación voluntaria a la Seguridad Social española del personal funcionario que presta servicios en el mencionado Centro de las Naciones Unidas. Dicha solicitud fue informada favorablemente por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación en fecha 20 de febrero de 2023.

Por tanto, mediante esta Orden resulta procedente la modificación del artículo 14.1.b) de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional del Real Decreto 317/1985, de 6 de febrero, con el objetivo de incluir a dicha entidad de Naciones Unidas en la relación de organizaciones internacionales del citado artículo.

1.5. IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES DE ORDEN SOCIAL

— Real Decreto 1011/2023, de 5 de diciembre, por el que se modifican 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, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en materia de administración electrónica (BOE 6-12-2023)

El presente real decreto modifica los dos reglamentos citados, con el fin de extender al ámbito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como al ámbito del procedimiento sancionador en el orden social y a los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, algunos aspectos clave de la normativa en materia de administración electrónica.

1. En primer lugar, se modifica 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:

-Se introduce en el mismo un principio general de tramitación electrónica de los procedimientos regulados en dicho reglamento.

-Se prevé también la adhesión a plataformas o aplicaciones informáticas creadas, desarrolladas o utilizadas por parte de las administraciones, estatales o autonómicas, que intervienen en los procedimientos regulados en el reglamento.

-Se modifica también el artículo 22 del Reglamento para aclarar que el cómputo de los términos y plazos establecidos en esta norma, así como el régimen de notificaciones y comunicaciones, deben atenerse también a lo establecido en las normas que se dicten en su desarrollo. Con ello se pretende una mejor coherencia e integración del régimen jurídico aplicable.

-Se incluye una disposición adicional en este Reglamento para establecer un sistema alternativo de notificación para las actas de liquidación o infracción de gran volumen. Esta previsión obedece a la imposibilidad técnica actual de las aplicaciones más comúnmente utilizadas en los procesos de firma y notificación electrónica de firmar y notificar actas superiores a un determinado volumen.

2. En cuanto a la modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, incluye diferentes aspectos:

-En primer lugar, se introduce en el reglamento un nuevo artículo 14 bis, con dos objetivos: por un lado, establecer un principio general de funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por medios electrónicos, coherente con el principio general establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre; por otro lado, explicitar la posibilidad de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos, organismos o entidades de la Administración estatal o autonómica desarrollen aplicaciones informáticas dirigidas a la tramitación conjunta de procedimientos administrativos.

-En segundo lugar, se modifica el artículo 21, relativo a la capacidad de obrar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Las modificaciones introducidas en este artículo persiguen ajustar este aspecto al nuevo marco establecido en la normativa de carácter general en materia de administración electrónica. Así, por un lado, se establecen como modos habituales de acreditación de la representación el apoderamiento *apud acta*, otorgado por comparecencia personal o en sede electrónica, así como la inscripción del apoderamiento en el registro electrónico de apoderamientos. Por otro lado, se crea el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como medio para facilitar la inscripción de los apoderamientos otorgados para actuar ante el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-La modificación de este reglamento se completa con la inclusión de una disposición adicional, la cuarta, en virtud de la cual mediante convenio de colaboración entre el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las comunidades autónomas se articulará la colaboración entre el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las autoridades laborales competentes para tramitar y resolver actuaciones inspectoras o procedimientos iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social titulares de sus propios Registros Electrónicos de Apoderamientos.

Las comunidades autónomas podrán utilizar aplicaciones informáticas propias o bien adherirse a las aplicaciones informáticas desarrolladas por el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social como soporte tecnológico de sus propios Registros Electrónicos de Apoderamientos. En el caso de que las comunidades autónomas dispongan de sus propias aplicaciones informáticas dirigidas a la tramitación de los procedimientos sancionadores iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuya competencia para resolver ostenten, mediante convenio de colaboración entre el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las comunidades autónomas se garantizará la transmisión recíproca de información y datos relativos a los mencionados procedimientos sancionadores.

3. Estas modificaciones puntuales del 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 y del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, deberán completarse con disposiciones complementarias que regulen de una manera detallada el modo en que debe materializarse la relación electrónica entre la Administración y el ciudadano. Aspectos como el modo de presentación de escritos, solicitudes o documentación por parte de los ciudadanos, el sistema de notificaciones y comunicaciones electrónicas utilizado por la Administración, la actuación de los ciudadanos a través de representante o la regulación del Registro Electrónico de Apoderamientos encontrarán mejor acomodo en una disposición de desarrollo, dictada al amparo de la disposición final única.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y de la disposición final primera del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

1.6. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

— Contabilidad presupuestaria.- Resolución de 27 de diciembre de 2023, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se modifica la Resolución de 3 de julio de 2014, por la que se aprueba la Instrucción de gestión contable para las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social y la Resolución de 11 de octubre de 2022, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable para las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social (BOE 31-1-2024)

Mediante esta Resolución se modifica: a) la Resolución de 3 de julio de 2014, de esta Intervención General, por la que se aprueba la Instrucción de gestión contable para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social al objeto de incorporar un nuevo campo en los documentos contables denominado «Código de inventario» que permita establecer el intercambio de información entre el Sistema de Información Contable de la Seguridad Social (SICOSS) y el Inventario de Bienes y Derechos de la Seguridad Social (IBID); b) la Resolución de 11 de octubre de 2022, de este mismo Centro Directivo, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable para incorporar la regulación del procedimiento de comunicación entre ambos aplicativos.

La necesidad de estos cambios deriva de que el Tribunal de Cuentas en las Declaraciones de la Cuenta General del Estado de cada ejercicio viene manifestando que la Tesorería General de la Seguridad Social no dispone de un inventario general de bienes y derechos completo, actualizado y conciliado con los registros contables, cuya formación es responsabilidad de dicho servicio común. Ello se debe, como señala el citado tribunal «a la inexistencia de procedimientos que permitan la conexión directa entre la aplicación del Inventario de Bienes y Derechos de la Seguridad Social (IBID) (diseñada para la gestión patrimonial de este inventario, operativa desde junio de 2021) con el Sistema de Información Contable de la Seguridad Social (SICOSS)».

1.7. SANIDAD

— Comunidad Autónoma de Cataluña. Derechos del paciente. Ley 2/2024, de 6 de febrero, de modificación de la Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (BOE 24-2-2024)

En Cataluña, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, regula la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas para que toda persona mayor de edad con capacidad suficiente pueda comunicar las intervenciones y los tratamientos médicos que acepta o rechaza en caso de que se encuentre en una situación en la que no pueda expresar su voluntad.

Pero la forma en que la Ley 21/2000 regula la formalización del documento de voluntades anticipadas conlleva diferentes trabas burocráticas que perjudican más a las personas más vulnerables, como la gente mayor y la gente sin recursos económicos.

Por ello, se modifica el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 21/2000 para incluir una nueva letra con la que se reconoce la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas ante los profesionales sanitarios, de forma que estos profesionales puedan cumplir también la función de testigo. Esta posibilidad permitirá agilizar la tramitación del documento y facilitar su otorgamiento y presentación sin perder el debido rigor en la prestación del testimonio.

1.8. MIGRACIONES

— Contrataciones en origen.- Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2024 (30-12-2023)

Esta Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2024, conforme a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículo 39) y al Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, reformado a través del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.

Esta contratación en origen podrá realizarse para cubrir puestos de naturaleza estacional o de temporada, a través de migración circular.

Como en el año anterior, la orden prevé también la posibilidad de gestión colectiva de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, a través de migración estable, esto es, a través de la tramitación colectiva de autorizaciones de residencia temporal de trabajo por cuenta ajena inicial no vinculadas al retorno.

Estos dos modelos de contratación –estable y circular– podrán realizarse de forma genérica y nominativa, y admiten formas de tramitación ordinaria y unificada, según el número de empleadores involucrados.

La orden para 2024 profundiza en la modalidad de contratación nominativa incorporando nuevos supuestos en esta categoría, con el objetivo de dar cabida dentro del marco de las contrataciones fijo-discontinuas, a proyectos migratorios de naturaleza circular que hubiesen utilizado la figura de la residencia de duración determinada hasta su derogación efectiva el pasado 27 de julio de 2023, al entrar en vigor la supresión del capítulo VI del título IV del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en virtud de la disposición final única del citado Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.

-Esta Orden establece disposiciones generales relativas a la gestión colectiva de ofertas de empleo; disposiciones relativas a los proyectos de migración circular; disposiciones relativas a los proyectos de migración estable; regula la gestión de ofertas genéricas de empleo en migración circular y estable; la gestión de ofertas de empleo de carácter nominativo y los procedimientos de gestión de ofertas de empleo de forma unificada y concatenada. Asimismo, establece disposiciones sobre los visados y sobre el seguimiento de la orden de gestión colectiva.

— Extranjeros.- Resolución de 22 de diciembre de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el primer trimestre de 2024 (BOE 5-1-2024)

Para la confección de este catálogo (artículo 65 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), el Servicio Público de Empleo Estatal ha tenido en cuenta criterios técnicos acerca del impacto sobre el empleo de la inclusión de las ocupaciones relacionadas con el sector de Marina Mercante, así como de los entrenadores y deportistas profesionales. Estos criterios se han establecido conjuntamente con las unidades de la Administración General del Estado, que por su ámbito de actividad tienen autoridad y conocimiento sobre las materias relacionadas con dichas ocupaciones.

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena dirigida al extranjero.

Así el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, con vigencia para el primer trimestre de 2024, incluye determinadas ocupaciones relativas a la marina mercante (frigoristas navales, jefes de máquinas de buque mercante, maquinistas navales, mecánicos de litoral, etc.), así como carpinteros de aluminio, metálico y PVC, montadores de carpintería metálica, aluminio y PVC, instaladores electricistas de edificios y viviendas, instaladores electricistas, conductores-operadores de grúa en camión, conductores-operadores de grúa fija y conductores-operadores de grúa móvil.

1.9. RELACIONES LABORALES

— Salario mínimo interprofesional.- Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024 (BOE 7-2-2024)

En cumplimiento del mandato al Gobierno para fijar anualmente el salario mínimo interprofesional, contenido en el artículo 27.1 ET, se procede mediante este real decreto a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2024, tanto para las personas trabajadoras que son fijas como para las que son eventuales o temporeras, así como para las empleadas y empleados de hogar.

Las nuevas cuantías representan un incremento del cinco por ciento respecto de las previstas en el Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, cuyos efectos fueron prorrogados hasta la aprobación del salario mínimo interprofesional para el 2024 en el marco del diálogo social, mediante el artículo 84 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

Las nuevas cuantías son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el citado artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, el real decreto incorpora reglas de afectación en una disposición transitoria única con el objetivo de evitar que el incremento del salario mínimo interprofesional provoque distorsiones económicas o consecuencias no queridas en los ámbitos no laborales que utilizan el salario mínimo interprofesional a sus propios efectos.

Con esta subida del cinco por ciento, de acuerdo con el Informe presentado en junio de 2021 por la Comisión Asesora para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional, se atiende de manera efectiva al derecho a una remuneración equitativa y suficiente que proporcione a las personas trabajadoras y a sus familias un nivel de vida decoroso; por otro lado, se mantiene y consolida el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio en 2023, dando cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea.

El Artículo 1 establece la cuantía del salario mínimo interprofesional para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, quedando fijado en 37,8 euros/día o 1.134 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses.

1.10. EMPLEO

— Formación para el empleo.- Resolución de 24 de noviembre de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establecen, en su ámbito de gestión, determinadas medidas en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, para la iniciativa de formación programada por las empresas en el ejercicio 2024 (BOE 21-12-2023)

Esta resolución tiene por objeto el mantenimiento de medidas en relación con la impartición de acciones formativas financiadas en el marco del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que posibiliten y faciliten la ejecución de la formación de los trabajadores, optimizando su empleabilidad, y contribuyendo a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.

El ámbito de aplicación de esta resolución se circunscribe a la gestión estatal del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.2.de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Lo dispuesto en esta resolución será de aplicación, en los términos previstos en la misma, a la iniciativa de formación programada por las empresas, respecto a las acciones formativas que se programen durante 2024, con cargo al crédito de formación del que dispongan las empresas durante dicho ejercicio.

Las medidas en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral que se recogen en esta Resolución se refieren, fundamentalmente, a la utilización de aula virtual como formación presencial y al uso de medios electrónicos.

Además, la Disposición adicional única establece permisos individuales de formación: Los trabajadores podrán solicitar a sus empresas, durante el ejercicio 2024, permisos individuales de formación para posibilitarles la asistencia a las acciones formativas impartidas mediante aula virtual o sistema bimodal, en los términos indicados en la presente resolución. Tanto la impartición como la asistencia podrán acreditarse mediante certificado de la entidad impartidora o mediante declaración responsable del beneficiario, que deberá comunicarse mediante el sistema telemático previsto en el artículo 9 de la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo en materia de formación de demanda y su financiación, y se crea el correspondiente sistema

telemático, así como los ficheros de datos personales de titularidad del Servicio Público de Empleo Estatal.

— Comunidad Autónoma del País Vasco.- Ley 15/2023, de 21 de diciembre, de Empleo (BOE 18-1-2024)

La Exposición de Motivos aclara que esta ley define las políticas públicas de empleo desde un entendimiento amplio, integrador e intersectorial. También señala que, estatutariamente, los artículos 10.25 y 12.2 del EAPV, sobre los que se soporta esta ley, habilitan a la Comunidad Autónoma de Euskadi para establecer y desarrollar su propia política de empleo, de acuerdo con la ordenación general de la economía y dentro del marco de la legislación laboral que dicte el Estado. En ese sentido, se deja claro que esta ley elude cualquier incidencia en la regulación de la relación laboral, que le está vedada, para adentrarse en las políticas activas de empleo, en la creación de empleo y en el fomento del empleo, que, como materias distintas de la propiamente laboral, pueden vincularse también al desarrollo económico y a la actividad económica.

La ley reconoce en su título II un completo elenco de derechos de contenido prestacional para la mejora de la empleabilidad de las personas. Se trata del derecho a una asistencia personalizada, continuada y adecuada, del derecho al diagnóstico personal sobre la empleabilidad, del derecho a la elaboración de un plan integrado y personalizado de empleo y del derecho a la formación para el trabajo. Unos derechos que, correlativamente, exigen que Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo cuente con recursos humanos suficientes y adecuadamente formados, en línea con las ratios de los países europeos más avanzados.

Se afirma que esta ley se inspira en el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), firmado por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión durante la Cumbre Social de Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, y en la Estrategia Europea del Empleo.

En este marco, la ley sienta las bases para la puesta en marcha de una recuperación justa y generadora de empleo:

-1º. Apuntala el paradigma del trabajo digno, que ha de coadyuvar a la consecución de una sociedad más democrática y justa. El artículo 3 incorpora un concepto multidimensional de las políticas de empleo, articuladas en torno al objetivo del trabajo digno, mientras que el artículo 4 propugna la importancia de la dimensión local en el diseño y gestión de las políticas públicas de empleo; ambos ejes resultan determinantes de la definición del modelo de gobernanza. Los principios que informan las políticas públicas de empleo, a los que se dedica el artículo 5, trasponen los principios del PEDS en relación con el trabajo y el empleo.

-2º. Reconoce un compendio de derechos para la mejora de la empleabilidad. El título II (arts. 10 a 18) proclama el haz de derechos y obligaciones para la mejora de la empleabilidad. La ley regula su titularidad, las condiciones concretas para su ejercicio, las obligaciones para las personas usuarias y para Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo

-3º. Redefine el marco de prestación de los servicios de empleo, y crea la Red Vasca de Empleo. El título III tiene por objeto la regulación de la Red Vasca de Empleo; de los instrumentos comunes de atención, información y prospección; de la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo; de los programas complementarios para la mejora de la empleabilidad; de la inspección de la Red Vasca de Empleo; de las entidades privadas colaboradoras de la citada red y del control de calidad de los servicios.

-4º. Diseña servicios y programas complementarios para la mejora de la empleabilidad, propicia la utilización de las nuevas tecnologías al servicio de las personas demandantes de servicios de empleo y de las empresas, atiende a los colectivos de atención prioritaria y pone la mirada en el desempleo de larga duración, en las personas con discapacidad, en las mujeres y jóvenes y en la exclusión social, con el objetivo prioritario de que nadie quede atrás.

-5º. Establece un modelo de gobernanza que refleja la intersectorialidad e interinstitucionalidad de las políticas públicas de empleo, a la par que otorga el necesario protagonismo al diálogo social. La interinstitucionalidad que vertebra el modelo de gobernanza se extiende a la gestión de los servicios de empleo, mediante la Red Vasca de Empleo, configurada como un instrumento de cooperación prestacional, integrado por Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo, por las diputaciones forales, por los municipios, por las entidades locales y por las entidades integrantes de sus respectivos sectores públicos, que gestiona la cartera de servicios de empleo –denominada cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo–.

-6º. En la regulación de las entidades colaboradoras de la Red Vasca de Empleo destaca, por su novedad, la regulación de los acuerdos abiertos, categoría que se define desde parámetros ajenos a los que son propios de las normas de contratación pública (conforme a STJUE, Sala Quinta, de 2 de junio de 2016, párrafos 38 y 40). También se contemplan los acuerdos de gestión concertada, contratos públicos comprendidos en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, según declara la STJUE de 14 de julio de 2022 (C-436/20), bien que con la singularidad de contemplar como únicas destinatarias en la prestación de determinados servicios y de los programas para la mejora de la empleabilidad y ocupabilidad a entidades privadas de iniciativa social cuyo objeto social prevea actividades en el ámbito del empleo.

-7º. El artículo 81 impone la elaboración de planes de empleo y desarrollo local a los municipios de más de 10.000 habitantes, que permiten presumir, además de un significativo volumen de población activa, un desarrollo socioeconómico relevante.

-8º. La ley reestructura la personificación jurídica de Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, que pasa a configurarse como entidad pública de derecho privado, que dotará de mayor flexibilidad, dinamismo y especialización profesional a la prestación de servicios de empleo.

En cualquier caso, el ejercicio de potestades públicas de su competencia quedará sometido al derecho administrativo, como también el funcionamiento de sus órganos, la formación de su voluntad y el régimen de patrimonio, de responsabilidad patrimonial, subvencional y de contratación.

Pero la configuración jurídica de Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo debe tener en cuenta, igualmente, que las funciones prototípicas del servicio de empleo no exigen la reserva para su ejercicio al personal funcionario ni precisan para su efectividad de todo el elenco de prerrogativas vinculadas al derecho público, sino que, muy al contrario, demandan mayor capacidad de adaptación a las necesidades del mercado, de cumplimiento de los objetivos y estándares de la Unión Europea y de fomento y desarrollo de la actividad prestacional del servicio de empleo, ofreciendo respuestas ágiles y flexibles.

1.11. DEPENDENCIA

— Delegación de competencias.- Resolución de 20 de noviembre de 2023, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, sobre delegación de la competencia sobre la gestión de la ayuda a domicilio básica y teleasistencia domiciliaria básica a la Ciudad de Ceuta (BOE 8-12-2023)

Se delega en la Ciudad de Ceuta la gestión de los servicios de ayuda a domicilio y teleasistencia domiciliaria básicos que comprende:

— La tramitación y resolución de expedientes de concesión de ambos servicios a las personas solicitantes que reúnan los requisitos previstos.

— La prestación de ambos servicios. – El seguimiento y control de la calidad de los servicios prestados.

— El tratamiento de los datos de carácter personal.

— La gestión del fichero de datos de carácter personal.

— El control de los expedientes de concesión de los servicios, proporcionando trimestralmente a la Dirección Territorial del Imserso, la información que conste, a tal efecto, en las Instrucciones Técnicas y de Gestión que se dicten por el Imserso.

La prestación de los servicios se podrá realizar bien directamente con medios propios, bien con medios ajenos, mediante la correspondiente contratación o convenio, y deberá reunir los requisitos establecidos en las Instrucciones Técnicas y de Gestión que se dicten por el Imserso en las que se recogerán las obligaciones, condiciones técnicas y actividades específicas que deberán ser asumidas y desarrolladas por la empresa o entidad que resulte adjudicataria de los mismos.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

2.1. Incapacidad permanente

— STJUE (Sala Primera) de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, asunto J. M. A. R. y Ca Na Negreta, S. A, con intervención de Ministerio Fiscal

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO. ***«Procedimiento prejudicial — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Prohibición de discriminación por motivo de discapacidad — Accidente de trabajo — Incapacidad permanente total — Resolución del contrato de trabajo — Artículo 5 — Ajustes razonables»***

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre J. M. A. R. y Ca Na Negreta, S. A., en relación con la resolución del contrato de trabajo de J. M. A. R. por parte de dicha sociedad debido a que este se hallaba en situación de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, órgano jurisdiccional remitente, señala que, en el presente asunto, no se niega que el trabajador de que se trata sea una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Subraya que, en cualquier caso, esta apreciación se ve corroborada por el artículo 4, apartado 2, de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, que confiere a las personas en situación de incapacidad permanente total la condición de «personas con discapacidad».

El órgano jurisdiccional remitente señala que, a tenor del artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores, que no ha sido modificado desde el 10 de marzo de 1980 y que, por tanto, no se ha adaptado para tener en cuenta la Directiva 2000/78 ni la Convención de la ONU, la declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual permite la extinción automática del contrato de trabajo, sin que deba cumplirse ninguna formalidad ni abonarse indemnización alguna, distinta de la pensión mensual, equivalente, en el presente asunto, al 55 % del salario del trabajador. Añade que tal extinción no está supeditada al cumplimiento de ninguna obligación previa de realizar «ajustes razonables», pese a que, en el caso de autos, la propia Ca Na Negreta había demostrado la viabilidad de tales ajustes, pues había reubicado a J. M. A. R. en otro puesto dentro de la empresa.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente cita la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail (C-485/20, EU:C:2022:85), de la que, a su parecer, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

El órgano jurisdiccional remitente hace también referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se desprende que, si bien la incapacidad permanente total no obliga al empresario a despedir al trabajador y no impide, en particular, que este sea reubicado en otro puesto dentro de la empresa, puesto que tal incapacidad solo afecta a su aptitud para desempeñar sus funciones habituales y, por lo tanto, no le impide realizar otras tareas, dicho empresario no está obligado, sin embargo, a realizar esa reubicación, salvo que así esté establecido convencional o contractualmente.

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la compatibilidad de la normativa nacional controvertida en el litigio principal con el artículo 5 de la Directiva 2000/78, a la luz de la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail (C-485/20, EU:C:2022:85).

En el caso de autos, por una parte, no se discute que la incapacidad del demandante en el litigio principal resulta de dolencias físicas permanentes vinculadas a un accidente de trabajo. Según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente y del Gobierno español, si bien dicha incapacidad no impide que el trabajador de que se trata desempeñe otras funciones para su empleador u otra empresa, no es menos cierto que a dicho trabajador se le ha reconocido la condición de «persona con discapacidad», en el sentido de la legislación nacional que transpone el artículo 5 de la Directiva 2000/78, a saber, los artículos 4, 40 y 63 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Parece que la limitación de la capacidad del demandante en el litigio principal, que resulta de dolencias físicas permanentes, puede impedir la participación plena y efectiva de este en la vida profesional, de modo que su situación está comprendida en el concepto de «discapacidad», en

el sentido de la Directiva 2000/78 y de la jurisprudencia recordada en el apartado 34 de la presente sentencia.

Por otra parte, tampoco se discute que la normativa nacional controvertida en el litigio principal confiere al empresario la facultad de resolver el contrato de trabajo debido a la incapacidad permanente total del trabajador para ejercer su profesión habitual en la empresa. El hecho de que el trabajador de que se trata hubiera solicitado que se le reconociera esa incapacidad permanente total y de que tuviera conocimiento de que dicha normativa confería a su empleador el derecho a resolver su contrato de trabajo a raíz de ese reconocimiento no significa, a este respecto, que ese trabajador hubiera dado su consentimiento a la extinción de dicho contrato. Por consiguiente, una resolución en virtud de dicha normativa está comprendida entre las «condiciones de despido», en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, puesto que constituye una extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador.

Por consiguiente, una situación como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

Para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar, para empezar, que la Directiva 2000/78 concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación consagrado en el artículo 21 de la Carta, que prohíbe toda discriminación, en particular, por razón de discapacidad. Además, el artículo 26 de la Carta establece que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 27 y jurisprudencia citada).

A continuación, procede recordar asimismo que las disposiciones de la Convención de la ONU pueden invocarse para interpretar las de la Directiva 2000/78, de modo que esta última debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862, apartado 59 y jurisprudencia citada).

Pues bien, en virtud del artículo 2, párrafo tercero, de dicha Convención, el concepto de «discriminación por motivos de discapacidad» se refiere a cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

En lo que concierne a dichos ajustes, del tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los considerandos 20 y 21 de esta, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 37).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del artículo 5 de la Directiva

2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 41 y 43).

En este contexto, procede señalar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 45 y 48).

Por consiguiente, el concepto de «ajustes razonables» implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 49).

En el caso de autos, de la normativa nacional controvertida en el litigio principal resulta que esta permite el despido de un trabajador cuando se le haya declarado formalmente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, o a mantener las medidas adecuadas que ya haya adoptado. En efecto, de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que el demandante en el litigio principal había sido reubicado en otro puesto dentro de la empresa entre el 6 de agosto de 2018 y el 13 de marzo de 2020, fecha del despido, que fue notificado por el empresario once días después del reconocimiento formal de su incapacidad para ejercer su anterior función habitual. Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, el nuevo puesto en que el trabajador había sido reubicado, durante más de un año, parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo.

Como señalaron el Gobierno helénico y la Comisión Europea en sus observaciones escritas, tal normativa parece tener el efecto, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe este extremo, de dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto, en el sentido del considerando 17 de la misma Directiva y de la jurisprudencia recordada en el apartado 46 de la presente sentencia. Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia, antes de proceder al despido del trabajador.

El hecho de que, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador y de que esta le dé derecho a una prestación de seguridad social, a saber, una pensión mensual, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia a este respecto.

En efecto, tal normativa nacional, en virtud de la cual un trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una «incapacidad permanente total», que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una «incapacidad permanente absoluta» que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

Por último, en cuanto a la alegación formulada por el Gobierno español en sus observaciones escritas, según la cual el Estado miembro afectado es el único competente para organizar su sistema de seguridad social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, procede recordar que, en el ejercicio de dicha competencia, ese Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de junio de 2022, INSS (Acumulación de pensiones de incapacidad permanente total), C-625/20, EU:C:2022:508, apartado 30 y jurisprudencia citada].

Así pues, una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia.

Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

— Sentencia del Juzgado de lo Social nº.2 de Vigo de 16 de febrero de 2024

Declara la nulidad de un despido de un trabajador como consecuencia de haberle sido declarado una Incapacidad Permanente Total y reconocida una pensión en el sistema de la Seguridad Social.

La sentencia aplica la jurisprudencia de la STJUE de 18 de enero de 2024, nº C-631/22, que establece que no se puede considerar extinguido automáticamente el contrato de trabajo por el hecho de que se le declare una incapacidad permanente a un trabajador y que la empresa tampoco puede proceder al despido por el hecho de que se le haya declarado una incapacidad permanente total para su profesión habitual, sin intentar reubicarlo o adaptar su puesto de trabajo. La empresa queda obligada, antes de la extinción del vínculo laboral, a efectuar los ajustes razonables en su puesto de trabajo o reubicarlo en otro puesto compatible con sus dolencias o el despido se declarará nulo.

El Juzgado de lo Social nº.2 de Vigo establece que la consecuencia es la readmisión del trabajador y la obligación de la empresa de ofrecerle al trabajador un nuevo puesto de trabajo compatible con una incapacidad permanente total.

— STS núm. 731/2023, de 10/10/2023 (Ponente Sebastián Moralo Gallego)

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL. VISIÓN MONOCULAR. La cuestión a resolver es la de determinar si la visión monocular debe calificarse como constitutiva de incapacidad permanente total para la profesión habitual de oficial 1º de la construcción.

Reconocida la incapacidad permanente total a un albañil que perdió un ojo en un accidente laboral, el Tribunal Supremo falla que la visión monocular es incompatible con la profesión de la construcción. Reconoce la incapacidad permanente total para el desarrollo de su profesión a un oficial de la construcción que perdió un ojo en un accidente de trabajo, al considerar que la profesión del trabajador exige de una especial agudeza visual.

La Sala de lo Social aclara que, además de esa especial agudeza visual para realizar correctamente las tareas, también hay que tener especialmente en cuenta los riesgos que puede suponer el desempeño de esa profesión. En el caso de los empleados del sector de la construcción, estos hacen uso de maquinaria peligrosa, herramientas cortantes y perforantes, y trabajan en alturas con el riesgo de caída, por lo que la falta de una adecuada visión binocular supone "un serio peligro", tanto para el trabajador como para terceros. Por tanto, la visión monocular debe calificarse como una incapacidad permanente total.

En el presente caso, el trabajador prestaba sus servicios para una empresa del sector de la construcción. En el ejercicio de su profesión sufrió un accidente laboral. El actor se hallaba efectuando la sustitución de una bomba de agua cuando una tapa estalló, impactando contra su cara, lo que le ocasionó diversos daños, entre otros varias fracturas y la pérdida del ojo derecho. Como consecuencia del accidente, el hombre inició una situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo durante once meses, sufriendo además un cuadro ansioso-depresivo. El Equipo de Valoración de Incapacidades valoró las secuelas sufridas por el trabajador a consecuencia del accidente y acordó calificar al actor en situación de incapacidad permanente parcial, dictamen que fue aceptado íntegramente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el cual reconoció a favor del actor una indemnización de 46.814 euros, equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora de 1.950 euros. No conforme con la calificación del INSS, el trabajador presentó demanda

reclamando que se le reconociera en situación de incapacidad permanente total para el desarrollo de su profesión habitual.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso de casación y revoca el fallo recurrido y estima la demanda del trabajador, declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para la profesión de oficial de construcción, derivada de accidente de trabajo, en cuantía del 55% de la base reguladora reconocida en la vía administrativa de 1.950 euros.

Considera el Tribunal Supremo que es fácil entender que los efectos de las lesiones descritas en sus arts. 37 y 38 pueden ser enormemente limitantes para determinadas profesiones, y tener sin embargo menos incidencia en el desarrollo de otras, en función de la capacidad visual requerida en cada caso para su ejercicio. Ya fuere para el correcto desempeño del trabajo, o para garantizar la seguridad de los trabajadores o de terceros en aquellas tareas de riesgo que requieran de visión binocular. En oficios que exigen una gran agudeza visual y de una completa visión binocular, pueden resultar sin duda incapacitantes de forma total las dolencias descritas en el art. 37 del derogado reglamento; mientras que quizás en otros no alcance siquiera a generar una disminución de la capacidad laboral superior al treinta y tres por ciento requerido para el reconocimiento de la incapacidad permanente parcial.

Otro tanto puede decirse de la aplicación de la escala de Wecker, que, de manera similar a lo contemplado en aquel derogado reglamento de accidentes de trabajo, atribuye un porcentaje de pérdida visual global del 33% a la situación en la que el ojo sano mantiene una agudeza visual de 1 y el ojo peor es inferior a 0,05; calificando como incapacidad permanente parcial la pérdida de visión comprendida entre el 24-36%, y como total la incluida entre el 37 y el 50%. La aplicación de las tablas de la Escala de Wecker es un método de medición de la agudeza visual habitualmente utilizado en España, una herramienta de valoración indicativa que ofrece por ello valores aproximados, pero que ha de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador.

La genérica y abstracta aplicación de estos dos criterios orientadores llevaría a considerar correcta la calificación de incapacidad permanente parcial realizada por el INSS en este supuesto. Pero esa solución resulta ciertamente insatisfactoria porque no discrimina entre unas y otras profesiones, sino que viene a atribuir en todos los casos los mismos efectos limitantes a la pérdida de la agudez visual global sin establecer la menor distinción en razón del tipo de profesión u oficio. Es verdad que la escala de Wecker admite un cierto margen al incluir en la incapacidad permanente total un porcentaje de pérdida visual global comprendido entre el 37-50%, pero este resultado tampoco puede considerarse plenamente convincente frente al enorme abanico de actividades profesionales que ofrece la realidad del actual mercado laboral.

Considera el Tribunal Supremo que para ratificar tan elemental consideración basta recordar el diferente resultado alcanzado en cada uno de los cinco asuntos anteriormente mencionados, en los que, frente a una misma situación de visión monocular sustancialmente coincidente, la Sala ha llegado a un diferente resultado. En dos de esos casos entiende que las lesiones no son tributarias del grado de incapacidad permanente parcial; en otros dos ha reconocido esa incapacidad; y en uno de ellos el grado de total para la profesión de gruista Lo que evidencia que esa misma visión monocular - a la que la escala de Wecker le atribuye un porcentaje de agudeza visual que no estaría dentro de los límites que ofrece para la incapacidad permanente total-, puede resultar totalmente limitante para determinados trabajos, y no serlo sin embargo para otros.

La correcta y adecuada aplicación de los criterios orientadores que ofrecen por partida doble esa escala de agudeza visual y aquel derogado reglamento de accidentes de trabajo no admite su

abstracta traslación genérica a toda clase de profesión u oficio, sino que exige realizar un análisis específico de las concretas y singulares tareas y funciones de la profesión habitual del trabajador afectado.

Análisis que, tratándose una pérdida muy relevante de visión, y más allá de la afectación que pueda suponer para el correcto desempeño de tareas que exijan una especial agudeza visual, deberá tener especialmente en cuenta los riegos que para el propio trabajador y para terceros pueda suponer el desempeño de esa profesión, ya sea por la utilización de maquinaria potencialmente peligrosa que requiera de una adecuada visión binocular, ya fuere porque lo exijan las condiciones, circunstancias o lugares donde deben realizar las tareas propias del oficio, o incluso, en su caso, por el cumplimiento de los requisitos normativos de naturaleza administrativa que condicionan el ejercicio de determinadas profesiones a unos ciertos niveles de agudeza visual.

Descendiendo a los concretos requerimientos de la profesión de oficial 1º construcción, el Tribunal Supremo señala que hay que reparar en la existencia de varios factores de riesgo evidente para el trabajador, pero también para terceros, cuya prevención exige una adecuada agudeza visual binocular y que resultan incompatibles con la visión monocular derivada de la pérdida total de uno de los ojos. La propia Guía de Valoración Profesional de Incapacidades del INSS, 3ª edición del año 2014 recoge específicamente estos riesgos, a la vez que cifra en 3 de 4 la agudeza y el campo visual requerido para su desempeño. De una parte, la utilización de maquinaria y equipos de trabajo y herramientas cortantes, punzantes o perforantes, para lo que sin duda constituye un serio peligro la falta de una adecuada visión binocular. De otra, esa profesión exige trabajar en alturas y en edificios en construcción, con el riesgo de caída que eso supone. La visión monocular reduce el campo de visión periférico, afecta a la percepción de la profundidad y del espacio, así como al cálculo de las distancias, lo que resulta incompatible con el desempeño de una actividad laboral intensa en espacios en los que hay huecos y zonas con peligro de caída desde alturas muy considerables.

Similar razonamiento se expone en la citada STS de 23 de diciembre de 2014, rcud. 360/2014, para calificar la visión monocular como una incapacidad permanente total para la profesión de gruista. Con mayor razón si cabe, debemos aplicar ese mismo criterio a la de oficial de la construcción, que se desarrolla permanentemente a pie de obra y exige deambular en altura por terrenos irregulares en los que hay un riesgo cierto de caída. A lo que incluso puede añadirse la posibilidad de sufrir además alguna clase de lesión en el ojo sano, por los múltiples factores de riesgos no desdeñables que existen en las obras de construcción, como lo evidencia el hecho de que la pérdida del ojo - tanto en el caso de la sentencia recurrida, como en la referencial-, se ha producido justamente por un traumatismo sufrido en el puesto de trabajo.

2.2. Gran Invalidez

— STS, número 514/2023, de 17/07/2023 (Ponente: Rosa María Virolés Piñol)

ACCIDENTE NO LABORAL: gran invalidez como consecuencia de complicación quirúrgica, por operación tradicional de artrodesis de columna lumbar, al considerarse una acción súbita, violenta y externa, ajena a la enfermedad común, en cuyo concepto no encaja, por un deterioro progresivo, que padecía el paciente. VOTO PARTICULAR.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado, contra sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 14-7-2020

— STS, número:433/2023, de 14/06/2023 (Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro)

GRAN INVALIDEZ: la sola presencia de una dolencia no determina por sí misma que quien la padece no pueda atender los actos más esenciales de la vida, siendo necesario atender a la situación real del sujeto, por lo que ha rechazar el criterio objetivo, sin que ello tenga tiene un efecto desmotivador y obstaculizador de la reinserción social y laboral del discapacitado, pues, la inclusión social definida por el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la dota de un contenido en el que nada tiene que ver el que se califique a un discapacitado como persona que necesita la asistencia de una persona para las actividades más esenciales de su vida, por lo que no puede reconocerse a quien, a pesar de presentar ceguera legal podía atender los actos más esenciales de la vida. El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» demandado, contra la Sentencia de 06-10-2020 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación de GI, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, desestima el de tal clase formulado por la demandante.

— STS, número:463/2023, de 29/06/2023 (Ponente: Mª Luz García Paredes)

PRESTACIONES POR GRAN INVALIDEZ EN REVISION POR AGRAVACION: para cuantificar el complemento ha de estarse a la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante, esto es, la de la resolución que resuelve el expediente administrativo de revisión de grado. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: se desestima por falta de contradicción el motivo referente al complemento de maternidad por no plantearse en las sentencias comparadas las mismas cuestiones. RECURSO DE SUPLICACIÓN: es procedente al reclamarse un grado de incapacidad, aunque lo sea por via de revisión. El TS estima parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 28-10-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede Valladolid, dictada en autos promovidos en reclamación de GI, que casa y anula en parte y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima en parte el formulado por la actora modificando la cuantía del complemento de gran invalidez, y, por tanto, estima en parte la demanda.

2.3. Jubilación

— STS 72/2024 (Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín)

Jubilación anticipada voluntaria. Concepto de cónyuge a cargo. Hay dependencia económica. La cuantía de la pensión mínima de jubilación es la prevista para la situación de cónyuge a cargo. No se cumple el requisito de que la pensión de jubilación anticipada resultante sea superior a la pensión mínima de jubilación correspondiente a la situación familiar del jubilado con cónyuge a cargo.

— STS 230/2024, de 07-02-2024 (Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín)

Jubilación. Coeficientes reductores de la edad para tener derecho a la pensión de jubilación en la minería del carbón. El ayudante minero que trabaja en frentes de «arranque» no tiene derecho, por esa sola circunstancia, al coeficiente del 0,50, si no trabaja en las categorías y especialidades profesionales en las que legalmente se reconoce ese coeficiente. Se confirma la sentencia recurrida del TSJ de Asturias.

— STUE 2023/140, de 14/09/2023, Procedimiento C113/2022

IGUALDAD DE TRATO: Entre hombres y mujeres: Seguridad Social (Directiva 79/7/CEE): Discriminación: Doble discriminación: estimación: primera discriminación, norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión únicamente para las mujeres que tengan o adopten dos o más hijos (por su contribución a la natalidad) y lo deniega a los hombres que estén en una situación idéntica, y segunda discriminación, práctica administrativa consistente en que el INSS siguió aplicando dicha norma nacional a pesar de conocer la jurisprudencia del TJUE sobre este tema, por lo que se reconoce al demandante el derecho a una reparación pecuniaria que cubra los gastos relativos a las costas procesales y los honorarios del abogado que tuvo que emplear para el reconocimiento, de nuevo, de ese derecho.

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara que 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, 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.

— STS 298/2023, de 25/04/2023 (Ponente: Rosa María Virolés Piñol)

JUBILACIÓN ANTICIPADA: habiéndose extinguido el contrato con anterioridad a 31-12-2012, resulta aplicable el art. 161.bis dos de la LGSS en la redacción anterior a la Ley 27/2011, siendo una extinción no voluntaria, porque el trabajador se acogió al plan de prejubilaciones, pactado colectivamente, estando incluido expresamente en su ámbito de aplicación, habiéndose abonado por la empresa las prestaciones contributivas por desempleo y las cotizaciones a la Seguridad Social desde su desvinculación hasta el momento de la solicitud de la jubilación anticipada, no siendo aplicables los apartados b) y d) de dicho precepto. El TSJ desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, Sede en Santa Cruz de Tenerife, de 9-12-2019, para confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida, en autos promovidos en reclamación de jubilación anticipada.

— STS 429/2023, de 14/06/2023 (Ponente: Rosa María Virolés Piñol)

PENSIÓN DE JUBILACIÓN ACTIVA: a efectos de determinar si el pensionista tiene derecho al incremento de su pensión de jubilación activa hasta el 100% al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia (art. 305.2.II LGSS), no es válida la contratación laboral realizada por una Sociedad Civil Irregular al no darse la necesaria conexión entre la persona jubilada y empleadora. El TS estima

el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» demandado contra la Sentencia de 06-02-2020 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación sobre pensión de jubilación, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal índole interpuesto por el INSS, y, en su lugar, desestima la demanda.

— STS, Sala de lo Social, Pleno, núm. 322/2024, de 21/02/2024, Unificación de doctrina (número del procedimiento: 862/2023). (Ponente: Ángel Blasco Pellicer)

COMPLEMENTO DE MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA. NO PRESCRIPCIÓN. La cuestión que se suscita en el presente recurso consiste en determinar si ha prescrito el derecho del demandante al complemento de maternidad por aportación demográfica sobre su pensión de jubilación.

El Tribunal Supremo, como ya puso de relieve en la STS 487/2022 de 30 mayo (Rcud. 3192/2021), establece, como regla general, que los efectos de las sentencias prejudiciales son ex tunc. En efecto, el TJUE ha declarado que "la interpretación que el Tribunal de Justicia hace, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE (cuestiones prejudiciales), de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma [...] Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves" (STJUE de 26 de octubre de 2021 (Asunto C-109/20, entre otras).

Para un asunto similar al supuesto de autos, la referida STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), no ha establecido ninguna limitación temporal respecto de los efectos del complemento de maternidad por aportación demográfica.

La Directiva 79/7/CEE, que establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres respecto de los regímenes de Seguridad Social relativos a las prestaciones de enfermedad, invalidez y vejez, entre otras; debe ponerse en relación con el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo. E, igualmente, el artículo 4 LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dispone: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas."

De conformidad con las citadas sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (citadas), por aplicación de los principios de interpretación conforme del Derecho de la Unión, de cooperación leal y de efecto útil; teniendo en cuenta que, en el supuesto litigioso, era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que provocó la demora en la reclamación; así como el principio informador del ordenamiento jurídico relativo a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que se integra y observa en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; debemos

reiterar la doctrina que sostiene que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60, lo que determina, tal como se ha anticipado que al tratarse de una discriminación por razón de sexo contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea al que se acaba de aludir, su íntegra reparación no puede ser otra que retrotraer sus efectos al momento del hecho causante, sin que sea dable entender que la solicitud tardía del complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud.

Aunque con lo expuesto la cuestión aquí suscitada estaría resuelta con fundamento suficiente, no está de más, poner de relieve argumentos adicionales que refuerzan la no prescripción del derecho al complemento demandado por el solicitante y la retroacción de los efectos económicos al momento del hecho causante. En este sentido, es claro que, en ningún caso, el dies a quo del inicio del plazo para la solicitud del complemento, en aquellas solicitudes cuyo hecho causante fuese anterior a la fecha de la sentencia del TJUE (12 de diciembre de 2019) a la que hemos aludido constantemente, podría fijarse en un momento anterior a dicha sentencia ya que, hasta dicha fecha, la redacción literal del artículo 60 LGSS únicamente contemplaba el complemento que nos ocupa para las mujeres, lo que no fue declarado contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por consiguiente, entendido como contrario al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) hasta el momento de la referida sentencia. Por tanto, los varones no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba hasta la fecha de la referida sentencia; por lo que con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno.

El segundo argumento adicional deriva de la propia naturaleza del complemento en cuestión y, en general, de los complementos a las prestaciones. Al respecto hemos de reseñar el complemento de maternidad (por aportación demográfica), al igual que sucede con los complementos a mínimos o con el complemento de brecha de género, ni son ni pueden considerarse prestaciones específicas. En efecto, el citado complemento no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión de jubilación (incapacidad permanente o viudedad) contributiva a la que complementa. En consecuencia, no constituye una pretensión independiente de la solicitada en el momento en que se pide la pensión, sino que estaba ínsita en la acción ejercitada para solicitar la prestación a la que complementa, al alcanzar su objeto no solo a las consecuencias básicas de cada prestación, sino también a todos los elementos determinantes del contenido económico de la correspondiente pensión, entre ellos, el porcentaje aplicable, o el complemento que corresponda (a mínimos, el de maternidad o el de brecha de género). Aunque no se trate de aplicar el principio de oficialidad, reservado a aquellas prestaciones cuya concesión es automática, sus efectos deben ser los mismos en relación con los complementos de las prestaciones que los tienen, ya que al beneficiario le basta con solicitar la pensión correspondiente para que la entidad gestora, previa comprobación de que se reúnen los requisitos establecidos en la ley, deba, en los supuestos de concesión de la prestación, incluir los complementos a que haya lugar.

Ello obliga a aplicar los mismos efectos que el Tribunal Supremo ha establecido en los supuestos en los que rige el principio de oficialidad [SSTS de 19 de noviembre de 1993 (Rcud. 3412/1992); de 20 de diciembre de 1999 (Rcud. 753/1999) y de 26 de octubre de 2004 (Rcud. 4283/2003). También, inversamente: STS de 7 de julio de 2015 (Rcud. 703/2014) y STS 895/2022 de 10 noviembre (Rcud.856/2019)]; esto es, que solicitada en plazo la prestación contributiva, los posibles complementos que de la misma pudieran derivar no prescriben. Dejando a salvo su relativa autonomía a los efectos procesales, fundamentalmente, los relativos a la recurribilidad de una hipotética denegación.

2.4. Desempleo

— STS, número 580/2023, de 21/09/2023 (Ponente: Mª Luz García Paredes)

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: procedencia: existe situación de desempleo que se ha reconocido a la trabajadora con base en haber sido suspendida su relación laboral en virtud de un ERTE por fuerza mayor cuando su empleadora, administración pública, no podía acogerse a dicha medida: aplicación del principio de confianza legítima en tanto que el administrado ha actuado en la forma que le ha sido marcada por la decisión empresarial y de las que la autoridad laboral y la propia entidad gestora de las prestaciones por desempleo tenían conocimiento, creando así un esperanza legítima en su derecho a estar protegido por la situación de desempleo, a pesar de lo que establece la DA 17ª ET: perjuicios difícilmente reparables en la esfera del beneficiario y que hubieran sido fácilmente superables si desde el principio el organismo gestor hubiera actuado de acuerdo con la información disponible o la que pudo obtener utilizando los elementos normales de gestión. El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal y confirma la sentencia recurrida dictada el 14-1-2021 por el TSJ de Andalucía, sede de Granada, sin imposición de costas.

— STS, número 694/2023, de 03/10/2023 (Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer)

SUBSIDIO DE DESEMPLEO: indemnización por despido que se abona en cantidades progresivas mensuales durante un período de tiempo de siete años como consecuencia de la póliza de seguros concertada por la empresa de la que es beneficiario el trabajador: no debe computar como renta a efectos del subsidio, la imputación fiscal de rendimiento por capital mobiliario de una parte de la cuantía que percibe el trabajador efectuada en cumplimiento de la legislación fiscal a efectos de percepción de rentas superiores al 75% del SMI que son incompatibles con la percepción del subsidio. El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto y casa y anula la sentencia dictada el 20-10-2020 por el TSJ de Cataluña, sobre desempleo en demanda interpuesta por D. J.M., frente al Servicio Público de Empleo Estatal sin efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

2.5. Aspectos procesales

— STS 1110/2023 01-12-2023 (Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín)

El trabajador presentó demanda de derecho de desempleo estimó la demanda el JS y confirmándose por el TSJ éste condena al SEPE en costas, interpretó que su imposición es consecuencia de la jurisprudencia (STS de 20/0918, rcud. 56/201).

Recurre el SEPE en casación de doctrina, cuestionado si puede ser condenado en costas al gozar del beneficio de justicia gratuita, art. 2 b) Ley 1/96 no pudiendo imponerse tal condena.

La Sala IV remite a su jurisprudencia en la que aprecia que el SEPE tiene condición de EG de la Seguridad Social, siéndole de aplicación el derecho de asistencia jurídica gratuita. Reproduce su STS 12/06/18, RCUD. 684/17, aportada de contraste, recordó que el SEPE tiene las competencias de gestión y control de prestaciones por desempleo -con cita LE y art. 226 LGSS/94- la referencia al INEM debe entenderse hecha al SEPE y así lo recoge el art. 294 LGSS/15, concluyendo que es EG de las prestaciones por desempleo en sus niveles contributivo y no contributivo.

El mero criterio del vencimiento en suplicación no puede ser base para imponer costas al gozar del beneficio de justicia gratuita, sin poder condenarle si no se aprecia temeridad o mala fe en su actuación procesal. La doctrina aplicada a los servicios de salud no resulta aplicable al SEPE, es EG del desempleo arts. 294 LGSS y 18j LE y las prestaciones forman parte de la acción protectora. No es dudoso que el SEPE tiene la condición de EG de la Seguridad Social a los efectos del derecho solicitado, no debió ser condenado en costa

2.6. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

2.6.1. RELACIÓN LABORAL

Cervilla Garzón, M. D. (Dir): *El actual contrato de prestación de servicios*, Aranzadi, 2023.

Cruz Villalón, J., Novo Corti, I.: *Salario mínimo y el trabajo decente ante la innovación tecnológica en España*, Aranzadi, 2024.

Martín Jiménez, R: *La persona trabajadora cabeza de familia monoparental*, Dykinson, 2023.

Sanguineti Raymond, W., Vivero Serrano, J.B. (Dirs.): *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humano*s, Aranzadi, 2024, 336 págs.

2.6.2. DERECHO COLECTIVO

Collado García, L.; Romero Rodenas, Mª J.; Tarancón Pérez, E. y Trillo Párraga, F.: *La representación legal de los trabajadores en la empresa*, Bomarzo, 2024.

Garate Castro, J.: *Derecho sindical, Volumen III. Conflictos colectivos de trabajo*. Editorial: Bomarzo, Albacete 2023. 396 páginas.

Maneiro Vázquez, Y.: *El papel de los sindicatos como garantes de los derechos reconocidos en las nuevas directivas. Especial atención a la defensa de los intereses difusos*. Ed. Cinca, 2024. 150 páginas.

Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Atelier 2024, 380 páginas.

Pérez De Los Cobos Orihuel (Dir.): *Los Derechos de los otros Sindicatos*, Tirant lo blanch, 2024

Valle-Inclán Rodríguez De Miñon, D. del: *Los servicios mínimos como límite al derecho de huelga en el transporte aéreo*, Dykinson, 2023. 166 páginas.

VVAA: *La negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021*, XXXV Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, MTAS, 2023.

VVAA: *La representación del personal en la empresa. "Crédito horario, permisos, excedencias, derechos de información, audiencia y consulta y otras actuaciones"*, Bomarzo, 2024.

2.6.3. PROTECCIÓN SOCIAL

Arrieta Idiakez, F.J.: *LAGUN ARO: Una experiencia de modelo alternativo de protección social*. Dykinson, diciembre 2023. 572. DOI: https://doi.org/10.14679/2511. 202 páginas.

Arufe Varela, A.: *La asistencia social en Alemania. Un comentario del Libro XII del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*. Atelier, 2024. 308 páginas.

Burgos Goyé, M.C./Monereo Pérez J.L.: La inmigración-emigración: las rentas de pobreza en el contexto autonómico y en una era disruptiva, Laborum, 2024.

López Insua, B.M., Ortego Lozano, P. y Guindo Morales, S.: *Seguridad social y tecnologías con perspectiva de género "Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje"*, Comares, 2024.

López Insua, B.M: *La protección de los mayores en la era digital. Entre trabajo y jubilación*, Tirant lo Blanch, 2023

Marban Pinilla, M.T.: *Sustentabilidad del sistema de Seguridad Social a la luz de la equidad entre mujeres y hombres*, Aranzadi, 2024

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo Parra, A.R.: *Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición, Laborum, 2023.

Ricou Casal, M.: *El derecho a la salud y la Seguridad Social,* Bomarzo, 2024

Vicente Palacio, A.: *La asistencia sanitaria transfronteriza*, Atelier, 2023

2.6.4. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Fernández Collados, B, Gonzáles Martínez, J.A.: *La Prevención de Riesgos Laborales a propósito de la Estrategia de Seguridad y Salud Laboral 2023-2027,* Aranzadi 2024

Pérez Capitán, L.: *MEMENTO PRÁCTICO-Prevención Riesgos Laborales 2024-2025,* Ed. Francis Lefevere, 2023

Sánchez-Urán Azaña, Y. (Coord).: *Seguridad y salud en el trabajo regulación en Iberoamérica. Teoría y práctica*, Jurúa, 2024

2.6.5. EMPLEO

Bascón Marín, J.: *La política de empleo en los colectivos vulnerables*, Bomarzo, 2024.

2.6.6. PROCESAL LABORAL

García Murcia, J. (Dir.): *Jurisprudencia social del Tribunal Supremo "En memoria de Félix Salvador Pérez"*, Aranzadi, 2024 (Papel + e-book).

Tascón López, R.: *Hacia la eficiencia procesal en el orden Social de la Jurisdicción* (Papel + e-book), Aranzadi, 2024

Vila Tierno, F. (Dir.): *La reforma del proceso en el Orden Social derivada del RDL 6/2023, de 19 de diciembre*. Laborum, 2024. 162 páginas.

2.6.7. EMPLEO PÚBLICO

Moreno Gené, J.: *Las modalidades de contratación laboral del profesorado y del personal investigador en las universidades públicas*. Atelier, 2024. 234 páginas.

2.6.8. OBRAS GENERALES Y OTRAS

Alonso Paulí, M., Moro Valentín-Gamazo, A. Alvarado Ceychon, G.: *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Ed. Francis Lefevere, 2024.

Beltrán De Heredia Ruiz, I.*: Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona* 1ª Ed, Aranzadi, 2024.

Castro Medina, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales: La importancia de un cambio de paradigma*. Atelier, 2024, 320 páginas.

Díaz Barco, F.: Manual de Derecho de la Construcción, Tirant lo Blanch, 2024.

Fabregat Monfort, G. (Dir.): *Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual. "Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social."*, Tirant lo blanch, 2023

Fernández Orrico, F.J.: *Discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*, Laborum, 2023.

Ferreiro Reguero, C (Dir.): *Implicaciones jurídico-laborales sobre la garantía integral de la libertad sexual y la igualdad de trato y no "discriminación: Ley Orgánica 10/2022 y 15/2022",* Aranzadi, 2024

Fortuny Cendra, M.: *250 preguntas y respuestas sobre la Ley de Protección de los Informantes. Ley 2/2023, de 20 de febrero*, Aranzadi, 2024.

Gómez Salado, M.A.: *La juventud en el contexto de las políticas legislativas de contenido socio-laboral*. Aranzadi, 2024

Larrazabal Astigarraga, E.: *Cláusulas con perspectiva de género en la contratación pública*, Atelier, 2024

Lozano Lares, F, Poyatos Chacón M.F.: *Trabajo decente en la nueva sociedad digital = Trabalho digno na nova sociedade digital*, Aranzadi 2024

Molina Navarrete, C.: Teoría de las relaciones laborales, CEF, 2024, 296 págs.

Montes Adalid, G.M.: *La respuesta del Derecho Social a los desafíos del siglo XXI desde una perspectiva comparada (España e Italia). Empleo, envejecimiento y despoblación en la era digital.* Atelier, 2024. 468 páginas.

Nevado Fernández, M, J.: *La antigüedad en el trabajo. No hay más moderno*. Tiran lo blanch, 2023

Ortego Lozano, P. Guindo Morales, S.: *Desafío tecnológico en el derecho del trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Atelier, 2023.

Trujillo Pons, F.: *Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiperconectado*, Aranzadi, 2024

VV.AA.: *Empleo y protección social. Comunicaciones XXXIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio del Trabajo y Economía Social, 2024.

VVAA: *Memento Social*, 2024, Ed. Lefebrve 2024

3. RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIÓN DE LA OBRA DE GLORIA MONTES ADALID "LA RESPUESTA DEL DERECHO SOCIAL A LOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA (ESPAÑA E ITALIA) EMPLEO ENVEJECIMIENTO Y DESPOBLACIÓN EN LA ERA DIGITAL"

Carlos José Martínez Mateo
Profesor Ayudante Doctor (acreditado como PCD)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Miembro de la AESSS
Universidad de Málaga
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0263-650X

La obra recensionada: "La respuesta del derecho social a los desafíos del siglo XXI desde una perspectiva comparada (España e Italia). Empleo envejecimiento y despoblación en la era digital", es

un trabajo llevado a cabo por la profesora Gloria Montes Adalid quien aun siendo ya una investigadora de prestigio en estos temas -pues no en vano es profesora doctora consolidada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga- es inédito en la materia al ser uno de los primeros trabajos monográficos que estudian las numerosas variables que conllevan la nueva era de la digitalización, en conjunción con el envejecimiento de la población trabajadora. Este trabajo realizado de forma crítica es llevado a cabo partiendo no de razonamientos políticos sino desde los obtenidos tras el estudio del tratamiento en derecho positivo que, por su singularidad, trata de proteger las situaciones derivadas del envejecimiento frente al empleo y el fenómeno de la despoblación en la era digital.

Para llevar a cabo esta empresa, la autora de manera impecable, divide su obra en tres títulos para ofrecer un estudio analítico sobre el grado de eficacia normativa en la protección de los trabajadores ante esta nueva era tecnológica, partiendo para ello de los numerosos factores que han incidido en la evolución del estilo de vida de la sociedad moderna post pandémica, así como las consecuentes y continuas dinámicas del cambio o transformaciones en el plano tecnológico que ha sufrido el mercado de trabajo fruto de esta cuarta revolución industrial. En este sentido el acertado análisis del tratamiento jurídico normativo en esta materia no solamente se ha realizado sobre nuestro Ordenamiento interno sino en también el plano internacional con especial incidencia en Italia donde la autora ha desarrollado parte de su tarea investigadora.

En este sentido, la profesora Montes Adalid, ha seguido una estrategia metodológica que reside en una impecable labor investigadora del estado de la cuestión en la que se ve inmerso nuestro mercado laboral (siendo este el objetivo perseguido en los tres primeros capítulos del primer título) efectuando un análisis del contexto actual y detallando el inadvertido pero presente ángulo de declinación o convergencia entre la implantación de la industria 4.0 (por la revolución tecnológica) con el envejecimiento de la población en siglo XXI.

Para adentrarnos en las consecuencias de este fenómeno, la autora con precisión quirúrgica ha llevado a cabo este razonamiento tomado como punto de partida la historia más reciente con la aparición del COVID-19 y el posterior confinamiento global y aluviones normativos, verdaderos impulsores de esta reciente transformación y revolución digital.

Esta pandemia aun habiendo dejado secuelas negativas que han incidido en el actual panorama sociopolítico, si ha traído nuevas modalidades laborales que, si bien en un pasado ya existían, ahora se han convertido en tendencia como son el teletrabajo y el "lavoro agile" como ejemplos clásicos y singulares de un nuevo sistema de relaciones laborales "tecnificado" y vertebrado en el uso de las actuales plataformas digitales.

Estos hechos, conllevan que el perfil del trabajador o mano de obra madura se vea con dificultades de adaptación y necesidad de un proceso de reciclaje ante la aparición de la tecnología en el mundo empresarial. Esta afirmación, lejos de constituir un dogma y que puede ser opinable, es uno de los fenómenos que han empezado a ser tendencia tanto en España como Italia dos ordenamientos jurídicos que a pesar de tener puntos en común realizan un tratamiento diferenciado en sus regímenes de protección social.

Una vez realizadas estas precisiones la autora realiza en su título II un análisis de los retos ante los que se encuentra la era digital y la problemática que presentan las instituciones de no progresar a la misma velocidad de la norma, dando lugar a situaciones deficientes en la protección de los derechos de los trabajadores en contraste con el avanzado marco de la revolución tecnológica tratando aspectos

de gran actualidad como la brecha digital y la obsolescencia territorial en un mundo en constante transformación.

La conclusión obtenida por la profesora Montes Adalid se basa en que tanto los enfoques de la ONU como el de la OIT en aras de la protección social de los trabajadores y haciendo frente a los desafíos de conseguir un trabajo decente, tienen puntos en común que residen en la importancia de crear empleos dignos y sostenibles garantizando condiciones laborales justas donde la protección social, la igualdad de género y el respeto los derechos laborales pueden ser una realidad no lejana.

La organización Internacional del Trabajo continúa actualmente fomentando el intercambio de ideas y conocimientos sobre esta cuarta revolución industrial, así como el futuro del empleo a través de la difusión de trabajos, realizando informes dirigidos a la ecologización de las empresas, el trabajo a domicilio, el papel de las plataformas digitales etc.

En materia de protección laboral, los esfuerzos por parte del amenazada Unión Europea ante una situación (según los analistas, de "preguerra" con la Federación Rusa) son notables al seguir mejorando un marco normativo eficiente frente a los desafíos que supone el trabajo decente y la propia digitalización

-Finalmente, se describe una tercera fase o capítulo III, destinado realizar un examen sobre la innovación digital y las medidas sociales como herramientas aptas para abordar los obstáculos de la sociedad actual.

En este sentido la autora es realista y realiza una primera reflexión sobre los retos y necesidades de manera contextualizada, prosiguiendo con un examen de las nuevas formas de empleo y la protección de las personas trabajadoras con una incidencia en aquellos colectivos que trabajan en las plataformas digitales de nuestro país y de Italia.

Estas nuevas formas de empleo caracterizadas por el trabajo a distancia puesto en práctica de manera masiva durante la pandemia del COVID-19 hoy ha traído un tratamiento normativo que se ha centrado en la regulación jurídica del trabajo a distancia justificado por la necesidad de que exista un acuerdo escrito entre el empleador y la empleada que recojan las condiciones laborales específicas de esta modalidad de trabajo, la obligación de la empresa de proporcionar los medios y herramientas necesarios para el desempleo del trabajo a distancia, hoy la necesidad de garantizar la privacidad laboral y la seguridad y salud laboral así como la protección de estos colectivos de trabajadores y trabajadores mientras dure este periodo contractual

Si bien una de las formas más relevante de protección jurídica es el teletrabajo por las ventajas que conlleva al entorno empresarial que van desde la disminución de costes a la disminución del número de interrupciones dentro del tiempo de trabajo, eliminación de las Santísimo, mejoras de la imagen corporativa de la empresa entre otras también conlleva otros efectos que inciden sobre la seguridad y la salud de los trabajadores como pueden ser los derivados del sedentarismo en este caso el estrés o el también denominado tecnoestrés.

Estas 3 fases que distingue la profesora Montes Adalid en su obra, de manera brillante suponen un análisis metodológico histórico que converge en dos pilares o enclaves de referencia que ofrecen ciertos sectores doctrinales en esta materia. En este sentido la autora realiza unos cuadros conceptuales que coinciden con los actuales modelos prevalentes de protección laboral frente a la industria 4.0 siendo uno de ellos el denominado modelo productivista de vocación reparadora dirigido a cómo mitigar la incidencia de los efectos de la productividad y la revolución tecnológica sobre la

salud de los trabajadores) 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.

La propuesta de lege ferenda a favor del humano y no de los beneficios económicos realizada por la autora reside en la proposición de una serie de medidas legales y políticas para enfrentar los obstáculos planteados por la transformación digital, el envejecimiento de la población y la despoblación en áreas rurales con el objetivo de garantizar el trabajo decente y la inclusión en la sociedad digital y globalizada

Es por esta razón que este trabajo debería abrir una nueva perspectiva de actuación por parte de los estados español e italiano que ninguna otra obra había planteado con tan notable concisión. En este sentido este trabajo realizado, se presenta como una base de partida para futuras líneas de investigación en la búsqueda de un modelo de protección sociolaboral 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 la profesora Gloria Montes Adalid, ayuda a comprender nuestro actual sistema de protección laboral 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 evolución de la sociedad moderna, sino que en verdad usa las referencias históricas para explicar cómo se ha llegado a la situación actual de nuestro sistema laboral ante la disrupción digital. 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 sociolaboral.

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

Laborum

nº 38 (1er Trimestre 2024)
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. ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1.1. Complemento de maternidad por aportación demográfica. Prescripción. Criterio de Gestión del INSS 5/2024, de 8 de marzo de 2024

Con fecha 21 de febrero de 2024, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia para la unificación de doctrina nº 322/2024, rcud 862/2023, que se pronuncia sobre la prescripción del complemento por maternidad. Considera el Tribunal Supremo que el complemento de maternidad no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión contributiva que complementa. En consecuencia, no constituye una prestación independiente de la solicitada en el momento en que pide la pensión, sino que estaba ínsita en la acción ejercitada para solicitar la prestación a la que complementa. Ello significa que una vez reconocida la pensión contributiva que complementa, el complemento por maternidad no prescribe, y ha de reconocerse con los mismos efectos económicos que los del reconocimiento inicial de dicha pensión.

De acuerdo con la citada sentencia, y teniendo en cuenta la doctrina que sobre el reconocimiento del complemento de maternidad a los hombres ha sido anteriormente dictada por el alto Tribunal, se compilan en este criterio las pautas de actuación:

1. Carácter no unitario.

Procederá reconocer el complemento por maternidad al padre que reúna los requisitos necesarios para percibirlo, aun cuando se hubiese reconocido previamente a la madre por los mismos hijos, Este reconocimiento del complemento al padre no pude conllevar reducción alguna del complemento de maternidad que viniera percibiendo la madre.

2. Imprescriptibilidad. Efectos económicos.

La naturaleza jurídica del complemento de maternidad es la misma que la pensión a la que complementa, por lo que el derecho al complemento será imprescriptible si el derecho a la pensión también lo es.

No obstante, una vez reconocida la pensión, el derecho al complemento deviene en todo caso en imprescriptible. El reconocimiento del derecho al complemento por maternidad se retrotraerá a la fecha en la que se haya reconocido la pensión a la que complementa, con los mismos efectos del complemento de maternidad, si procediera.

3. Agravamiento o mejoría del grado de incapacidad permanente inicialmente reconocido.

En los supuestos de revisión por agravamiento o mejoría del grado de incapacidad permanente inicialmente reconocido, la fecha que habrá de considerarse para determinar si procede reconocer el complemento por maternidad será la del reconocimiento inicial, de forma que solo se reconocerá el citado complemento si el reconocimiento inicial de la pensión de incapacidad permanente se produjo después de 1 de enero de 2016. La fecha del reconocimiento inicial será también la que se tenga en cuenta para establecer los efectos del complemento por maternidad, si procediera.

4. Concurrencia con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera tener reconocido el padre por otra pensión.

Conforme al segundo párrafo de la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS, la percepción del complemento por maternidad será incompatible con el Complemento para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder al mismo interesado por el reconocimiento de una nueva pensión pública, debiendo optar entre uno u otro complemento.

Por tanto, si el padre viniese disfrutando del Complemento para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder al mismo interesado por el reconocimiento de una nueva pensión pública debiendo optar entre uno y otro complemento.

Por tanto, si el padre viniese disfrutando del Complemento para la reducción de la brecha de género por razón de una pensión y, con motivo de la nueva doctrina optase por el reconocimiento del complemento de maternidad por razón de pensión distinta, se descontará del complemento por maternidad lo percibido por razón del complemento para la reducción de la brecha de género durante el tiempo en el que ambos complementos se solapen.

2. INCAPACIDAD TEMPORAL

2.1. Cambio de aseguradora. Criterio de Gestión del INSS 3/2024, de 5 de febrero de 2024

El criterio 56/1999 establece las consecuencias del cambio de entidad aseguradora de la prestación de IT respecto de los procesos que estuvieran en curso en la fecha de dicho cambio. En el citado criterio se concluye que el cambio de entidad aseguradora no afecta a los procesos de IT derivados de contingencias profesionales, que continuarán abonándose por la entidad que cubría el riesgo al inicio del proceso. Por el contrario, respecto a los procesos de IT derivados de contingencias comunes en curso, se concluye que sí resultarán afectados por el cambio y, por tanto, a partir de ese momento, la nueva aseguradora será la responsable del abono del subsidio por IT.

No obstante, esta regla general establecida para la IT derivada de contingencias comunes se excepcionaba en dos supuestos contemplados en el criterio 58/2001: cuando se hubiere producido una extinción de la relación laboral y en los procesos de IT que se encontrarán en prolongación de efectos económicos una vez transcurridos los 545 días de duración.

En estos casos, se entendía que "se había producido, a efectos de Seguridad Social, el cese en la empresa de tales trabajadores" y que, por tanto, estos procesos no debían resultar afectados por el cambio de entidad aseguradora, debiendo la aseguradora inicial continuar abonando el subsidio por IT.

Pues bien, esta entidad gestora ha venido aplicando el mismo criterio respecto de los procesos por IT derivados de contingencias comunes de trabajadores fijos discontinuos en situación de inactividad, por entender que se trataba de una situación análoga a la resuelta para los trabajadores en situación de prolongación de efectos económicos de la IT. En consecuencia, a estos trabajadores tampoco les afectaba el cambio de entidad aseguradora hasta que se produjese un nuevo llamamiento, momento a partir del cual, la nueva aseguradora debía hacerse cargo del abono del subsidio por IT.

Procede modificar el mencionado criterio de gestión con el objeto de acomodado a la doctrina del Tribunal Supremo que, entre otras, se contiene en la sentencia de 4 de febrero de 2003.

En consecuencia, habida cuenta que tanto durante la situación de prolongación de efectos económicos de la IT por haber transcurrido el plazo de 545 días de percepción del subsidio, como durante la situación de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos, el contrato del trabajador con la empresa continúa en vigor, el cambio de entidad aseguradora de la responsabilidad en la continuación del pago de la prestación de IT generada durante la vigencia de un convenio de asociación o aseguramiento anterior.

2.2. Prestación por incapacidad temporal en supuestos de cirugía por enfermedades oculares como la miopía o el astigmatismo. Criterio de Gestión del INSS 6/2024

Esta entidad gestora ha venido considerando que cuando un determinado tratamiento médico está comprendido dentro de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, dará derecho, si se cumplen los requisitos exigidos, a la correspondiente prestación económica por IT siempre que el control de la situación se realice por el órgano autonómico correspondiente, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o por una mutua colaboradora con la Seguridad Social, y con independencia de que dicho tratamiento médico se realice por medios públicos o privados.

Por el contrario, cualesquiera otras situaciones que, aun impidiendo temporalmente el trabajo, no están dentro de las protegidas a través de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud -las listadas en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización-, no podrán en ningún caso dar origen a la prestación económica por IT. Por ello, el INSS ha venido considerando como excluidas del reconocimiento del subsidio por IT, las situaciones de incapacidad derivadas de las operaciones de vista (hipermetropía, astigmatismo, presbicia…), al no encontrarse comprendidas en el catálogo de cirugías cubiertas por el Sistema Nacional de Salud listadas en el Anexo III del citado Real Decreto.

No obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia 46/2020, de 8 de enero de 2020 y 3792/2023, de 19 de septiembre de 2023, ha reconocido el derecho de dos trabajadoras a percibir el subsidio por IT tras someterse a una intervención quirúrgica correcta de una enfermedad de la vista, aun sin estar la cirugía practicada dentro de las protegidas a través de las prestaciones sanitarias del SNS.

Pues bien, formulada consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, ese centro directivo se ha pronunciado en su criterio interpretativo 4/2024 concluyendo que *"(...) lo verdaderamente importante no es el hecho de que tal operación se encuentre incluida o no en el Sistema Nacional de Salud, sino que exista una incapacidad real para el trabajo, y que ésta sea objeto de control por parte de los facultativos del Servicio Público de Salud correspondiente, dando así cumplimiento a los requisitos legales exigidos por el artículo 169 del TRLGSS*".

Por tanto, las consecuencias temporales incapacitantes derivadas de este tipo de cirugía, siempre que requieran asistencia sanitaria, podrán ser protegidas mediante el subsidio por IT regulado en los artículos 169 y siguientes del texto refundido de la ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, siempre que el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes, y ello con independencia de que tales tratamientos no se encuentran comprendidos en el catálogo de cirugías cubiertas por el SNS.

3. JUBILACIÓN

3.1. Complemento por demora, Modificación normativa durante la suspensión de la pensión de jubilación por la realización de trabajos incompatibles. Criterio de Gestión 2/2024, de 11 de enero de 2024

La modificación del artículo 210.2 TRLGSS por 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 requiere determinar la normativa aplicable en el supuesto de que la pensión de jubilación se hubiese causado antes de la citada ley y posteriormente se suspenda por la realización de trabajos incompatibles y se reponga estando ya vigente la ley 21/2021, teniendo derecho al complemento de demora.

En este sentido, se determinan las siguientes directrices:

1. Para que se aplique el complemento por demora es necesario que se acredite un año completo de cotización desde que se reunieron los requisitos necesarios para poder acceder a la pensión de jubilación.

2. Con independencia de cuando se haya causado la pensión de jubilación, las cotizaciones realizadas durante su suspensión por la realización de trabajos incompatibles se tienen en cuenta a efectos de acceder o incrementar el complemento por demora.

3. No se exige que ese año completo de cotización se complete de forma continuada ni antes ni después de la suspensión de la pensión. Por tanto, es perfectamente admisible que ese año completo de cotización adicional se legre con la suma de las cotizaciones realizadas antes de la suspensión junto con las cotizaciones realizadas durante el periodo en el que la pensión estuvo suspendida.

Por ejemplo, si cuando se accedió a la pensión de jubilación no pudo reconocerse el complemento por demora porque únicamente se acreditaba medio año de cotización adicional en vez del año completo, y posteriormente se suspende la pensión para trabajar otro medio año, al finalizar la suspensión de la pensión se tendrá derecho al complemento por demora por acreditar ya el año completo de cotización que exige la norma.

Igualmente se podrá reconocer el complemento por demora en el supuesto de que, una vez causada la pensión de jubilación, esta se hubiese suspendido en distintos periodos que en total sumasen un año completo de cotización.

4. En cuanto a la normativa que debe aplicarse a efectos del complemento por demora en los casos en los que la pensión de jubilación se reconoce antes de la Ley 21/2021, posteriormente se suspende para realizar trabajos incompatibles con la pensión y cuando finaliza la suspensión de la pensión ya está en vigor la Ley 21/2021, se indica lo siguiente:

— El complemento por demora que ya se hubiese reconocido antes de entrar en vigor la Ley 21/202, seguirá vinculado a la normativa por la que se reconoció. Al ser ya un derecho consolidado, no es posible recalcularlo para aplicar a dichas cotizaciones ya computadas la nueva regulación introducida en el artículo 210.2 TRLGSS por la Ley 21/2021.

— Si no llegó a reconocerse el complemento por demora antes de suspender la pensión por no haberse reunido un año completo de cotización adicional en ese momento, pero sí se tiene derecho al complemento por demora tras finalizar la suspensión, se aplicará la normativa que esté en vigor en el momento en que finaliza la suspensión (normativa nueva), con independencia de cuándo se hubiese causado la pensión inicial. Por tanto, aunque el hecho causante de la pensión de jubilación fuese anterior a la entrada en vigor de la Ley 21/2021, se aplicará el artículo 210.2 TRLGSS en la redacción dada por la Ley 21/2021, siempre que en el momento de finalizar la suspensión ya estuviese en vigor, pudiendo optarse por cualquiera de las 3 modalidades de complemento que se recogen en la misma.

— Si se tuviese reconocido el complemento por demora conforme a la normativa anterior a la Ley 21/2021 y además se hubiese seguido cotizando durante el tiempo en que la pensión estuvo suspendida de forma que al finalizar la suspensión se pueda incrementar el complemento por demora, a efectos de la normativa que se aplica, se hará como si se tratase de dos complementos:

El complemento por demora al que ya se tuviese derecho seguirá rigiéndose por la normativa anterior a la Ley 21/2021 por la que se reconoció.

Además, las cotizaciones adicionales que no se hubiesen computado ya y sirvan para incrementar dicho complemento ("nuevo complemento por demora") sr regirán por la normativa vigente la suspensión ya está en vigor la Ley 21/2021, a efectos de esas cotizaciones no computadas, podrá optarse por cualquiera de las 3 modalidades de complemento que se recogen en el artículo 210.2 TRLGSS.

Por ejemplo, se podrá percibir un porcentaje adicional conforme a la normativa anterior y, además, una cantidad a tanto alzado 8artículo 210.2.b) del TRLGSS) por las cotizaciones adicionales realizadas durante el periodo en el que pensión estuvo suspendida.

3.2. Coeficientes reductores de las pensiones anticipadas. Aplicación de la disposición transitoria trigésima cuarta LGSS. Criterio de Gestión del INSS 4/2024, de 4 de marzo de 2024

De acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 210.2 LGSS, en los supuestos en los que la pensión calculada según la regla general -entendiendo por tal la que resulte de aplicar a la base reguladora calculada conforme a lo dispuesto en el artículo 209 LGSS el porcentaje por meses cotizados, según lo dispuesto en el artículo 210.1 y la disposición transitoria novena del mismo texto – sea superior al límite máximo de la cuantía inicial de las pensiones que corresponda según lo establecido en el artículo 57 LGSS, los coeficientes reductores por anticipación de la edad recogidos en el artículo 208 LGSS se aplicarán directamente sobre el límite máximo de pensión establecido para el ejercicio correspondiente.

Conviene precisar que si bien la redacción literal del segundo párrafo del artículo 210.3 LGSS utiliza la expresión "base reguladora", debe hacerse una labor de interpretación según el contexto de

la norma, sus antecedentes históricos, la lógica y finalidad de la norma, atendiendo a lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, y entenderla referida a la "pensión".

De conformidad con lo indicado durante el año 2024, concurren las condiciones establecidas en el apartado 1 de la DT 34ª LGSS para aplicar el apartado 2 de la citada disposición. Por tanto, durante 2024, en los supuestos de la pensión de jubilación anticipada por voluntad del interesado del artículo 208 TRLGSS -salvando los supuestos contemplados en el apartado 3 de la DT 34ª a los que se hará referencia en el siguiente punto-, cuando el importe de la pensión calculada según la regla general sea superior a la cuantía del tope máximo de pensiones establecida para el año en curso, para el cálculo de la pensión que ha de reconocerse, los coeficientes reductores por anticipación de la edad recogidos en las tablas del apartado 2 de la disposición transitoria 34ª TRLGSS (1 de enero de 2024) a aquellas personas cuya pensión calculada según la regla general supere el importe del tope máximo de pensión que corresponda, siempre que la extinción del contrato de trabajo cumpla alguna de las condiciones que se especifican en el apartado 3 de la Disposición transitoria 34ª LGSS y resulte más favorable.

Por "reglas de acceso" debe entenderse las reglas de cálculo para determinar la cuantía de la pensión previas a la entrada en vigor de la Disposición Transitoria 34ª LGSS.

Con objeto de no hacer de peor condición en ningún caso a las personas que accedan a la pensión de jubilación como consecuencia de un cese involuntario frente a las que accedan voluntariamente, los aplicativos de gestión e información harán los cálculos necesarios de forma automática para que se aplique la opción más beneficiosa -por resultar más favorable en determinados supuestos la aplicación de los coeficientes reductores recogidos en las tablas del apartado 2 de la Disposición Transitoria 34ª LGSS que los que corresponderían de aplicarse los recogidos en el artículo 207 LGSS o los correspondientes si fuese de aplicación la normativa anterior a la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social al amparo de la Disposición Transitoria cuarta punto 5 LGSS-, siempre que se acredita la carencia de 35 años y se anticipe entre 1 y 24 meses.

4. VIUDEDAD

4.1. Concurrencia de beneficiarios y distribución del complemento por mínimos. Criterio de Gestión del INSS 1/2024, de 9 de enero de 2024

El criterio 10/2018 del INSS, asumiendo la doctrina sentada por el Pleno de la Sala del Tribunal Supremo, en sentencia unificadora nº 1015/2017, de 19 de diciembre, dicta instrucciones en relación con el reparto de la pensión íntegra de viudedad entre los beneficiarios y establece que "en el caso de que la pensión de viudedad del cónyuge separado o del ex cónyuge deba ser minorada hasta el importe de la pensión compensatoria, el exceso se prorrateará en proporción al tiempo de convivencia de cada uno de los otros beneficiarios concurrentes con el causante, y se añadirá a la porción de pensión de viudedad que corresponda a cada uno de estos".

Sin embargo, puesto que la citada sentencia del Alto Tribunal se circunscribe al reparto íntegro de la pensión de viudedad, la aplicación del criterio del INSS 10/2028 debe limitarse al reparto de la pensión de viudedad y por ello no procede modificar el criterio que viene manteniendo esta Entidad respecto de la distribución del complemento por mínimos.

En consecuencia, la aplicación del Criterio 10/2018 no se hace extensiva al reparto del complemento por mínimos y, por tanto, en la distribución del complemento por mínimos de la

pensión de viudedad, en caso de concurrencia de beneficiarios, es de aplicación el criterio que viene aplicando la Entidad gestora de conformidad con la Circular 1/2016 del INSS, esto es, en la misma proporción que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 220.2 LGSS, "ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente".

5. SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

5.1. Integración de lagunas de cotización en el Sistema especial de empleados de hogar para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y jubilación causadas a partir de 1 de enero de 2024. Criterio de Gestión del INSS 27/2023, de 26 de diciembre de 2023

El punto 4 de la Disposición Transitoria decimosexta LGSS establece:

4. Desde el año 2012 hasta el año 2023, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas en dicho periodo por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b).

El artículo 250.2 LGSS, en relación con el Sistema Especial de Empleados de Hogar dispone que: "El régimen jurídico de este Sistema Especial será el establecido en este título II y en sus normas de aplicación y desarrollo, con las particularidades que en ellas se establezcan". El título II regula el Régimen General de la Seguridad Social.

Por lo que respecta a la acción protectora de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, el artículo 251 LGSS dispone que dichos trabajadores tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social "en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social", con las peculiaridades que expresamente se determinan en dicho artículo, ninguna de las cuales hace referencia a la integración de lagunas de cotización.

La Disposición establece, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de la jubilación, causadas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, " una excepción de carácter transitorio a la norma general sobre integración de lagunas de cotización en el Régimen General (…). Esta excepción, por otra parte, se refiere exclusivamente a los periodos cotizados en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, lo que solo puede significar que la norma no se ocupa de la posibilidad de integración de lagunas que pueda darse respecto de los periodos anteriores a 1 de enero de 2012, puesto que no son periodos cotizados en el citado sistema especial, sino al Régimen Especial de Empleados de Hogar o cualquier otro régimen, por lo que la integración de lagunas que se haya producido antes de esa fecha debe regirse por las normas y criterios que sean de aplicación en cada caso y no por esta norma especial (Disposición Transitoria 16ª LGSS), que solo impide la integración de lagunas producidas en la cotización al Sistema Especial desde el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2020 (en la actual redacción de la Disposición Transitoria 16 LGSS cabe entender al 31 de diciembre de 2023), cualquiera que sea el régimen que resuelva sobre la pensión, como se ha dicho, respecto de pensiones causadas en ese periodo".

Conforme al argumento esgrimido anteriormente, hay que concluir que para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y jubilación causadas desde el 1 de enero de 2024 (fecha en la que finaliza la vigencia de la Disposición Transitoria 16ª LGSS), las lagunas de cotización al Seguro Especial de Empleados de Hogar producidas entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2023, ambos inclusive, se integrarán de acuerdo con las normas y criterios generales sobre la integración de lagunas que correspondan en cada caso, teniendo en cuenta el régimen llamado a resolver sobre el derecho, sin que pueda ser ya de aplicación en ningún caso la excepción contenida en la Disposición Transitoria 16ª LGSS.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 250.2 y 251 LGSS, a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación que se causen a partir de 1 de enero de 2024, la integración de las lagunas de cotización subsiguientes a un alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar o en el antiguo Régimen Especial de Empleados de Hogar, cualquiera que sea la fecha en que dichas lagunas se hubieran producido, se integrarán conforme a las reglas generales previstas en los artículos 197.4 y 209.1.b) LGSS o en las del régimen llamado a resolver sobre el derecho.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
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. BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

REAL DECRETO-LEY 8/2023, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS PARA AFRONTAR LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DERIVADAS DE LOS CONFLICTOS EN UCRANIA Y ORIENTE PRÓXIMO, ASÍ COMO PARA PALIAR LOS EFECTOS DE LA SEQUÍA

Como se recuerda en el preámbulo del Real Decreto-Ley 8/2023, desde la primavera de 2022 y hasta la actualidad, se han aprobado por el Gobierno un total de siete grandes medidas con la finalidad de afrontar las consecuencias en España de la guerra en Ucrania, incluyendo iniciativas tanto normativas como no normativas, que se han ido adaptando a la evolución de la situación económica y social.

Con en el Real Decreto-Ley 8/2023 se pretende la retirada gradual de las medidas hasta ahora adoptadas, evitando una evolución inesperada de los precios y protegiendo especialmente a los colectivos más vulnerables, pero sin poner en riesgo la sostenibilidad de las finanzas públicas y el cumplimiento de los objetivos de reducción del déficit y de la deuda pública.

Dentro del Título VI de medidas de carácter social del real Decreto-Ley 8/2023, el Capítulo I está dedicado a la Seguridad Social, en su artículo 75 y siguientes.

Con relación a la adopción de las citadas medidas, se hace referencia a las consecuencias sociales y económicas provocadas por la erupción volcánica en la zona de Cumbre Vieja, prorrogándose el aplazamiento del pago de cuotas de la Seguridad Social para trabajadores autónomos afectados en su actividad por la erupción volcánica.

También se prorroga la prestación de cese de actividad para los trabajadores autónomos que se vieron obligados a cesar en la actividad como consecuencia directa de la erupción volcánica, así como las medidas extraordinarias de Seguridad Social para los trabajadores autónomos y la exención en el pago de cuotas a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, de superior cuantía que la aplicable con carácter general, en los expedientes de regulación temporal de empleo mencionados.

Asimismo, se consideró necesaria la regulación mediante el Real Decreto-Ley 8/2023, de forma provisional, de la revalorización de las pensiones hasta que se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024, así como el establecimiento de algunas normas transitorias en materia de cotización que se consideran necesarias hasta que se produzca la aprobación de la referida ley, como son la determinación de la cotización correspondiente al Mecanismo de Equidad Intergeneracional, el incremento de las bases mínimas de cotización de los grupos de cotización de los regímenes que los tengan establecidos, ligándolas al salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto,

o la fijación del incremento de la tope máximo de las bases de cotización del sistema aplicando el porcentaje que se establezca para la revalorización de pensiones. A tal efecto, se estableció una revalorización de las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y las del Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado, con carácter general, del 3,8% respecto del importe de 2023.

También se fijó en el Real Decreto-Ley 8/2023 el límite máximo establecido para la percepción de las pensiones públicas en 2024 en 3.175,04 euros mensuales o 44.450,56 euros anuales, conforme a lo establecido en la Ley 31/2022, en la Ley General de la Seguridad Social, y en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado,

La cuantía mínima de las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social se incrementó para 2024 en el 3,8%, conforme a lo previsto en el citado artículo 58 de la Ley General de la Seguridad Social.

REAL DECRETO 1133/2023, POR EL QUE SE REGULA EL CÓMPUTO DE LOS PERÍODOS TRABAJADOS EN ORGANIZACIONES INTERNACIONALES INTERGUBERNAMENTALES A EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO Y CÁLCULO DE DETERMINADAS PENSIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SU MODALIDAD CONTRIBUTIVA

Como se señala en el Preámbulo del Real Decreto 1133/2023, con anterioridad el Real Decreto 2072/1999 sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las Comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social españoles, reguló el derecho a transferir, entre el sistema de previsión social comunitario y el nacional, los derechos a pensión de jubilación y de viudedad acreditados en cada uno de dichos sistemas.

Solo el citado Real Decreto constituía la norma que preveía un mecanismo de transferencias de derechos entre el sistema español de la Seguridad Social y los sistemas de pensiones de otras organizaciones internacionales intergubernamentales.

No existía ninguna norma, nacional ni comunitaria, que regulase el cómputo, por parte del sistema de Seguridad Social nacional, de los periodos trabajados en ese tipo de organizaciones. Por ello, a la hora de reconocer el derecho a las pensiones contributivas del sistema español de la Seguridad Social y de calcular la cuantía correspondiente, no se habían tenido en cuenta los periodos trabajados por las personas interesadas al servicio de organizaciones internacionales intergubernamentales.

Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su sentencia de 4 de julio de 2013, en el Asunto C-233/12 Gardella, tras declarar compatible con el Derecho de la Unión la inexistencia de un mecanismo de transferencias de derechos a pensiones entre los sistemas nacionales y los de las organizaciones internacionales intergubernamentales, ha impuesto a los Estados miembros la obligación de computar los periodos trabajados al servicio de dichas organizaciones cuando no se aplique tal mecanismo.

Para el cumplimiento del mandato de la mencionada sentencia, se dictó el Real Decreto 1133/2023, que establece los términos y reglas para el cómputo de los periodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos de reconocer y calcular las pensiones contributivas del sistema español de la Seguridad Social derivadas de contingencias comunes.

ORDEN ISM/1385/2023, DE 21 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN TAS/2865/2003, DE 13 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE REGULA EL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El motivo por el que aprobó la Orden ISM/1385/2023 tiene su fundamento en que el 5 de diciembre de 2022, se llevó a cabo una modificación del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Reino de España, relativo al uso por las Naciones Unidas de locales en el Reino de España para la prestación de apoyo a operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones conexas de las Naciones Unidas, hecho en Madrid el 28 de enero de 2009.

Tras esa modificación, el Centro de las Naciones Unidas de Tecnología de la Información y las Comunicaciones en Valencia solicitó la incorporación voluntaria a la Seguridad Social española del personal funcionario que presta servicios en el mencionado Centro de las Naciones Unidas. Conforme a ello, se estimó procedente la modificación del artículo 14.1.b) de la Orden TAS/2865/2003, norma en la que se regulan las distintas modalidades de convenios especiales, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional del Real Decreto 317/1985, todo ello con el objetivo de incluir a dicha entidad de Naciones Unidas en la relación de organizaciones internacionales del citado artículo

ORDEN ISM/29/2024, POR LA QUE SE ESTABLECEN PARA EL AÑO 2024 LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR INCLUIDOS EN LOS GRUPOS SEGUNDO Y TERCERO

Se cita en el Preámbulo de la Orden ISM/29/2024 que el artículo 122, apartado Ocho.2, de la prorrogada Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, establece que la cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar respecto a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, incluidos en los grupos segundo y tercero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, se efectuará sobre las remuneraciones que se determinen anualmente mediante Orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector.

Tal determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente. A tal finalidad responde el contenido de la Orden ISM/29/2024, mediante la que se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2023, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

RESOLUCIÓN DE 18 DE DICIEMBRE DE 2023, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA EL ÁMBITO TERRITORIAL DE DETERMINADAS UNIDADES DE RECAUDACIÓN EJECUTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Mediante la Resolución de 1 de diciembre de 1995, de la entonces Secretaría General para la Seguridad Social, se estableció el ámbito territorial de las unidades de recaudación ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social. Dicho ámbito ha sido objeto de posteriores modificaciones, bien como consecuencia de sucesivas ampliaciones en el número de esas unidades, bien para la

redistribución de sus plantillas y por necesidades de gestión, mediante diversas resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se cita en la Resolución que las necesidades de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social en vía de apremio hacen conveniente y oportuno, en este momento, modificar la demarcación territorial de determinadas unidades de recaudación ejecutiva dependientes de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social en Illes Balears, Barcelona, Burgos, Cádiz, Madrid, Sevilla, València/Valencia y Zaragoza, a fin de conseguir una mejor gestión del cargo asumido por ellas y una equilibrada redistribución de sus plantillas, habida cuenta de la progresiva disminución de estas, llevando a cabo, en algunos casos, un reagrupamiento de sus respectivos medios materiales y humanos en una misma sede física.

RESOLUCIÓN DE 27 DE DICIEMBRE DE 2023, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA RESOLUCIÓN DE 3 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBA LA INSTRUCCIÓN DE GESTIÓN CONTABLE PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA RESOLUCIÓN DE 11 DE OCTUBRE DE 2022, POR LA QUE SE APRUEBA LA INSTRUCCIÓN DE OPERATORIA CONTABLE PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 5 del Real Decreto 1221/1992, sobre el Patrimonio de la Seguridad Social, conforme al Real Decreto 37/2023, señala en su apartado 1 que compete a la Tesorería General de la Seguridad Social la formación, actualización y contabilización del Inventario general de bienes y derechos de la Seguridad Social, respecto de aquellos bienes y derechos que constituyen el patrimonio íntegro de la Seguridad Social, cualquiera que sea la forma de adquisición y la entidad a la que figuren adscritos.

Por su parte, el apartado 3 del Real Decreto 1221/1992 establece los requisitos que debe cumplir el citado Inventario general, de forma que este actualizado, reflejando los cambios que experimente el inmueble por razones legales o física, que permita acceder a la evolución legal y física de los bienes inmuebles, que resulte accesible; que garantice el acceso a los documentos de los que resulte la información registrada, que integre toda la información relevante, en particular toda aquella información de acceso público, y que permita la interoperabilidad con el resto de herramientas y sistemas informáticos, especialmente los que contengan información contable, facilitando la conciliación contable.

En relación con lo anterior, el Tribunal de Cuentas en las Declaraciones de la Cuenta General del Estado de cada ejercicio ha venido manifestando que la Tesorería General de la Seguridad Social no dispone de un inventario general de bienes y derechos completo, actualizado y conciliado con los registros contables, cuya formación es responsabilidad de dicho servicio común.

Por ello se ha hecho preciso modificar tanto la Resolución de 3 de julio de 2014, de esta Intervención General, por la que se aprueba la Instrucción de gestión contable para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social al objeto de incorporar un nuevo campo en los documentos contables denominado «Código de inventario» que permita establecer el intercambio de información entre el Sistema de Información Contable de la Seguridad Social (SICOSS) y el Inventario de Bienes y Derechos de la Seguridad Social (IBID).

2. NOTICIAS SOBRE LA GESTION EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES[1]

MEDIDAS DE GESTIÓN PARA LA APLICACIÓN DE REAL DECRETO-LEY 8/2023

El Real Decreto-ley -RDL- 8/2023, por el que, como se ha indicado en páginas precedentes, se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, establece, con vigencia desde el 1 de enero de 2024, lo siguiente en relación a la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social:

1.- Plazo excepcional para comunicar las altas y las bajas en la Seguridad Social.

El apartado 2 de la disposición transitoria décima del RDL 8/2023 se fija un plazo excepcional, que finalizará el día 31 de marzo de 2024, para comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social las altas y las bajas en la Seguridad Social correspondientes al inicio o finalización de las prácticas formativas no remuneradas a las que se refiere la citada disposición adicional quincuagésima segunda, que tengan lugar en el período comprendido entre el 1 de enero y el 20 de marzo de 2024.

Teniendo en cuenta lo indicado en el apartado 2 de la transcrita del RDL 8/2023, se establecen las siguientes indicaciones:

1. Las altas, y las bajas, que se comuniquen con fecha real alta, o fecha real baja, comprendida entre el 1-01-2024 y 20-03-2024, y se presenten a través del Sistema RED en el plazo de 10 días establecido en el apartado 4.b) de la DA 52 de la LGSS, adoptarán como fecha efecto alta, o fecha efecto baja, el valor de la fecha real alta, o fecha real baja, respectivamente.

2. Las altas, y las bajas, que se comuniquen con fecha real alta, o fecha real baja, comprendida entre el 1-01-2024 y el 20-03-2024, y se presenten a través del Sistema RED en un plazo superior a los 10 días establecido en el apartado 4.b) de la DA 52 LGSS, adoptarán inicialmente como fecha efecto alta, o fecha efecto baja, la de la fecha de presentación alta, o fecha presentación baja, respectivamente. No obstante, antes del término del mes de abril de 2024, en todas estas altas y bajas se modificará automáticamente la fecha efecto alta o baja, consignándose en dicho dato el de la fecha real alta o fecha real baja, respectivamente.

2.- Prácticas formativas iniciadas y no concluidas antes del día 1 de enero de 2024

El apartado 1 de la Disposición Transitoria décima del RDL 8/2023 establece lo siguiente: "A las prácticas formativas a que se refiere la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, iniciadas y no concluidas antes del BNR 16/2023 día 1 de enero de 2024, les resultará de aplicación el régimen jurídico previsto en la citada disposición adicional únicamente desde dicha fecha."

[1] Se utiliza 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 alta en estos supuestos se efectuará al inicio de las prácticas formativas en el año 2024.

3.- Campo de aplicación subjetivo de la DA 52 LGSS: enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo.

En el número uno del artículo 80 del RDL 8/2023, se incluye una nueva letra c) del apartado 1 de la DA 52 de la LGSS, por el que se incluye en el campo de aplicación de esta Disposición Adicional a las prácticas "realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo".

4.- No inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52 LGSS de determinadas personas y derecho a otras prestaciones.

En el número no del artículo 80 del RDL 8/2023, se incluye un nuevo apartado 11 de la DA 52 de la LGSS, con el siguiente contenido:

"No estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición adicional las personas que durante la realización de las prácticas a las que se refiere el apartado 1 figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su la modalidad contributiva como no contributiva.

La situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Asimismo, dicha inclusión no dará lugar a la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria salvo la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.»

En el Boletín de Noticias RED se informa que próximamente se informará del procedimiento a seguir, para la no inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52 LGSS, de las personas que durante la realización de las prácticas figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva.

5.- Cuantías de las cuotas empresariales durante el año 2024, hasta que se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2024

El número Tres de la Disposición Transitoria novena del RDL 8/2023 establece lo siguiente:

"Hasta que se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2024, la cotización por la realización de prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación se ajustará, en dicho ejercicio, a las siguientes reglas:

a) En el caso de prácticas formativas remuneradas, se aplicarán las cuotas únicas mensuales por contingencias comunes y profesionales correspondientes a los contratos de formación en alternancia, de conformidad con el apartado 6.a) de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Dichas cuotas se aplicarán también respecto a las prácticas realizadas al amparo del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, y del Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

b) En el caso de prácticas formativas no remuneradas, de conformidad con el apartado 7.a) de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la cotización consistirá en una cuota empresarial, por cada día de prácticas, de 2,54 euros por contingencias comunes excluida la prestación de incapacidad temporal y de 0,31 euros por contingencias profesionales, sin que pueda superarse la cuota máxima mensual por contingencias comunes de 57,87 euros y por contingencias profesionales de 7,03 euros.

De la cuota diaria por contingencias profesionales de 0,31 euros, 0,16 euros corresponderán a la contingencia de incapacidad temporal y 0,15 euros a las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

c) En ambos casos, a las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación la reducción del 95 por ciento establecida en el apartado 5.b) de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social resultando una cuota empresarial, por cada día de prácticas, de 0,13 euros por contingencias comunes excluida la prestación por incapacidad temporal, sin que pueda superarse la cuota máxima mensual de 2,89 por contingencias comunes."

REAL DECRETO-LEY 8/2023: ARTÍCULO 82. PRORROGA DE LOS ERTE VINCULADOS A LA SITUACIÓN DE FUERZA MAYOR TEMPORAL EN EL SUPUESTO DE EMPRESAS Y PERSONAS TRABAJADORAS DE LAS ISLAS CANARIAS AFECTADAS POR LA ERUPCIÓN VOLCÁNICA REGISTRADA EN LA ZONA DE CUMBRE VIEJA

El artículo 82 del RDL 8/2023, con vigencia desde el 29 de diciembre de 2023, establece lo siguiente:

"Serán aplicables hasta el 30 de junio de 2024, los expedientes de regulación temporal de empleo a los que se refiere la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la disposición adicional cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social."

REAL DECRETO-LEY 8/2023. RECOGE LA REGULACIÓN DE LAS BASES MÍNIMAS, MÁXIMAS Y TOPE MÁXIMO DE COTIZACIÓN DE LOS REGÍMENES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Y LA APLICACIÓN DEL MEI

Los números Uno y Dos de la disposición transitoria novena del Real Decreto-Ley 8/2023, con vigencia desde el 1 de enero de 2024, establecen lo siguiente:

1.- Para el ejercicio 2024, y hasta la aprobación de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, las bases mínimas de cotización, de los grupos de cotización de los regímenes que las tengan establecidas, se incrementarán de forma automática en el mismo porcentaje que lo haga el salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto, y las bases máximas de cada categoría profesional y el tope máximo de las bases de cotización se fijarán aplicando el porcentaje previsto para la revalorización de pensiones al que se sumará el establecido en la disposición transitoria trigésimo octava de la Ley General de la Seguridad Social.

2.- Para el ejercicio 2024 y hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo la disposición transitoria cuadragésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, la cotización correspondiente al Mecanismo de Equidad Intergeneracional, recogida en el apartado catorce del artículo 122 de la Ley 31/2022, será de 0,7%. Cuando ese tipo de cotización deba ser objeto de distribución entre empresa y trabajador, el 0,58% será a cargo de la empresa y el 0,12% a cargo del trabajador.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 84 del RDL 8/2023, sobre prórroga de la vigencia del Real Decreto 99/2023, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, y lo establecido en el número uno transcrito anteriormente, en tanto no se apruebe al salario mínimo interprofesional para el año 2024 no se modifican las bases de cotización mínimas de los grupos de cotización de los regímenes que las tengan establecidas.

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

En este supuesto caben dos situaciones:

1.- Desplazamientos iniciados a partir de la entrada en vigor de la Orden ISM/835/2023.

Las empresas que desplacen trabajadores a partir de la entrada en vigor de la mencionada Orden deberán proceder a la identificación de dichos trabajadores a través del Sistema RED.

Será necesario mantener el alta del trabajador en el CCC durante la duración de la actividad, debiendo identificarse:

— La fecha de inicio del desplazamiento.

— El país al que se realiza el desplazamiento. Para ello se deberá dar contenido obligatoriamente, con el código de país correspondiente.

— La fecha de finalización prevista del desplazamiento.

2.- Desplazamientos iniciados con anterioridad a partir de la entrada en vigor de la Orden ISM/835/2023.

De conformidad con la disposición transitoria única de la Orden ISM/835/2023, las empresas que cuenten con personas trabajadoras desplazadas al extranjero que, a la entrada en vigor de esta norma, se encuentren en la situación contemplada en el artículo 3.b, deberán comunicar dicho desplazamiento a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor de esta orden. Dicha comunicación deberá realizarse a través de CASIA (se trata del sistema de coordinación, Atención y Soporte Integral al Autorizado RED de la Tesorería General de la Seguridad Social).

ARTÍCULO 151 DE LA LGSS, SOBRE COTIZACIÓN ADICIONAL POR CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA. EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS DE PROGRAMAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO AGRARIO

El artículo 151 de la LGSS, sobre cotización adicional en contratos de duración determinada, en su apartado 3, establece lo siguiente:

"Esta cotización adicional no se aplicará a los contratos a los que se refiere este artículo, cuando sean celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, o en la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades, técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad; ni a los contratos por sustitución."

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha establecido que, aunque el objeto de un contrato de trabajo pueda determinar la inclusión de una persona trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social, "los contratos de fomento del empleo agrario celebrados al amparo del Real Decreto 939/1997, de 20 de junio, con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios estarían incluidos dentro de los supuestos a los que no resulta de aplicación la cotización adicional prevista en el artículo 151 del TRLGSS, puesto que se celebran con trabajadores incluidos en el citado sistema especial."

LA APLICACIÓN, A LOS EFECTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DEL PERMISO PARENTAL DE ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (ARTÍCULOS 45.1.o y 48.bis.)

La DGOSS, tras las modificaciones introducidas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por el Real Decreto-ley 5/2023, y en relación al permiso parental, ha establecido lo siguiente:

- Permiso parental disfrutado a tiempo completo.
    - ❖ Entrada en vigor: 30 de junio de 2023.
    - ❖ Alta y cotización. Durante el disfrute del permiso parental a tiempo completo deberá mantenerse el alta y la cotización respecto de la persona trabajadora.
    - ❖ De conformidad con el criterio de la DGOSS, pese a ser incluido el permiso parental en el apartado 1.o) del artículo 45 del ET como una causa de suspensión del contrato, por lo que el apartado 2 exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, no por ello pierde la naturaleza de permiso, resultando, por lo tanto, de aplicación el artículo 69, sobre situaciones de permanencia en alta sin retribución, cumplimiento de deberes de carácter público, permisos y licencias, del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la

Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, y, en consecuencia, la obligación de cotizar.

Se recuerda que en este artículo se establece que "para las contingencias comunes se tomará como base de cotización la mínima correspondiente en cada momento al grupo de la categoría profesional del trabajador y para las contingencias profesionales la base de cotización estará sujeta a los topes mínimos establecidos en el apartado 2 del artículo 9."

- Permiso parental disfrutado a tiempo parcial.
  - ❖ Entrada en vigor: de conformidad con el criterio de la DGOSS, el inicio de la vigencia del permiso parental disfrutado a tiempo parcial se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

EL SERVICIO DE LA TGSS PARA LA GESTIÓN DE VARIAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

En relación con el servicio de "Gestión de varias actividades", a través del cual, las personas trabajadoras por cuenta propia pueden comunicar el inicio o el fin de una o más actividades, cuando realicen simultáneamente varias, se ha incorporado la posibilidad de anotar una Fecha de inicio de actividad anterior a 1 de enero de 2023.

Las personas trabajadoras autónomas comprendidas en el Sistema Especial de trabajadores por cuenta propia agrarios, que comuniquen una o varias actividades que den lugar a su inclusión en el RETA, a partir de la fecha de inicio de esa actividad, están obligados a cotizar por todas las contingencias. Ello de conformidad con el artículo 48.6 del Real Decreto 84/1996, 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, que establece que "Si el trabajador comprendido en este sistema especial realizase otra actividad que diera lugar a su inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el alta única en dicho régimen se practicará por la actividad agraria, quedando obligado a proteger las prestaciones por incapacidad temporal y por cese de actividad y la totalidad de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en ese sistema".

LA COTIZACIÓN ADICIONAL DE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA. EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS PROGRAMAS FOMENTO EMPLEO AGRARIO

El artículo 151 de la LGSS, sobre cotización adicional para los contratos de duración determinada, en su apartado 3 establece lo siguiente:

> "3. Esta cotización adicional no se aplicará a los contratos a los que se refiere este artículo, cuando sean celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, o en la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades, técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad; ni a los contratos por sustitución."

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha informado que, aunque el objeto de un contrato de trabajo pueda determinar la inclusión de una persona trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social, "los contratos de fomento del empleo agrario celebrados al amparo del Real Decreto 939/1997, de 20 de junio, con trabajadores incluidos en el Sistema Especial

para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios estarían incluidos dentro de los supuestos a los que no resulta de aplicación la cotización adicional prevista en el artículo 151 del TRLGSS, puesto que se celebran con trabajadores incluidos en el citado sistema especial."

Laborum

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

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Panorama actual en materia de bonificaciones e incentivos a la Seguridad Social derivado de los recientes cambios normativos

Current outlook on Social Security rebates and incentives derived from recent regulatory changes

Ana Belén García Calvo
Jesús María Prieto Valbuena
en colaboración con la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Cita Sugerida: GARCÍA CALVO, A.B. y PRIETO VALBUENA, J.M.: «Panorama actual en materia de bonificaciones e incentivos a la Seguridad Social derivado de los recientes cambios normativos». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 343-362.

Resumen

Para poder entender la necesidad de articular un nuevo texto legal, es necesario, en primer lugar, repasar el contexto y la evolución histórica nacional de las bonificaciones, con carácter general. Posteriormente, se realizará, una descripción detallada de la normativa reguladora de cada una de las principales bonificaciones, reducciones y exenciones vigentes, tras la aprobación del Real Decreto-ley 1/2023, aludiendo al posible propósito de la norma que se intuye en el estudio de su articulado.

Palabras clave

Bonificaciones; Seguridad Social; requisitos; mantenimiento del empleo; planes de igualdad

Abstract

In order to understand the need to create a new legal text, the first need is for a review of the context and the national historical evolution of rebates in general. Subsequently, there is a detailed description of the regulatory standards of each of the main rebates, reductions and exemptions in force, after the approval of Royal Decree Law 1/2023, alluding to the possible purpose of the regulation sensed when studying its articles.

Keywords

Rebates; Social Security; requirements; job protection; equality plans

1. INTRODUCCIÓN A LA REFORMA DE LAS BONIFICACIONES: BREVE REFERENCIA A SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FINANCIACIÓN

No cabe discusión alguna en lo referente a la finalidad perseguida por el sistema de bonificaciones o reducciones de cuotas a la Seguridad Social, pues no es otro que fomentar el empleo a través de la reducción de los costes empresariales bien con cargo a los recursos del presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal (bonificaciones), o bien con cargo a los recursos del sistema de la Seguridad Social (reducciones)[1]. Si bien no hay duda de que se trata de una ayuda importante para las empresas, cuestión distinta es si tal sistema de bonificaciones y reducciones verdaderamente contribuye al incremento de la contratación y mantenimiento del empleo en el mercado de trabajo actual.

[1] Fernández Díez, A. Subinspector de Empleo y Seguridad Social *Contratos de trabajo temporales con bonificaciones o reducciones de cuotas a la seguridad social* PP. 1555-1566.

El punto de partida lo encontramos entre 1973 y 1979, cuando aparecen, en las normas sobre el empleo protegido, bonificaciones en las aportaciones a cuotas a la Seguridad Social para trabajadores minusválidos, mayores de 40 años, o subsidiados por desempleo y empleo juvenil. Desde entonces, y sin que ello constituya una obligación legal, las bonificaciones forman parte *sine qua non* de las normativas por las que se establecen las distintas políticas de empleo.

Por otro lado, los programas de fomento del empleo como tal comienzan a aprobarse a partir del año 1994, principalmente, en las Leyes de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, a través de la D.A. 44 de la ley 42/1994, seguida por la Disposición Adicional sexta de la ley 13/1996; la Disposición Adicional Vigésima sexta de la Ley 66/1997, continuando por el artículo 28 de la ley 55/1999, seguido por la D.A. 4 de la ley 24/2001. Posteriormente, por el artículo 47 de la ley 53/2002, el artículo 44 de la ley 62/2003 y, finalmente, la D.A. Quincuagésima de la ley 30/2005 LPGE. Hasta esta última norma, los programas de fomento de empleo se limitaban a transcribir, con pocas variaciones, lo establecido en la norma anterior.

El gran punto de inflexión en el estudio de las bonificaciones llegó con el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE del 14), aprobándose, posteriormente, como la ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE del 30), introduciendo como principal cambio, el establecimiento de unas cuantías que realizaban una reducción de la cuota final, en lugar de los criterios de la minoración de porcentajes sobre los cuales se calculaban las cuotas a abonar de la seguridad social.

Tras la aprobación de la Ley 43/2006, y en uso de la técnica legislativa imperante, comienzan a aparecer bonificaciones dispersas en cualquier tipo de normativa. Ejemplo de ello son el Real Decreto-ley 18/2011, de 18 de noviembre; la Ley 5/2011, de 29 de marzo. El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero y Ley 3/2012, de 6 de julio; el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo; el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre.

Como consecuencia de la dispersión normativa de todo tipo de ayudas encuadradas bajo el nombre de bonificaciones, reducciones y exoneraciones (aproximadamente 74 medidas, de las que 56 están constituidas como bonificaciones con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo y 18 como reducciones o exenciones con cargo del presupuesto de la Tesorería General de la seguridad social[2]), surge la necesidad de aunar sino todas ellas, sí al menos las más relevantes y empleadas, bajo un único texto legal, que permita garantizar y facilitar el acceso a las mismas, así como su control y seguimiento.

Respecto a la financiación de las bonificaciones y reducciones de la seguridad social, como ya se ha aludido anteriormente, las bonificaciones se financian, generalmente, con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, mientras que las reducciones se realizan con cargo al presupuesto de la Seguridad Social.

Concretamente, en el año 2023, los presupuestos generales del Estado asignaron a las bonificaciones como medidas de fomento del empleo una cuantía de 2.075.900 euros, mientras que las reducciones en conjunto ascendían a 1.812.340 euros.

[2] Datos reflejados en la Exposición de motivos del Real Decreto Ley 1/2023 de 10 de enero (BOE 11/01/2023). Durante el artículo se hará referencia a todo el articulado de la norma referida, analizándose cada uno de sus preceptos.

2. PRINCIPIOS ORDENADORES DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA IMPULSAR LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA. LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA APLICACIÓN DE UNA NUEVA NORMATIVA

En cuanto a la finalidad que se recoge en la exposición de motivos de la norma a tratar en el presente estudio, Real Decreto Ley 1/2023, destaca, fundamentalmente:

En primer lugar, el impulso y mandato de la Unión Europea[3]: la reforma 7 incluida dentro del componente nº 23 del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia, denominada «revisión de las subvenciones y bonificaciones a la seguridad social», pone de manifiesto que las subvenciones y bonificaciones a la contratación no han logrado resolver los problemas estructurales del mercado laboral español, marcando como objetivo simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia, dado que uno de los principales problemas, tal y como se recoge en la exposición de motivos, es que en la actualidad no existe un marco jurídico único para la regulación de los incentivos a la contratación y otras medidas de empleo financiadas con reducciones o bonificaciones en las cotizaciones sociales, sino múltiples normas.

En segundo lugar, la necesidad de actualización de los incentivos y sus cuantías, dado que las mismas han quedado obsoletas, si bien, tras el estudio de las bonificaciones recogidas en la normativa actual frente a aquellas a las que sustituyen, no existe una clara convicción de que tal objetivo de actualización se haya conseguido.

Como objetivos específicos de la norma se recogen, entre otros, impulsar de manera prioritaria la contratación y el mantenimiento del empleo estable y de calidad de las personas y colectivos considerados vulnerables o de baja empleabilidad. Garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la regulación y aplicación de las medidas de fomento del empleo y la contratación. El fomento de la contratación de personas con discapacidad y el fomento del trabajo autónomo y de la economía social como instrumento eficaz de generación de trabajo estable y de calidad.

Para la consecución de tales objetivos se aprueba por tanto el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, el cual se compone de un total de 41 artículos recogidos en tres capítulos, diecisiete disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, la disposición derogatoria y trece disposiciones finales.

La aprobación y publicación de esta norma en enero de 2023 cuya vigencia se pospone prácticamente en su integridad a 1 de septiembre de 2023, supone la derogación de hasta trece disposiciones normativas en las que se recogen más de quince beneficios diferentes vigentes en el momento de su publicación, si bien, se establece un régimen transitorio en el que será de aplicación la normativa vigente en el momento de la celebración de los contratos incentivados. Sin perjuicio de lo anterior, se hace preciso recalcar que existe numerosa normativa cuya vigencia no se ha visto afectada por este Real Decreto Ley y que, necesariamente ha de mencionarse en el tratamiento del panorama actual de las bonificaciones, con especial mención a las bonificaciones de los trabajadores discapacitados del artículo 2 de la ley 43/2006.

[3] *El Consejo Europeo del 21 de julio de 2020, consciente de la necesidad en este momento histórico de un esfuerzo sin precedentes y de un planteamiento innovador que impulsen la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea, acordó un conjunto de medidas de gran alcance. Estas medidas aúnan el marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027 reforzado y la puesta en marcha de un Instrumento Europeo de Recuperación («Next Generation EU»), cuyo elemento central es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. La instrumentación de la ejecución de los recursos financieros del Fondo Europeo de Recuperación se realizará a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.* Tenor literal recogido en la exposición de motivos del RD ley 1/2023.

Con carácter general, podemos decir que la norma objeto de estudio está dotada de una estructura clara y sencilla, recogiendo por un lado, los artículos del primer y tercer capítulo (artículos 1 a 13 y artículos 41 y 42, respectivamente), junto con los artículos 36 a 40 del capítulo II cuyo contenido se va a aplicar a todas las bonificaciones recogidas en la norma con carácter general, y por otro lado, los artículos que conforman parte del segundo capítulo, denominado *Incentivos y Otros instrumentos de apoyo al empleo* donde se recogen, un total de dieciocho medidas, en su mayoría, bonificaciones, en los artículos 14 a 31, en los cuales se van a establecer las peculiaridades de cada una de ellas. Por último, la norma prevé, en sus artículos 32 a 35, otros instrumentos de apoyo al empleo, tales como los acuerdos por el empleo en el marco de la negociación colectiva (artículo 32), la reserva de empleo (artículo 33), los planes de igualdad en las empresas (artículo 34) y los pactos locales y comarcales de empleo (artículo 35).

3. BENEFICIARIOS DE LOS INCENTIVOS. REQUISITOS PARA EL ACCESO A LOS MISMOS Y FORMAS DE ACREDITACIÓN

El artículo 7 de la norma establece que podrán ser beneficiarios de los incentivos contenidos en la norma, siempre y cuando cumplan con el requisito imprescindible de *ser empresas inscritas en el sistema de la seguridad social en su condición de sujetos responsables del ingreso de cuotas de la Seguridad Social*:

a) Las empresas u otros empleadores.

b) Las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas.

c) Las sociedades laborales o cooperativas por la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo.

d) Las entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro, con la excepción señalada en el apartado 2.

3.1. Requisitos de los beneficiarios y acreditación de estos

El artículo 8 de la norma, recoge los requisitos que habrán de cumplir los posibles beneficiarios para el acceso a las bonificaciones, con la inclusión de un requisito novedoso: los planes de igualdad. Constituye igualmente una novedad, el hecho de que la propia norma recoge, en su artículo 39 las formas en las que se habrá de acreditar el cumplimiento de tales requisitos.

Por tanto, y a modo de resumen explicativo de lo recogido en los artículos 8 y 39 del Real Decreto Ley, para ser beneficiario de las medidas contenidas en la norma se requerirá:

a) No haber sido inhabilitado para obtener subvenciones y ayudas públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 33.7.f) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El cumplimiento de este requisito se acreditará a través de medios telemáticos, por los que La Administración de Justicia proporcionará a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Servicio Público de Empleo Estatal, la información necesaria para identificar a las empresas que incumplan tal requisito.

b) Respecto de los beneficios en las cotizaciones de la Seguridad Social, no haber sido excluido del acceso a las ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de

la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, por la comisión de infracciones graves o muy graves no prescritas, de conformidad con lo previsto en los arts. 46 y 46 bis LISOS.

Asimismo, respecto de las subvenciones públicas, no haber sido excluido del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo por la comisión de infracciones graves o muy graves no prescritas, de conformidad con lo previsto en los artículos 62 y 63 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

El cumplimiento de este requisito se acreditará a través de medios telemáticos, por los que el órgano competente para resolver por razón de la materia proporcionará a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Servicio Público de Empleo Estatal, la información necesaria para identificar a las empresas que incumplan tal requisito.

c) Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. En este supuesto, será la Administración tributaria la encargada de comunicar los datos a efectos de la comprobación de cumplimiento de tal requisito.

d) Encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social en relación con el ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social que sea objeto de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 20 LGSS, y en su desarrollo reglamentario, salvo que se establezca legalmente la inaplicación de alguno de los apartados de dicho artículo. El cumplimiento de tal requisito deberá acreditarse en el momento del alta o variación de datos en el correspondiente régimen de la seguridad social.

e) Y como último requisito, la novedad, ya señalada con anterioridad: contar con el correspondiente plan de igualdad, en el caso de las empresas obligadas legal o convencionalmente a su implantación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. A la fecha, son las empresas de más de cincuenta trabajadoras las que tienen la obligación de negociar y disponer del referido plan de igualdad.

Se entenderá cumplido este requisito, siempre que en el momento de inicio de la relación laboral objeto de bonificación, la empresa beneficiaria de la ayuda cuente con la inscripción obligatoria en registro público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Real Decreto 901/2020 de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

La acreditación de cumplimiento de todos estos requisitos se deberá realizar con carácter previo al acceso a las ayudas. Es obvio, por tanto, que la no acreditación de alguno de ellos determinará la denegación del acceso y, si se hubiera accedido al beneficio, la pérdida del derecho con aplicación de lo recogido en el artículo 13 que veremos a continuación.

Se hace preciso mencionar, igualmente, que la norma dedica un artículo en exclusiva, el número 9, a la obligación de las empresas beneficiarias de mantener a la persona destinataria de estas medidas en situación de alta, o asimilada a la de alta con obligación de cotizar, en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, al menos tres años desde la fecha de inicio del contrato, transformación o incorporación de los bonificados, entendiendo como tal fecha de inicio la fecha del

alta o variación de datos en seguridad social, si bien, no se considerará incumplida tal obligación del mantenimiento del empleo en los siguientes supuestos:

1) Extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados o reconocidos como improcedentes, los despidos colectivos que no hayan sido declarados no ajustados a derecho, así como las extinciones causadas por dimisión, jubilación, muerte o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de las personas trabajadoras, o por resolución del período de prueba.

2) Extinciones de contratos de trabajo causadas por jubilación, muerte o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del empresario, por expiración del tiempo convenido en caso de contratos formativos o de duración determinada bonificados en esta norma, o por fin del llamamiento de personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo, así como, en el caso de subrogaciones, por las causas legales estipuladas.

3) También quedarán excluidas las extinciones de contratos a personas trabajadoras con discapacidad de centros especiales de empleo que pasen de prestar sus servicios en centros especiales de empleo a la empresa ordinaria.

Si se incumple la obligación de mantenimiento en alta/asimilado alta se aplicará lo establecido en el artículo 13:

— Procederá la devolución de todas las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

— En el caso de que proceda el reintegro de subvenciones públicas previstas en el artículo 1.2, se estará a lo que establezcan las normas dictadas por la Administración Pública competente para su concesión.

— Sin perjuicio de lo previsto en la LISOS y, en su caso, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

3.2. Exclusiones

En el mismo formato que los requisitos, las exclusiones cuentan con un artículo, el número 11, en el que se recogen aquellos supuestos en los no se aplicarán tales beneficios, y otro artículo, en este caso el 40, que establece la forma en la que se habrá de acreditar que la empresa beneficiaria no se encuentra inmersa en alguno de los supuestos de exclusión.

Con carácter general, quedarán excluidos de los incentivos a la contratación por un periodo de doce meses, los empleadores que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos incentivados.

En cuanto a las personas trabajadoras objeto de contratación incentivada, son supuestos excluidos:

A) Relaciones laborales de carácter especial del art. 2 ET con las excepciones contempladas en el propio artículo 11.

B) Contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos.

C) Contrataciones realizadas con personas trabajadoras que en los doce meses anteriores a la fecha de alta de la persona trabajadora en el correspondiente régimen de la Seguridad Social hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido, o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o un contrato formativo, cualquiera que sea su modalidad y la duración de su jornada.

   No se aplicará lo establecido en el párrafo anterior en los supuestos de transformación de contratos que estén incentivados con arreglo a esta norma.

D) Personas trabajadoras que hayan causado baja en el correspondiente régimen de la Seguridad Social con un contrato de trabajo indefinido para otro empleador en un plazo de tres meses previos a la fecha del alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social con el contrato incentivado salvo cuando la finalización del contrato sea por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo.

Cuando se trate de personas con discapacidad solo les serán de aplicación la exclusión del apartado 1.c) si el contrato previo hubiera sido por tiempo indefinido y la exclusión del apartado 1.d), si bien, esta exclusión no se aplicará:

— Contratación de personas trabajadoras con discapacidad procedentes de CEE, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria, como en su posible retorno al CEE de procedencia o a otro CEE.

— En la incorporación a una empresa ordinaria de personas trabajadoras con discapacidad en el marco del programa de empleo con apoyo.

En todo caso, las exclusiones citadas en el apartado anterior no se aplicarán si se trata de personas trabajadoras con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, considerándose como tales: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

En cuanto a la acreditación de la inexistencia de exclusiones, el artículo 40 de la norma señala que ésta se realizará mediante declaración responsable de la empresa beneficiaria en el momento de tramitar el alta o variación de datos de la persona trabajadora que da lugar a la aplicación de la bonificación.

3.3. Incompatibilidad y concurrencia de los beneficios.

La regla general recogida en el artículo duodécimo, establece la incompatibilidad entre los beneficios contenidos en la norma: en caso de que la contratación de una persona trabajadora o la incorporación a sociedades laborales o cooperativas pudiera dar lugar simultáneamente a su inclusión

en más de uno de los supuestos para los que están previstos beneficios en la cotización en esta norma, sólo será posible disfrutarlos respecto de uno de ellos, correspondiendo la opción al beneficiario en el momento de la solicitud del alta, o de la variación de datos, de la persona trabajadora en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.

Como toda regla general contiene una excepción, en este caso, la encontramos en la compatibilidad de las ayudas recogidas en los preceptos 23 y 26 vinculadas ambas a las bonificaciones del contrato de formación en alternancia.

Ahora bien, pese a la incompatibilidad entre las ayudas, el mencionado precepto hace alusión al derecho de opción en determinados supuestos: si el beneficiario opta por las bonificaciones en la cotización de los arts. 18, 19 y 30 y por el mismo trabajador se tuviese derecho, en el momento de la contratación inicial, a otra bonificación distinta, la opción por esas bonificaciones supondrá la suspensión en la aplicación de la otra bonificación que se pudiese venir disfrutando respecto de dicho trabajador. La aplicación de la bonificación suspendida podrá reanudarse siempre que no se haya agotado el período máximo para su percepción, entendiéndose, a tal efecto, que el cómputo de dicho período no se ha interrumpido durante el tiempo en que se haya disfrutado las bonificaciones de dichos preceptos.

Por último, el artículo 12 hace alusión al límite del 60 por cien del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica como tope máximo de las ayudas que pueden generar una contratación en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, salvo para los casos de los trabajadores con discapacidad contratados por los CEE, en que se estará a lo establecido en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones destinadas a la integración laboral de las personas con discapacidad en estos Centros.

3.4. Cuantías y duración de los beneficios

A la pregunta ¿respecto de qué cuotas se aplican las bonificaciones?, la respuesta es clara, respecto del importe de las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como a la cotización por los conceptos de recaudación conjunta de desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, con un LIMITE evidente, en cualquier caso, y es el 100% de dichas aportaciones.

Las cuantías y duración de las bonificaciones reguladas en la nueva normativa se rigen por lo establecido en cada uno de los programas o medidas previstos en el capítulo II (artículos 14 a 31), si bien, existen unos parámetros comunes aplicables a todos ellos y recogidos en el artículo 10 y que, resumidamente, vienen a establecer las siguientes reglas:

— Las cuantías establecidas corresponden por cada mes natural completo en el que la persona destinataria de las medidas de fomento de empleo figure en situación de alta con obligación de cotizar la persona trabajadora contratada, durante el período a que se extienda la aplicación de las bonificaciones, prorrateándose los períodos de duración inferior.

— Las cuantías se establecen para contrataciones a tiempo completo. En este punto la norma introduce una novedad de gran trascendencia y es el límite del 50%: en los supuestos de contratación a tiempo parcial, las citadas cuantías se reducirán proporcionalmente en función de la jornada establecida, sin que ésta pueda ser inferior, a efectos de la aplicación de los correspondientes incentivos, al 50 por ciento de la jornada (*el porcentaje comunicado*

por la empresa en el momento del alta) a tiempo completo de una persona trabajadora comparable. Ello supone que, si la jornada es inferior al 50%, tal contratación no dará derecho a bonificación alguna, teniéndose en cuenta dicho período como consumido para el cómputo del tiempo máximo de disfrute de la bonificación de cuotas. Ahora bien, este límite no resultará de aplicación al colectivo de personas con discapacidad, como medida de adecuación del empleo a sus capacidades, ni tampoco en los supuestos de reducción de jornada previstos en el artículo 37.4, 6 y 8 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni durante los períodos en los que las personas trabajadoras reduzcan su jornada de trabajo como consecuencia del ejercicio del derecho a la huelga.

¿Qué ocurre si durante la vigencia de un contrato incentivado que se hubiera concertado a tiempo parcial, el mismo se transforma en contrato a tiempo completo o pasa a tener una JORNADA DISTINTA, con el límite indicado en el apartado anterior*?* Se mantendrán los beneficios, percibiéndose en la proporción correspondiente a la nueva jornada de trabajo, sin que ello suponga el inicio de ningún nuevo periodo de aplicación de tales beneficios.

— En caso de sucesión de empresas, en virtud de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y de personas trabajadoras que accedan a la jubilación parcial, el nuevo empleador ni perderá el derecho a los beneficios o incentivos disfrutados por el anterior, beneficiándose de ellos por el tiempo que reste hasta el periodo máximo que correspondiera, aplicándosele igualmente las obligaciones de mantenimiento del empleo previstas en el artículo 9.

4. LAS BONIFICACIONES REGULADAS EN LA NUEVA NORMATIVA. PRINCIPALES BONIFICACIONES QUE CONTINÚAN VIGENTES.

4.1. Bonificaciones aplicables a la contratación indefinida de personas con discapacidad y personas con capacidad intelectual límite.

Uno de los principales colectivos que tradicionalmente ha sido objeto de medidas para incentivar su contratación es el de personas con discapacidad. Las ayudas vinculadas a este colectivo y que mantienen su vigencia a pesar de la aprobación del Real Decreto ley, se encuentran recogidas en el art. 2.2. de la Ley 43/2006. A estas medidas, hay que añadir las recogidas en los artículos 14 y 15 de la nueva norma.

4.1.1. Bonificaciones relativas a trabajadores discapacitados (Art. 2.2 de la ley 43/2006).

Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o la específicamente establecida en cada caso.

Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, cuando se trate de trabajadores con discapacidad, que reúnan los requisitos a que se refiere su último párrafo, contratados por un Centro Especial de Empleo, mediante un contrato indefinido o temporal, incluidos los contratos formativos,

se aplicarán las bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, por todas las contingencias.

La misma bonificación se disfrutará por los CEE en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los *contratos de duración determinada o temporales*, *incluidos* los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

Los empleadores que contraten a personas con discapacidad en los términos establecidos tendrán derecho a las siguientes bonificaciones en la cuota empresarial a la S.S.:

La contratación indefinida supondrá una bonificación de 375 euros/mes (4.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. La misma bonificación se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento del empleo celebrados con personas con discapacidad, o de transformación en indefinidos de contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

Esta bonificación se verá incrementada a 425 euros/mes (5.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes:

a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100.

Por último, si tiene más de 45 o más años o si se trata de una mujer: la bonificación que corresponda de acuerdo con los números anteriores se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1.200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año), sin que los incrementos establecidos en este número sean compatibles entre sí.

En el caso de contratación temporal, se establece una bonificación de 291,66 euros/mes (3.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, que será de 341,66 euros/mes (4.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos de los apartados a y b señalados para los contratos indefinidos.

Si tiene más de 45 o más años o si se trata de una mujer: la bonificación se incrementará, en ambos supuestos, en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo tales incrementos compatibles entre sí.

4.1.2. La contratación indefinida de personas con capacidad intelectual límite (artículo 14 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero)

Se consideran personas con capacidad intelectual límite aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20% de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33% (artículo 2 del Real Decreto 368/2021. La contratación indefinida de este colectivo dará derecho a una bonificación en la cotización, de 128 euros/mes durante cuatro años.

Esta bonificación, tenía su antecedente a una bonificación mensual por trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año)[4].Por tanto, la nueva normativa incluye un incremento de 3 euros/mes (36 euros/año) en la bonificación.

4.1.3. Bonificaciones por la contratación indefinida de personas trabajadoras readmitidas tras haber cesado en la empresa por incapacidad permanente total o absoluta

Regulada en el artículo 15 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, bonifica el supuesto en el que la contratación indefinida suponga la readmisión de personas trabajadoras que hubieran cesado en la empresa por incapacidad permanente total o absoluta, según los supuestos previstos en el artículo 2.1 y 2 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, dando derecho a una bonificación en la cotización, de 138 euros/mes durante un período de dos años, siempre y cuando la citada readmisión no responda a un derecho de las personas trabajadoras a reincorporarse al puesto de trabajo.

Esta bonificación será también de aplicación para las personas mayores de cincuenta y cinco años en los siguientes supuestos:

1) Con incapacidad permanente reincorporadas a su empresa en otra categoría

2) Que recuperan su capacidad y pudieran ser contratadas por otra empresa.

4.2. Bonificaciones por la contratación indefinida de personas en situación de exclusión social

Para este colectivo, como antecedente, se establecía una bonificación de 50 euros/mes (600 euros/año) durante 4 años en el caso de contratación indefinida y 41,67 euros/mes (500 euros/año) en caso de contratación temporal durante toda la vigencia del contrato, si bien, la bonificación podría alcanzar una cuantía de 137,50 euros al mes, durante un periodo máximo de 12 meses en tres supuestos tasados[5].

Esta bonificación se deroga con la nueva norma, recogiéndose las nuevas cuantías en el artículo 20 del Real Decreto Ley 1/2023, el cual establece que la contratación indefinida de personas trabajadoras en situación de exclusión social, conforme a la definición contenida en el artículo 6.d), dará derecho a una bonificación en la cotización, 128 euros/mes durante 4 años.

La bonificación será de 147 euros/mes durante un periodo máximo de 12 meses cuando:

1) La persona trabajadora contratada haya finalizado un contrato de trabajo con una empresa de inserción durante los 12 meses anteriores.

2) No haya prestado posteriormente sus servicios por cuenta ajena por un período superior a 30 días para otro empleador con posterioridad al cese en la empresa de inserción.

3) Finalmente, sea contratada con carácter indefinido por un empleador que no tenga la condición de empresa de inserción o centro especial de empleo.

Transcurridos los doce meses, se aplicará la bonificación de 128 euros/mes hasta completar la duración máxima de cuatro años.

[4] Artículo 2.4 quater Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. (BOE 30/12/2006).
[5] Artículo 2.5 Ley 43/2006. . (BOE 30/12/2006).

Por tanto, y en comparativa con la bonificación a la que podemos decir que sustituye, se incrementan considerablemente las cuantías destinadas a incentivar la contratación de este colectivo.

4.3. Bonificación por la contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración

Continúa la nueva normativa, en su artículo 21, señalando que la contratación indefinida de personas desempleadas e inscritas en la oficina de empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación dará derecho a una bonificación en la cotización, de 110 euros/mes durante tres años. Cuando estos contratos se concierten con mujeres o con personas de 45 o más años, la bonificación indicada será de 128 euros/mes durante tres años.

Estas cuantías sustituyen a las establecidas para tal colectivo en el artículo 8 del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, donde la contratación indefinida a tiempo completo daba lugar, durante 3 años igualmente, a una bonificación de 108,33 €/mes (1.300 €/año) en el caso de los hombres, y de 125 €/mes (1.500 €/año) si el contrato se concertaba con mujeres, por tanto, podemos afirmar que, si bien se incluyen a los mayores de 45 años en esta bonificación como supuesto novedoso, las cuantías de las bonificaciones han experimentado un leve incremento en todo caso, inferior a lo esperado.

4.4. Bonificaciones por la contratación indefinida de personas víctimas del terrorismo

A efectos de fomentar el empleo de este colectivo, el artículo 22, recoge la contratación indefinida de personas que tengan acreditada la condición de víctima de terrorismo de 128 euros/mes durante cuatro años, lo que supone un leve incremento de 3 euros/mes (36 euros/año) en la bonificación[6].

4.5. Bonificaciones vinculadas a la actividad formativa

4.5.1. Bonificaciones del contrato de formación en alternancia

El antecedente directo de las bonificaciones vinculadas a contratos formativos lo encontramos en el artículo 3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral derogado por la letra g) de la disposición derogatoria del Real Decreto Ley 1/2023: el anterior contrato para la formación y el aprendizaje que, tras la última reforma laboral, pasó a denominarse contrato para la formación en alternancia.

Esta norma establecía el derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción del 100% en empresas de hasta 250 trabajadores o del 75% en empresas con plantillas igual o superior a esa cifra de las cuotas empresariales a la Seguridad Social y, además, reducción del 100 por cien de las cuotas de los trabajadores.

La nueva normativa en tal sentido se recoge en la Subsección nº 4 del Real Decreto Ley, denominada *Contratación formativa y su transformación en contratos indefinidos y contratación de personal investigador en formación* en los artículos 23 y 26.

Como gran novedad, podemos destacar su financiación, pues las tres ayudas que se contemplan para los contratos de formación alternancia a partir de esta reforma son bonificaciones (y no reducciones):

[6] El artículo 2.4 bis Ley 43/2006 recogía la bonificación de 125 euros/mes durante cuatro años para este colectivo. . (BOE 30/12/2006).

a) *Bonificaciones directas sobre las cuotas de seguridad social* (artículo 23): Derecho a una bonificación de 91 euros/mes durante su vigencia, incluidas sus prórrogas. Asimismo, tal contrato dará derecho a una bonificación de 28 euros/mes en las cuotas de la persona trabajadora a la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta.

b) *Bonificación destinada a sufragar los costes de la formación* (artículo 26.1): La actividad formativa vinculada al contrato de formación en alternancia, dará derecho a bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social para la financiación de los costes de la formación recibida por la persona trabajadora contratada, en la cuantía máxima que resulte de multiplicar el módulo económico establecido reglamentariamente por un número de horas equivalente al 35 por ciento de la jornada durante el primer año del contrato, y el 15 por ciento de la jornada el segundo.

   Cuando el contrato de formación en alternancia se formalice con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, la cuantía máxima de las bonificaciones que podrá aplicarse la empresa para la financiación de los costes de formación será la que resulte de multiplicar el correspondiente módulo económico por un número de horas equivalente al 50 por ciento de la jornada durante el primer año del contrato, y del 25 por ciento de la jornada el segundo.

c) *Bonificación por los costes de tutorización* (artículo 26.2): una bonificación por costes derivados de tutorización de las personas trabajadoras con una cuantía máxima de 1,5 euros por alumno o alumna y hora de tutoría, con un máximo de 40 horas por mes y alumno o alumna. En el supuesto de empresas de menos de cinco personas trabajadoras la bonificación adicional tendrá una cuantía máxima de 2 euros por alumno o alumna y hora de tutoría, con un máximo de 40 horas por mes y alumno o alumna. Tales bonificaciones por costes de tutorización se aplicarán sobre la cuota empresarial de Formación Profesional y se financiarán con cargo a la cuota de formación profesional.

De la lectura comparativa entre las reducciones anteriormente contempladas en el artículo 3 de la Ley 3/2012 y actualmente derogadas, y las nuevas bonificaciones del artículo 23 del nuevo Real Decreto Ley, cuesta dilucidar la consecución de la actualización del beneficio, pues si antes teníamos un beneficio del 100% de las cuotas, la nueva norma introduce una cuantía fija independiente del coste que pueda generar tal contrato.

4.5.2. Bonificaciones de la transformación de los contratos formativos en indefinidos

El derogado artículo 3.2 de la Ley 3/2012 (La misma normativa derogada ya referenciada en el apartado anterior) recogía también el derecho de las empresas que, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, transformaran los contratos para la formación y el aprendizaje en contratos indefinidos, a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año (125 euros/mes), durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año (150 euros/mes). Por su parte, en cuanto a la transformación de los contratos en prácticas, el también derogado artículo 7.1 de la Ley 3/2012 recogía el derecho a una bonificación, en los mismos términos de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años o 58,33 euros/mes (700 euros/año) en el caso de mujeres.

La nueva norma, recoge en su artículo 24 una bonificación con carácter general para los contratos formativos con independencia de si hablamos de contrato para la formación en alternancia o contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios: 128

euros/mes (1.536 euros/año) durante tres años y en el caso de mujeres, dicha bonificación será de 147 euros/mes (1.764 euros/año).

La conclusión es clara: aumenta considerablemente el beneficio en el caso de transformación de contratos formativos para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, eliminando además la limitación a empresas de menos de 50 trabajadores, lo que se espera contribuya al aumento de la contratación de personas que poseen el adecuado nivel de estudios, mientras que en el caso del contrato de formación en alternancia, la bonificación general (de 1.500 euros/año pasa a 1.536 euros/año) se incrementa exactamente en la misma cuantía que se reduce la establecida para el caso de mujeres (de 1.800 euros/año pasa a 1.764 euros/año).

4.5.3. Bonificación por la contratación indefinida o la incorporación como persona socia en la cooperativa o sociedad laboral de personas que realizan formación práctica en empresas

Se recoge en el artículo 25 y tal contratación dará derecho a una bonificación de 138 euros/mes durante un período máximo de tres años, salvo que la persona trabajadora contratada sea persona con discapacidad, en cuyo caso la bonificación podrá aplicarse durante toda la vigencia del contrato y siempre y cuando la entidad haya optado por un régimen de Seguridad Social propio de personas trabajadoras por cuenta ajena. Sustituye esta bonificación al derogado artículo 7 de la Ley 3/2012 anteriormente referido, constándose así que este incentivo se ha visto incrementado en cuantía (41,67 euros/mes durante tres años o 58,33 euros/mes en el caso de mujeres) y además desaparece la limitación a empresas de menos de 50 trabajadores.

4.5.4. Bonificación por la contratación de personal investigador bajo la modalidad de contrato predoctoral

El apartado f) de la Disposición derogatoria única del Real Decreto Ley 1/2023 deroga la disposición adicional decimoctava de la Ley 14/2011 y la disposición adicional única del Real Decreto 103/2019, por las cuales se establecía una reducción del 30% de la cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador predoctoral en formación contratado bajo la modalidad de contrato predoctoral establecida en el artículo 21 de la Ley 14/2011. En su lugar, el artículo 27 del mencionado Real Decreto Ley, recoge el derecho a una bonificación en la cotización (ya no es reducción), durante la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas, de 115 euros/mes. Nuevamente, vemos como la norma sustituye porcentajes de bases por cuantías fijas.

4.6. Bonificación para la transformación de los contratos de relevo

Reguladas en el artículo 24.2, se establece el derecho a una bonificación en la cotización para las empresas que transformen en indefinidos contratos de relevo, cualquiera que sea la fecha de su celebración, de 55 euros/mes durante los tres años siguientes o 73 euros/mes en el caso de mujeres. Esta bonificación supone un buen incremento respecto de su antecesora (aumento de 160 euros/año de la bonificación general y 176 euros/años en el caso de mujeres), la establecida en el artículo 7.1 de la ley 3/2012 y además, no consta la limitación a empresas de menos de cincuentas trabajadores, pues eran las únicas que podían ser beneficiarias de tal ayuda.

4.7. Medidas de apoyo al empleo en la economía social y en ámbitos o sectores específicos (Subsección 5 del Capítulo II RD Ley 1/2023)

4.7.1. Bonificaciones por la incorporación de personas trabajadoras como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales

Las ayudas en este sentido venían contempladas en el artículo 9 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

Si bien el Real Decreto Ley 1/2023 no deroga expresamente dicho precepto, la Disposición Final tercera modifica el contenido del artículo 9 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, el cual, queda redactado como sigue:

«Artículo 9 Incentivos a la incorporación de personas trabajadoras a cooperativas y sociedades laborales.

Las cooperativas y sociedades laborales que incorporen personas trabajadoras desempleadas como personas socias trabajadoras o de trabajo podrán beneficiarse de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, en los términos y las cuantías que legalmente se establezcan.»

En aplicación de lo anterior, tales ayudas pasan a regularse, desde 1 de septiembre de 2023, por el artículo 28, según el cual los supuestos bonificables son los mismos con incrementos de las cuantías: contrataciones de mayores de 30 años darán derecho a una bonificación de 73 euros/mes durante los tres primeros años de contratación, y en el caso de que la persona trabajadora sea menor de 30 años o de 35 años si tiene reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, la bonificación será de 147 euros/mes el primer año y de 73 euros/mes los dos años siguientes hasta completar el período de 3 años de duración del incentivo.

4.7.2. Bonificación por la transformación en contratos fijos-discontinuos de contratos temporales suscritos con personas trabajadoras por cuenta ajena agrarias

El artículo 7 del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, derogado por el Real decreto Ley 1/2023, recogía bonificaciones en este sentido, si bien, se refería exclusivamente a transformaciones realizadas antes del 1 de enero de 2020.

Por su parte, el artículo 29 de la norma objeto de estudio, establece el derecho a una bonificación en la cotización, de 55 euros/mes, o de 73 euros/mes en el caso de mujeres durante los tres años siguientes, para las empresas que transformen contratos temporales suscritos con personas trabajadoras por cuenta ajena agrarias incluidas en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios, en el contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo regulado por el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

4.7.3. Medida de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de las personas trabajadoras con contratos fijos-discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística

Esta ayuda, que ya aparecía en 2012, se prolonga por períodos anuales en distintas normativas hasta encontrar la última regulación en el artículo 30 de la norma objeto de estudio, en el cual se establece que las empresas dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo, así como

los de comercio y hostelería, siempre que se encuentren vinculados a dicho sector del turismo, que generen actividad productiva en los meses de *febrero, marzo y noviembre* de cada año y que inicien y/o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de las personas trabajadoras con contratos de carácter fijo-discontinuo, podrán aplicar en dichos meses una bonificación en la cotización de 262 euros/mes.

5. EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MUJERES, LA PIEDRA ANGULAR DEL NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR ¿UNO DE LOS GRANDES PASOS ATRÁS EN LA CONCILIACIÓN Y EL ACCESO DE LA MUJER AL MERCADO DE TRABAJO?, CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA NUEVA REGULACIÓN

El fin perseguido por las reformas legislativas realizadas en materia laboral insisten en que, el objetivo último de toda política económica que se desarrolle ha de ser la creación de empleo, con especial incidencia en aquellos colectivos en los que la dificultad en el acceso al mercado de trabajo es mayor. Uno de esos colectivos es el de las mujeres, avalado ello por los datos que afloran, sin ir muy lejos, en las estadísticas de la EPA, según los cuales, la tasa de desempleo en el año 2022 asciende a 12,9 por ciento, siendo un 11,3 por ciento de hombres y un 14,6 por ciento de mujeres.

Llama la atención por tanto que, teniendo en cuenta datos como los anteriormente referidos, las bonificaciones que afectan a la mujer vinculadas a la maternidad sean, sin lugar a dudas, las más afectadas por la reforma del Real Decreto Ley 1/2023: tales bonificaciones han pasado del beneficio máximo al que se podía aspirar, el 100% del coste en seguridad social en los supuestos contemplados en el Real Decreto Ley 11/1998, a una cuantía fija, 366 euros/mes con independencia de la base de cotización de la trabajadora, penalizando especialmente así, a aquellas trabajadoras que ocupan puestos cuya remuneración supone aplicación de tope máximo de cotización. Ello supone un gran desincentivo para la contratación de nuevos trabajadores, especialmente si además se tienen en cuenta los nuevos requisitos que han que cumplir estos nuevos trabajadores.

Veamos detalladamente las bonificaciones que incluye el Real Decreto Ley para el colectivo de mujeres en situación de especial vulnerabilidad.

5.1. Bonificaciones por la contratación indefinida de mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos, tanto con fines de explotación sexual como laboral

El artículo decimosexto establece que la contratación indefinida de las mujeres víctimas referenciadas, además de las que se encuentren en contextos de prostitución conforme a las definiciones contenidas en el artículo 6.e), f) y g), respectivamente, dará derecho a una bonificación en la cotización, en los términos establecidos en el artículo 10, de 128 euros/mes durante cuatro años, lo que supone un incremento de 3 euros/mes respecto de la bonificación similar que se deroga a partir del Real Decreto ley 1/2023[7].

He aquí de las pocas referencias a bonificaciones para contratos de duración determinada en esta nueva norma, la disposición adicional novena establece que los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas para sustitución de trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales, cuando hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su

[7] El art. 2.4 de la Ley 43/2006 establecía la bonificación de 125 euros/mes para víctimas de violencia de género, coincidente con la bonificación del artículo 2.4ter de la misma norma para las víctimas de trata de seres humanos. . (BOE 30/12/2006).

derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo darán derecho a las bonificaciones previstas en:

— En el artículo 21.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: 100% de las cuotas empresariales a la S.S. por C.C, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

— Y el artículo 38.2 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: tendrán derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de Seguridad Social y en la Ley Orgánica de Extranjería.

5.2. Bonificaciones en los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas para sustitución de personas trabajadoras en determinados supuestos.

Y es aquí donde el artículo decimoséptimo indica que tendrán derecho a una bonificación en la cotización, de 366 euros/mes durante el período en el que se superpongan el contrato de sustitución y la respectiva prestación o, en su caso, situación de incapacidad temporal:

a) Los contratos de duración determinada que se celebren con personas jóvenes desempleadas, menores de 30 años, para sustitución de personas trabajadoras que estén percibiendo las prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

b) Los contratos de duración determinada que se celebren con personas jóvenes desempleadas, menores de 30 años, para sustitución de personas trabajadoras que estén percibiendo las prestaciones económicas por nacimiento y cuidado del menor o la menor o ejercicio corresponsable del cuidado del menor o de la menor lactante.

c) Los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas para sustitución de personas trabajadoras autónomas, personas socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos y en los términos establecidos en las letras a) y b) anteriores.

d) Los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas con discapacidad para sustitución de personas trabajadoras con discapacidad que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal.

Como se ha mencionado anteriormente, el antecedente directo de estas bonificaciones se encontraba en el derogado artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/1998, que recogía derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la seguridad social, por todas las contingencias. No se establecía ningún requisito vinculado a la edad de la persona sustituta ni tampoco se impedía que la persona que sustituía durante la baja por riesgo durante el embarazo fuera la misma que realizara la sustitución durante el período de cuidado del menor, si bien, este último punto ha sido solventado de manera muy reciente por el artículo 85 del Real Decreto Ley 8/2023 de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como paliar los efectos de la sequía.

Por todo ello, es claro que la nueva bonificación supone un gran retroceso en la ayuda a las empresas en caso de contingencias como la maternidad o el cuidado del menor, suponiendo un

perjuicio no solo a las mencionadas empresas, sino también a las trabajadoras, acentuado, además, por el hecho de que nuestro país posee una alta tasa de envejecimiento poblacional, y estas medidas no contribuyen precisamente, a incentivar la tan necesitada natalidad.

5.3. Bonificaciones en la cotización de las personas trabajadoras sustituidas durante las situaciones de nacimiento y cuidado del menor o la menor, ejercicio corresponsable del cuidado del menor o de la menor lactante, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

Por su parte, y siendo igualmente valorado como un retroceso en beneficios, el artículo décimo octavo a la cotización de las personas trabajadoras por cuenta ajena sustituidas durante el percibo de las prestaciones económicas señaladas en este apartado mediante los contratos de sustitución a que se refiere el artículo 17.1.a) y b), les será de aplicación una bonificación en la cotización, de 366 euros/mes.

El período de bonificación coincidirá con el período en el que se superpongan el contrato de sustitución y la respectiva prestación.

A la misma bonificación tendrán derecho los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas encuadrados en un régimen de Seguridad Social propio de personas trabajadoras por cuenta ajena, sustituidos por las mismas causas mediante los contratos de sustitución bonificados, celebrados con personas desempleadas a que se refiere el artículo 17.1.c).

5.4. Supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional

En los supuestos en que, por razón de riesgo señalado, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el artículo 26 la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará con respecto a las cuotas devengadas durante el periodo de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una bonificación en la cotización de 138 euros/mes.

La situación de riesgo se acreditará por la empresa mediante el informe de resultados de la evaluación de riesgos a que se refiere el artículo 16.2 de la Ley de Prevención.

En la misma cuantía será aplicable en aquellos casos en que, por razón de enfermedad profesional, en los términos y condiciones legalmente previstos, se produzca un cambio de puesto de trabajo en la misma empresa o el desempeño, en otra distinta, de un puesto de trabajo compatible con el estado de la persona trabajadora.

La existencia de la EP se acreditará mediante certificación del correspondiente equipo de valoración de incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

La constatación de la compatibilidad del nuevo puesto de trabajo con el estado de salud de la persona trabajadora *se efectuará por la ITSS,* novedad cuyo alcance se desconoce en la nueva normativa.

6. OTRAS BONIFICACIONES INCLUIDAS EN LA NORMA

Las disposiciones adicionales, incluyen otros tantos incentivos, con especial mención a la primera de ellas, donde se establece que, en el primer año de vigencia del estudiado Real Decreto-Ley, las empresas que celebren contratos indefinidos con personas jóvenes menores de 30 años con baja cualificación y que sean beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, tendrán derecho a una bonificación en la cotización, de 275 euros/mes, durante tres años.

Destacaremos también, por la mención a los colectivos, el contenido de las disposiciones adicionales cuarta, en cuanto a la cotización de autónomos y la quinta, cuyo texto implica una de las grandes sorpresas negativas de esta nueva norma: y es que, para el colectivo de personas con discapacidad, ni se actualizan cantidades de bonificaciones ni se introduce novedad alguna, pues tal disposición se limita a mantener la vigencia de las ayudas aprobadas hace ya más de diecisiete años.

7. VALORACIÓN FINAL DE LA NORMA

Las bonificaciones como mecanismo dinamizador del acceso al mercado laboral de determinados colectivos han tenido su cenit a través del esfuerzo de simplificación realizado en el texto legal estudiado. Constituye un paso de gigante en la regulación de las bonificaciones que se hayan intentado articular, de forma unida, en el mismo texto legal, en aras a la seguridad jurídica de las empresas y trabajadores.

El hecho concreto de haber simplificado con cierto éxito la normativa, no supone que esté exenta de valoración crítica, sobre todo teniendo en cuenta la clara intención de reducción de ciertas bonificaciones, como las de sustitución de trabajadoras, antes interinidad, que estén disfrutando la prestación por tener un hijo o, en su caso, por riesgos durante el embarazo y la lactancia natural.

En base a lo anterior, cabría hacerse la siguiente pregunta: si uno de los objetivos de la nueva norma era la actualización de las cantidades bonificables, ¿por qué se han sustituido porcentajes por cuantías fijas? No se acaba de vislumbrar la consecución de tal objetivo cuando el cambio ha supuesto pasar de un porcentaje de bonificación, que implicaba la actualización del beneficio con la propia actualización de salarios, a unas cuantías de bonificación fijas, que no incluyen ningún tipo de revalorización de éstas.

Cobra más fuerza la cuestión anterior si además tenemos en cuenta que desde la anterior normativa, la ley 43/2006, muchas de las bonificaciones han visto un incremento mínimo de 3 euros/mes sobre su antecesora y otras, ni si quiera han visto incrementadas su ayuda como es el caso de las personas con discapacidad.

Grosso modo, podemos entender que la intención de la nueva norma es simplificar la regulación de las bonificaciones suponiendo un menor coste para la seguridad social.

Como principales novedades de la norma, podemos destacar dos: en primer lugar, la aparición de un nuevo requisito para las empresas, el referido al plan de igualdad, esto supone un hecho diferenciador desde la normativa anterior, imprimiendo una importancia a estos planes que antes no tenían. En segundo lugar, se limitan las bonificaciones de los contratos a tiempo parcial a aquellos con una parcialidad igual o superior al cincuenta por ciento, con las excepciones anteriormente referidas.

Por otro lado, es obligatoria la mención a la técnica legislativa empleada: el uso de la figura del Real Decreto Ley implica extraordinaria y urgente necesidad, recogiéndose en su texto, que se

justifica el uso de tal técnica legislativa en que se regulan las medidas *urgentes* en materia de incentivos a la contratación laboral, si bien, cabe señalar que esa pretendida urgencia no va acompañada de la trascendencia que el legislador invoca para la reordenación de la materia.[8]

En síntesis, podemos concluir que la modificación de la legislación aplicable a través de su simplificación normativa es un hecho que pone fin a parte de la dispersión legal en materia de bonificaciones y reducciones en seguridad social, por lo que la intención de la norma es la correcta, aunque ello se ve eclipsado en la propia regulación, pues es innegable la reducción de las cuantías de los incentivos en ciertos colectivos así como el leve incremento o estancamiento de otros, dejando un sabor agridulce y sobre todo, la sensación de que aún, queda mucho trabajo por hacer.

8. BIOGRAFÍA

Fernández Díez, A. Subinspector de Empleo y Seguridad Social *Contratos de trabajo temporales con bonificaciones o reducciones de cuotas a la seguridad social* PP. 1555-1566.

García Quiñones, J.C. *Capítulo 13 bonificaciones de cuotas a la seguridad social* pp. 407-442.

Bajo García, I., *Incentivos económicos y fiscales a la creación y al mantenimiento del empleo*. Actualidad Laboral, Nº 19, Noviembre de 2012, Editorial Wolters Kluwer.

Prontuario Laboral. *Incentivos a la contratación*. Tabla de incentivos a la contratación laboral (vigentes a partir de 1 de septiembre de 2023.

[8] GARCÍA QUIÑONES, J.C. Capítulo 13 *bonificaciones de cuotas a la seguridad social* pp. 407-442.

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

REAL DECRETO 1011/2023, DE 5 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICAN 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, APROBADO POR EL REAL DECRETO 928/1998, DE 14 DE MAYO, Y EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO 138/2000, DE 4 DE FEBRERO, EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

La norma establece un principio general de funcionamiento por medios electrónicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Para ello, modifica el título del artículo 1 e introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 1 del 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, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, así como un nuevo artículo 14 bis, apartado 1, en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

También prevé la posibilidad de que las Administraciones que intervienen en el procedimiento sancionador se adhieran a plataformas o aplicaciones informáticas creadas para la tramitación integrada de los procedimientos administrativos. Además, prevé que si las Comunidades Autónomas crean sus propias aplicaciones informáticas para tramitar sus procedimientos sancionadores, se interconecten con la aplicación del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social para garantizar una tramitación ágil e integrada del procedimiento sancionador.

Para ello, introduce un nuevo apartado 5 en el artículo 1 del 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, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, así como el apartado 2 del nuevo artículo 14 bis, y el apartado 2 de la nueva disposición adicional cuarta del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

Por otra parte, se crea el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y prevé la existencia de un soporte tecnológico común, que las Comunidades Autónomas pueden utilizar como soporte de sus propios Registros Electrónicos de Apoderamientos, en el caso de que decidan crearlos, articulándose esta colaboración mediante los correspondientes convenios.

Para ello, introduce los apartados 4 y 5 en el artículo 21, y el apartado 1 de la nueva disposición adicional cuarta, en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

Se modifica también el artículo 22 del 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, para aclarar que el cómputo de los términos y plazos establecidos en esta norma, así como el régimen de notificaciones y comunicaciones, deben atenerse también a lo establecido en las normas que se dicten en su desarrollo. Esta modificación se completa con la inclusión de una disposición adicional, para establecer un sistema alternativo de notificación para las actas de liquidación o infracción de gran volumen.

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Tendencias recientes en materia de pluriempleo y pluriactividad a la luz de la encuesta de población activa

Recent trends in multiple job-holding and multi-activity in the light of the labour force survey

Luis Gómez Rufián *Consultor Externo*

Cita Sugerida: GÓMEZ RUFIÁN, L.: «Tendencias recientes en materia de pluriempleo y pluriactividad a la luz de la encuesta de población activa». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 367-386.

Resumen

Desde la salida de la pandemia por COVID-19, las situaciones en las que un ocupado poseen más de un empleo se han incrementado sustancialmente, alcanzando una incidencia de aproximadamente el 3% de la ocupación. Tratándose de niveles no vistos desde antes del inicio de la Gran Recesión, el presente trabajo indaga en las características de este nuevo crecimiento del pluriempleo desde la perspectiva jurídico-laboral de los trabajadores afectados, sus ocupaciones y sectores así como sus características personales relativas al género o la edad, detectando cambios en la morfología de esta forma de empleo respecto de las distintas etapas del pasado. Igualmente, se proponen las hipótesis más plausibles que explican este comportamiento.

Palabras clave

pluriempleo; pluriactividad; mercado laboral; jornada laboral; Encuesta de Población Activa

Abstract

Since the end of the COVID-19 pandemic, situations in which an employed person has had more than one job have increased substantially, reaching approximately 3% of the workforce. As these levels have not been seen since before the beginning of the Great Recession, this article investigates the characteristics of this new growth of multiple job-holding from the legal-work perspective of the affected workers, their occupations and sectors, and their personal characteristics related to gender or age, with changes being detected in the morphology of this form of employment with respect to the different stages in the past. It also proposes the most plausible hypotheses that explain this behaviour.

Keywords

Multiple job-holding; multi-activity; labour market; working hours; Labour Force Survey

1. INTRODUCCIÓN: EL REVUELO CAUSADO POR EL PLURIEMPLEO

Desde inicios de 2021, las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, medidas como el total de ocupados con más de un empleo (y como éstos como porcentaje del total), han crecido a un ritmo muy sustancial, alcanzando niveles propios de la burbuja inmobiliaria. Tal y como se expondrá a continuación, en el cuarto trimestre de 2023, según la EPA, en el cuarto trimestre de 2023, se encontraban en esta situación unas 600.000 personas, suponiendo ello alrededor del 2,8% del empleo

Que el pluriempleo y la pluriactividad se incrementen podría ser un síntoma indicativo, a priori, de unas condiciones de trabajo precarias[1] en el empleo principal. También a priori, ello chocaría con el aumento de la calidad en el empleo, vía incremento de la contratación indefinida y del salario

[1] Monereo Pérez, J. L., «El trabajo precario: segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral», en de la Villa Gil, L. E. (ed.) *El trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, pp. 383-429.

mínimo, que ha caracterizado recientemente al empleo en España. Por tanto, surge el interrogante ante una aparente contradicción: una dinámica como ésta, la del pluriempleo, que tradicionalmente se ha vinculado a precariedad en el empleo principal especialmente en lo relativo a altos niveles de parcialidad, se da, ahora, en contexto en el que, precisamente, la calidad del empleo es mayor tras la reforma de 2021 en los que la parcialidad se encuentra en mínimos de dos décadas.

La hipótesis más factible que podría explicar este aumento del pluriempleo y la pluriactividad radicaría en la conjunción de factores de oferta y de demanda en el seno del mercado laboral. Desde el lado de la oferta laboral, es decir, de las preferencias de los trabajadores, éstos podrían estar incrementando su deseo de extender la cantidad de trabajo que detentan, especialmente, por la mayor necesidad de renta disponible dada la sucesión de shocks inflacionarios vividos experimentados desde finales de 2021; en cuanto al lado de la demanda, es decir, de la cantidad de trabajo contratado por las empresas, el vigoroso proceso de creación de empleo a un ritmo elevadamente sostenido que, a pesar del complejo contexto global, sigue caracterizando al desempeño de la economía española estaría aumentando, lógicamente, la cantidad de puestos disponibles.

La conjunción de ambas cuestiones –el entorno de mayor búsqueda de salario real y la fuerte creación de empleo- estaría dando lugar a que la positiva evolución del mercado laboral se tradujera, llegado el caso, en un aumento la posibilidad acumulación más de un puesto por persona. Aunque ésta pudiera no ser en muchos casos la opción óptima desde el punto de vista de las largas jornadas que puede terminar por conllevar, sí supone, al menos, un modo de complementar el salario real erosionado durante y tras el shock inflacionario iniciado a finales de 2021. Igualmente, también puede suponer un alivio en las situaciones de no llamada de los trabajadores fijo-discontinuos que no han devengado aun prestación por desempleo suficiente para tales periodos.

A lo largo del estudio, utilizando para ellos los microdatos de la EPA en su versión de stock, se indaga si las actuales de situaciones de pluriempleo/pluriactividad siguen se asimilan o no a los de otras etapas históricas. Y ello en cuanto a las características jurídico-laboral de los trabajadores afectados, sus ocupaciones y sectores y las de tipo personal, como son el sexo o la edad. Puede adelantarse ya que los principales cambios de patrón parecen concentrarse en la caída de la incidencia entre los asalariados del sector público, la mayor feminización y el papel del empleo doméstico en el creciente crecimiento.

2. PLURIEMPLEO Y PLURIACTIVIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL

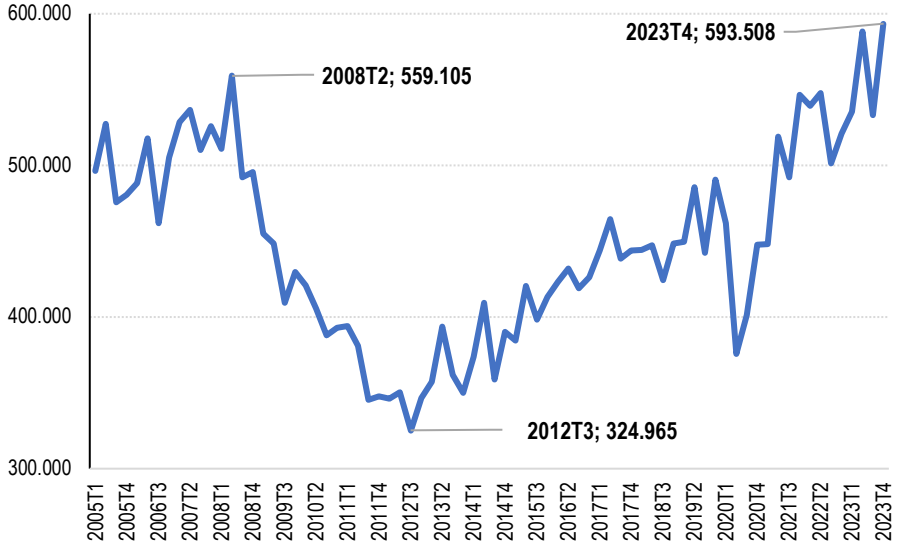
Junto al fuerte incremento en el período más reciente, el aspecto más relevante desde una primera aproximación al pluriempleo y la pluriactividad viene a ser el de la distinta intensidad que su incidencia ha mostrado en el conjunto del mercado de trabajo, no siempre plenamente acompasada con el ritmo del ciclo económico.

Como puede apreciarse, tras un severo colapso fruto de la Gran Recesión a partir del segundo trimestre de 2008, toca su mínimo histórico en el tercer trimestre de 2012 (12T3). La evidente falta de puestos de trabajo a pesar del deseo masivo de encontrar trabajo e, incluso, de poseer jornadas más largas -o, lo que atañe a este objeto de estudio, ello por la vía de poseer más de un puesto de trabajo-, situó esta forma de empleo en el entorno de las 325.000 personas, es decir, menos del 1,9% del total de la ocupación.

Desde ese momento y hasta la crisis global por el COVID-19, esta forma de empleo creció hasta los 490.700 ocupados en 19T4. Sin embargo, este crecimiento no fue especialmente intenso en relación al experimentado desde el 2014 por el conjunto del mercado laboral, lo que conllevó a que el

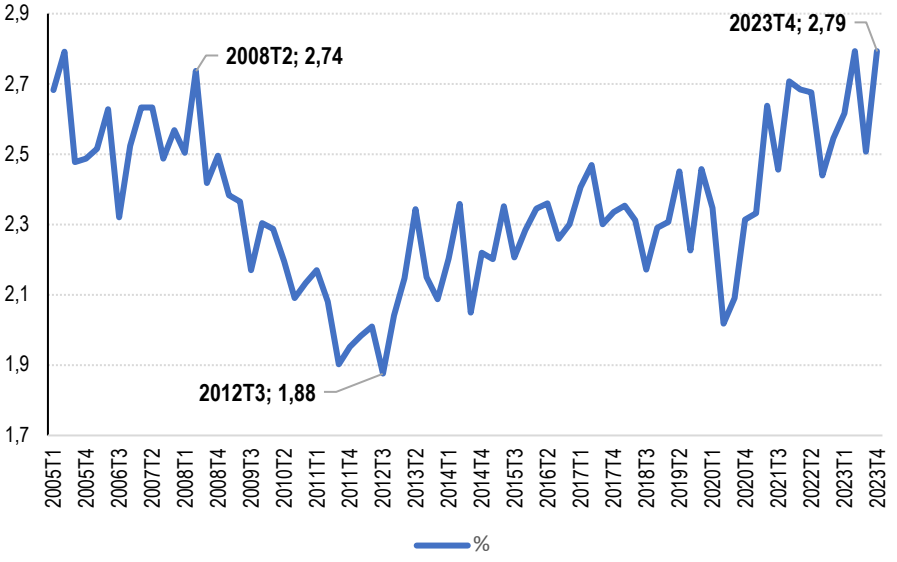
pluriempleo y la pluriactividad oscilaran desde finales de 2012 hasta la aparición de la pandemia entre el 2,1% y el 2,5% de la ocupación.

1. Ocupados que poseen más de un empleo (05T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

2. Porcentaje de ocupados que poseen más de un empleo (05T1-23T4).



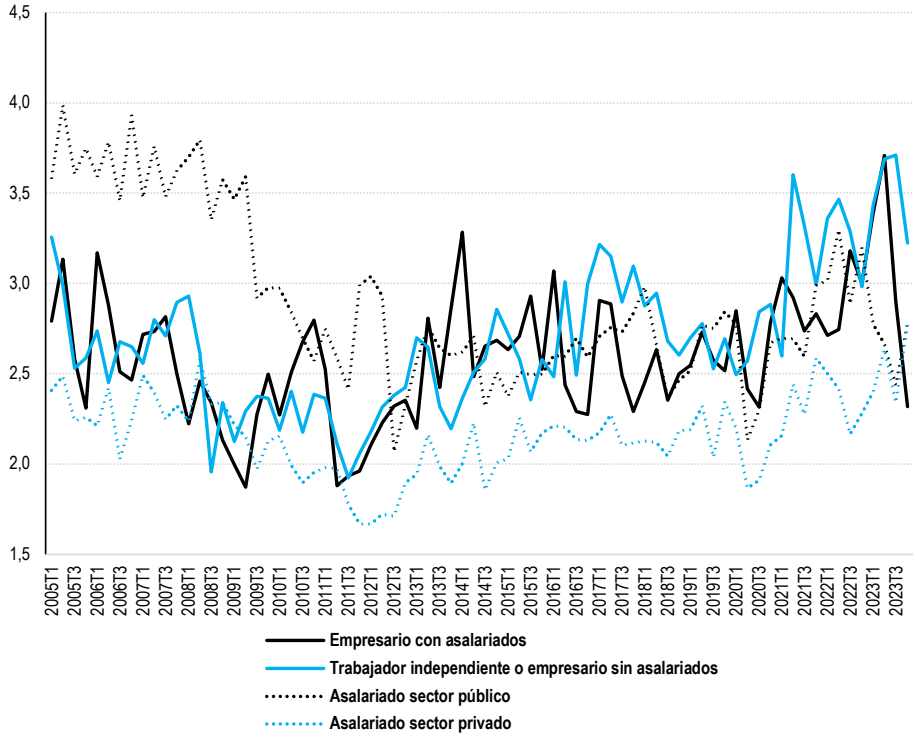
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

No obstante, el elemento más relevante parece ser a todas luces el considerable incremento que esta forma de empleo ha poseído desde el inicio de la recuperación post-COVID. Ello ocurre especialmente a partir de 21T1: en este trimestre, recobró un nivel de incidencia en la ocupación

similar al previo a la pandemia, con el 2,33%, para pasar al siguiente trimestre al 2,64%. Desde ese momento (21T2), su peso en el empleo global ha iniciado una tendencia claramente ascendente que le lleva a alcanzar una media del 2,62% desde entonces, muy superior al periodo relativamente plano acaecido entre 2013 y 2019 (2,28%).

En cuanto a qué tipo de ocupados que se encuentran en esta situación, ello también ha experimentado un interesante cambio de tendencia: si bien hasta la crisis económica iniciada en 2008 este fenómeno poseía una incidencia diferencialmente mayor en el sector público (en el entorno del 3,5% al 4% de estos asalariados), parece que el repunte postpandemia se estaría concentrando en los autónomos sin empleados a su cargo, viéndose afectados, en promedio, el 3,4% de los mismos desde el inicio de 2022 (frente al 2,7% del periodo 2014 – 2019). De hecho, en el segundo y tercer trimestre de 2023 (23T2 y 23T3), habría alcanzado al 3,7% de los autónomos sin asalariados. Igualmente, parece una constante, en términos generales, que el colectivo sobre el que posee menor incidencia serían el de los asalariados del sector privado.

3. Incidencia del pluriempleo según situación profesional en el empleo principal (05T1-23T4).



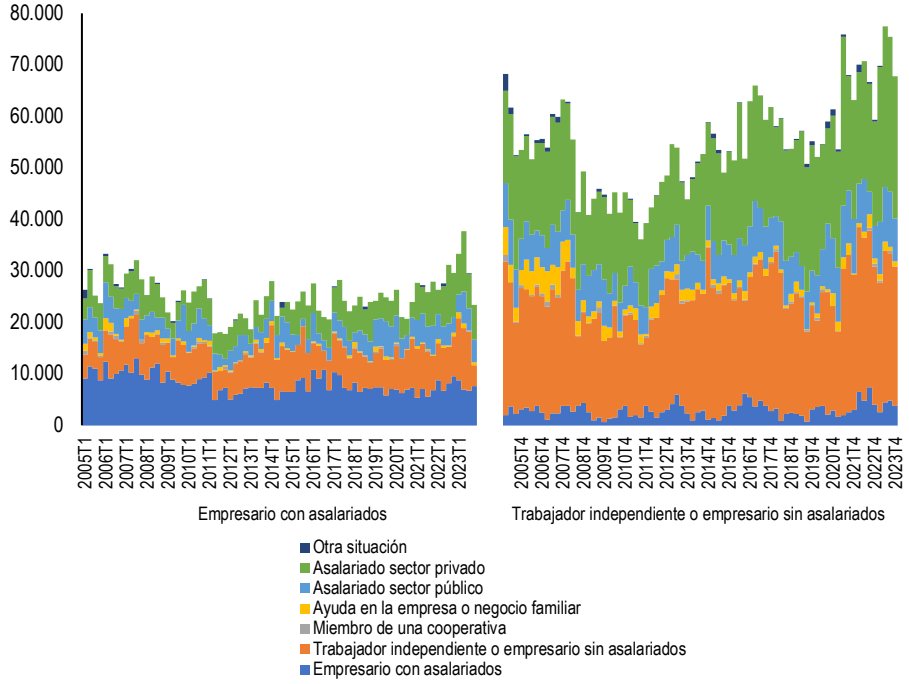
Elaboración propia. Se excluyen "Miembro de una cooperativa" y "Otra situación por falta de representatividad". En porcentaje. Fuente: Microdatos EPA-stock (INE).

Aunque ya se ha realizado una primera aproximación en lo que se refiere a, en términos de la EPA, la "situación profesional relativa al empleo principal", incidir en ésta nos permite abarcar algo más de precisión mayor precisión que supuestos responden (o se asemejan) a las categorías jurídicas de "pluriempleo" y "pluriactividad", es decir, cuando ambos empleos se encuadran o no en el mismo régimen de la Seguridad Social.

La dinámica más relevante a estos efectos es la de que el empleo secundario de mayor incidencia siempre responde, con la excepción de los asalariados del sector público, a la tipología de empleo principal que cada ocupado posee. Dicho de otra manera, la forma de actividad múltiple más extendida entre los autónomos con empleados es, precisamente, tener un segundo empleo como autónomo con empleados, autónomo sin empleados entre aquellos cuyo cumple principal es ser, precisamente, un autónomo sin empleados y poseer un segundo empleo como asalariado en el sector privado entre quienes ya son, también, asalariados en el sector privado en su empleo principal.

En el caso de los asalariados del sector público como empleo principal, las diferentes restricciones legales existentes implican que esta opción, es decir, poseer un segundo empleo también en la Administración, no sea, sin embargo, la dinámica central[2]. Por el contrario, poseer un empleo secundario en el sector privado se posiciona como la forma de, en este caso, pluriactividad principal. De hecho, poseer un empleo secundario como autónomo sin empleados posee incluso cierta mayor incidencia que compaginar dos empleos en el sector público[3].

4. Situación profesional en el empleo secundario para los diferentes tipos de autónomos con más de un empleo (2005T1-2023T4). Datos absolutos.

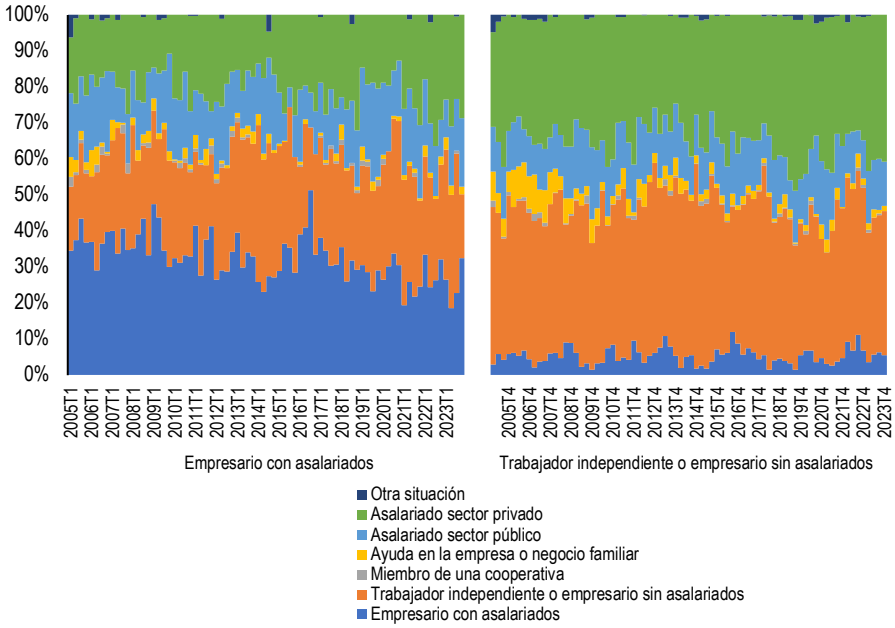


Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

[2] Debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 53/1984, BOE 04/01/1985, núm. 4) a los empleados públicos les está prohibido «compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma [Ley]». A ello añade, el apartado 2 del mismo precepto que «no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel ni ejercer opción por percepciones correspondiente a puestos incompatibles».

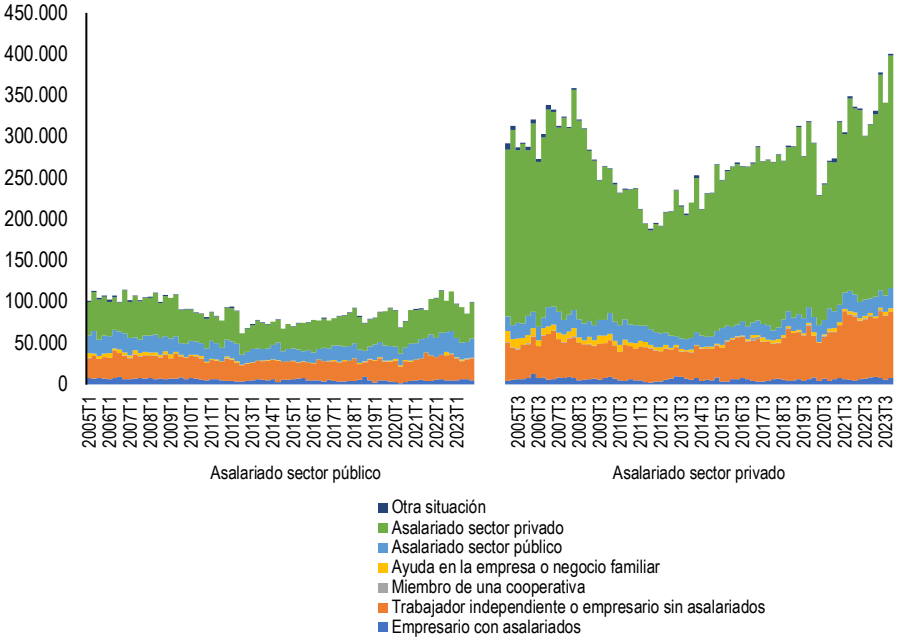
[3] Lo que resulta coherente con lo dispuesto en los arts. 3 y 11 de la Ley 53/1984. Para más detalle, véase Torollo González, F.J., «El derecho del trabajo en la Función Pública: consecuencias de la Ley de Incompatibilidades», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 50, 1991, Civitas, pp. 967-984.

5. Situación profesional en el empleo secundario para los diferentes tipos de autónomos con más de un empleo (2005T1-2023T4). Distribución relativa.



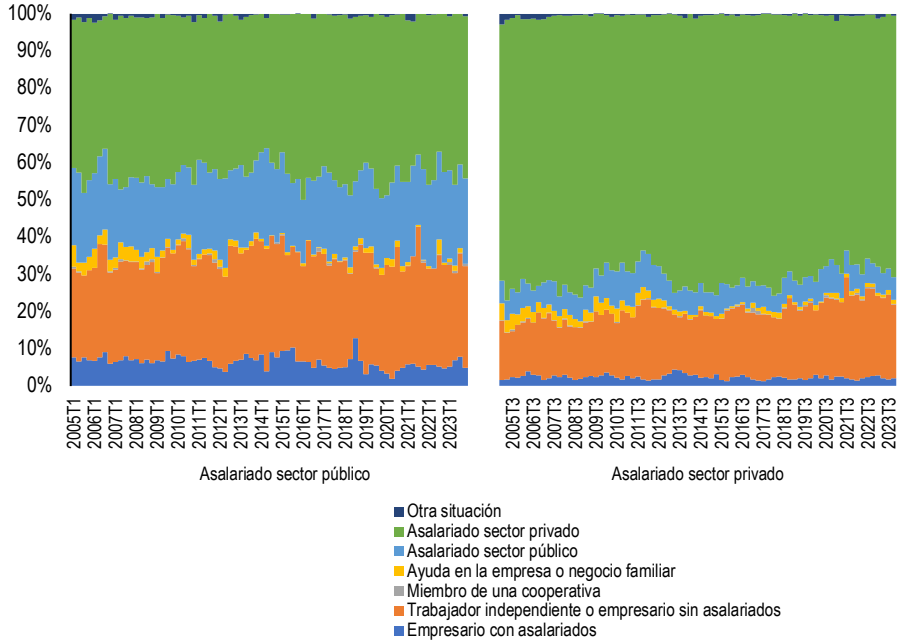
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

6. Situación profesional en el empleo secundario para los diferentes tipos de autónomos con más de un empleo (2005T1-2023T4). Datos absolutos.



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

7. Situación profesional en el empleo secundario para los diferentes tipos de autónomos con más de un empleo (2005T1-2023T4). Distribución relativa.



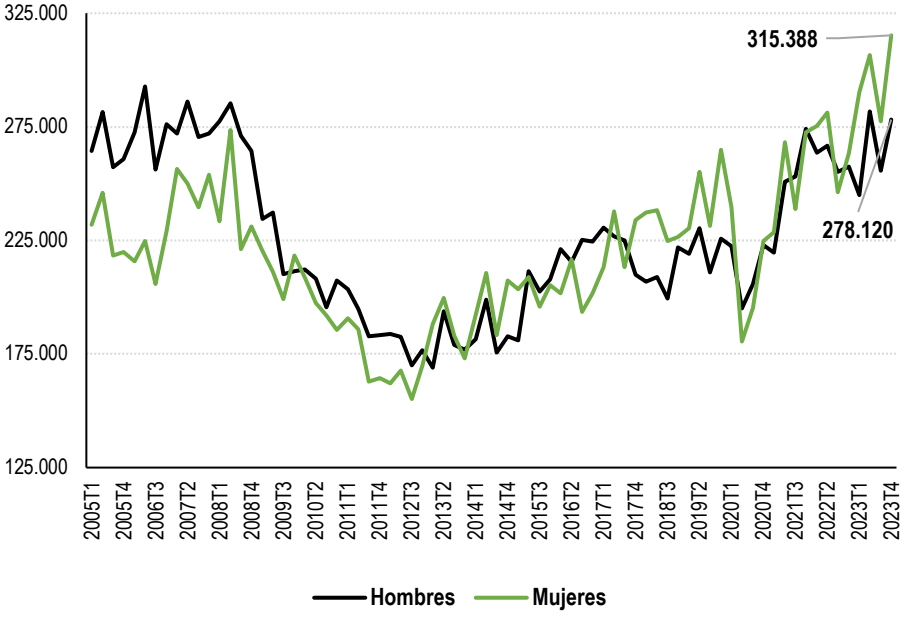
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

3. CARACTERÍSTICAS PERSONALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON MÁS DE UN EMPLEO

Desde un punto de vista de la estructuración por género del mercado laboral, las situaciones de pluriempleo y pluriactividad ha sufrido una progresiva mutación a lo largo de los años: primero, tanto durante el periodo de expansión por la burbuja inmobiliaria como durante la Gran Recesión, éste fue mayoritariamente masculino; posteriormente, durante la primera parte de la recuperación 2014 – 2019 se dio cierta equiparación entre el total de hombres y de mujeres con más de un empleo, siendo a partir de 2017, es decir, en la segunda etapa de dicha recuperación, que las mujeres se adelantan claramente a los hombres.

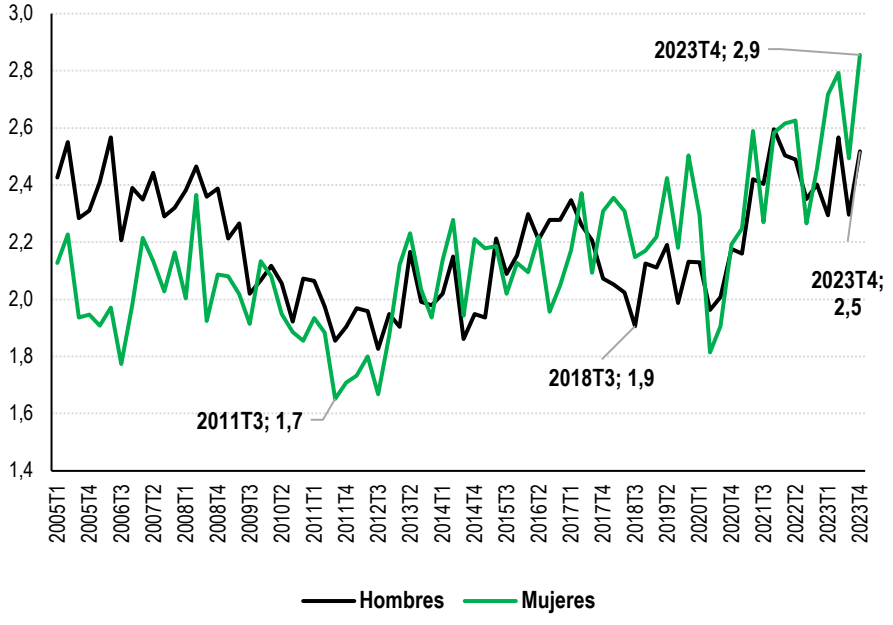
Centrando el foco en el momento pandemia y postpandemia, inicialmente vuelve a producirse un emparejamiento en los niveles absolutos entre hombres y mujeres que, sin embargo, comienza a romperse a partir de finales de 2021 hasta abrirse un gap que, a fecha del 23T4, es de, aproximadamente, 37.300 personas a favor de las mujeres. Específicamente, la incidencia de poseer más de un empleo entre estas se sitúa en el 2,9%, frente al 2,5% de los hombres. Este gap supone, en definitiva, que las mujeres representen el 53,1% de las personas trabajadoras con más de un empleo.

8. Total de trabajadores con más de un empleo según sexo (05T1-23T4).



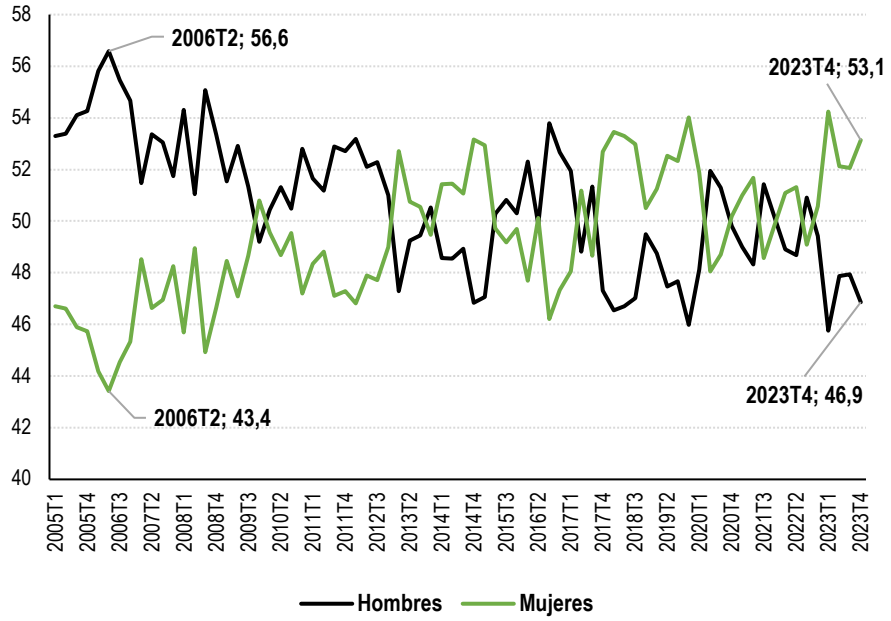
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

9. Incidencia del pluriempleo según sexo (05T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

10. Distribución por sexo del total de ocupados con más de un empleo (05T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

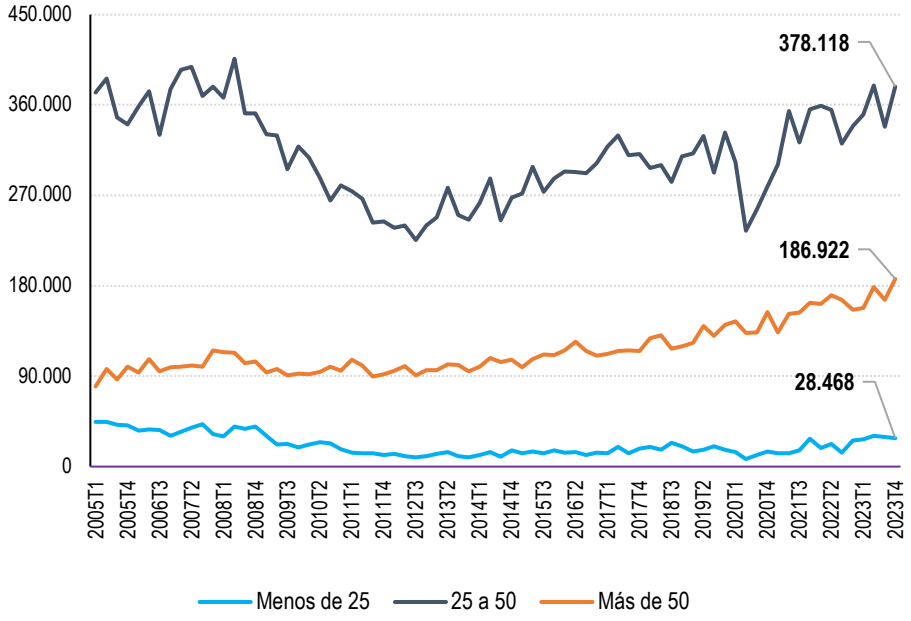
Por tramos de edad, lógicamente, el comprendido entre los 25 y los 50 años, en tanto que estrato etario central del mercado de trabajo, es el que ocupa la mayor parte del pluriempleo/pluriactividad: en 23T4, se encuentran en esta situación casi 380.000 personas trabajadoras, lo que supone el 63,7% de aquellas con más de un empleo. Cabe señalar que su peso en la situación de más de un empleo es, incluso, ciertamente mayor al que poseen sobre el total de la ocupación: respecto del conjunto de ésta, en el mismo trimestre, alcanzaban el 59,4%.

Sin embargo, el elemento más relevante desde la perspectiva de la edad es que, como puede apreciarse, la situación de ocupación múltiple sólo ha sido reactiva al ciclo económico para este grupo de edad (25 a 50 años): mientras los demás mantienen una tendencia esencialmente lineal, es este grupo intermedio el único que ve caer abruptamente este tipo de ocupación durante la crisis de 2008 en adelante y, muy especialmente, el único que se ve afectado por la pandemia. Del mismo modo, y aunque el estrato de mayor edad (más de 50 años), venía mostrando una tendencia monótonamente alcista desde finales de 2013, vuelve a ser el estrato central de 25 a 50 años el que prácticamente capitaliza el intenso rebote post-COVID.

No obstante, es muy reseñable que, dadas las diferentes magnitudes que estos grupos etarios poseen sobre el empleo global, es, sin embargo, el de mayores de 50 años en el que las situaciones de pluriempleo o pluriactividad poseen más incidencia: 3,5% en 23T4, superior al 2,5% de los de entre 25 y 50 y al 2,3% de los menores de 25.

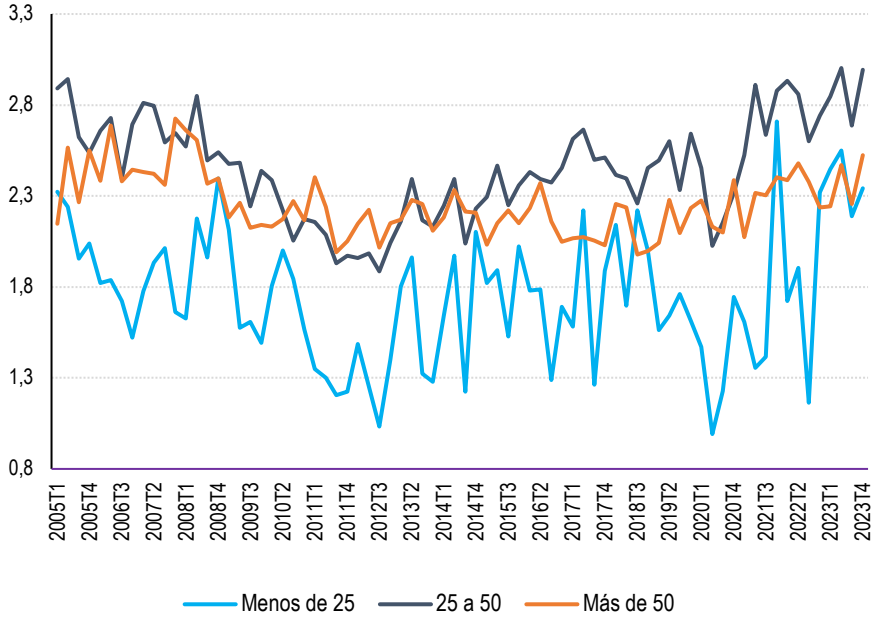
Igualmente, debe traerse a colación que el estrato de menores de 25 ha venido igualando, en términos de incidencia, al de mayores de 50, lo que no ocurría desde 2017.

11. Total de ocupados con más de un empleo según tramo de edad (05T1-23T4).



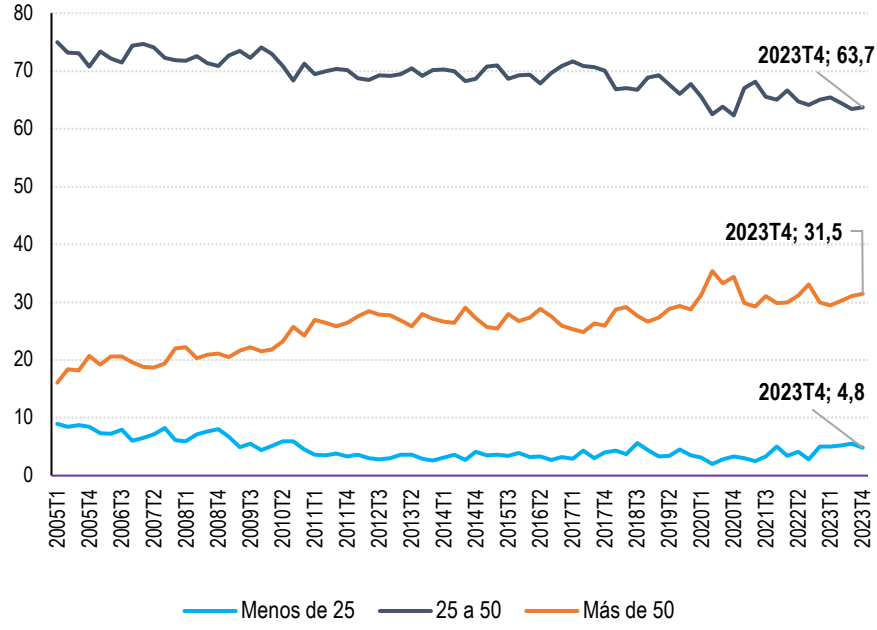
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

12. Incidencia de la posesión de más de un empleo por tramo de edad (05T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

13. Distribución de la situación de posesión de más de un empleo según tramo de edad (05T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

4. ESPECIFICIDADES JURÍDICO-LABORALES Y SECTORIALES

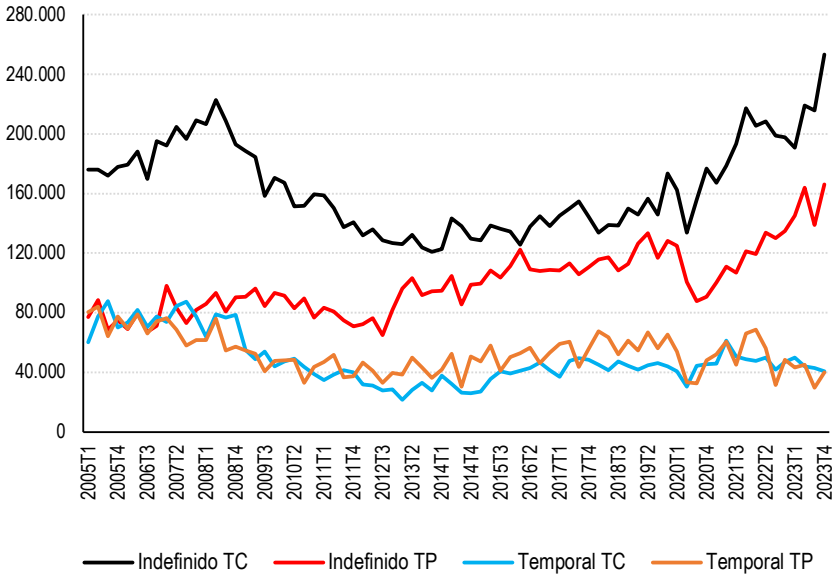
La actual recomposición del mercado laboral derivada de la reforma laboral de 2021 -que se caracteriza por el drástico incremento de empleo indefinido, especialmente a tiempo completo, dada la masiva regularización de contratos temporales en fraude de Ley- conlleva, en el ámbito del pluriempleo y la pluriactividad, que sean también los trabajadores con esta fórmula contractual en su empleo principal (indefinidos a tiempo completo) los que supongan el mayor número de ocupados con más de un empleo: en términos absolutos, para 23T4 superaban los 253.000, frente a los 166.000 de los indefinidos a tiempo parcial. Puede apreciarse con claridad como el crecimiento de ambas formas indefinidas en el agregado del mercado laboral, fruto de lo señalado sobre la reforma de 2021, también supone que el incremento de la situación de ocupación múltiple entre los asalariados se capitalice por los de tipo indefinido.

En términos de incidencia de estas situaciones sobre cada tipo de empleo asalariado, son claramente los indefinidos a tiempo parcial los que mayor peso poseen en su seno de estas formas de pluriempleo/pluriactividad. Ello posee cierta lógica, dado que, en primer lugar, las formas a tiempo completo, por su propia naturaleza, no deberían ser proclives (o factibles) a un segundo empleo adicional salvo, eventualmente, en casos de bajos salarios. A su vez, las fórmulas temporales, incluso a tiempo parcial, poseen también ciertas dificultades, ya que la rotación asociada hace más factible la yuxtaposición de puestos que la compatibilización entre ellos.

Por el contrario, cuanto el empleo posee visos de larga duración, pero, a su vez, no tiene una jornada considerada como suficiente por la persona trabajadora, se hace más factible dicha compatibilización. Así, la incidencia entre las personas trabajadoras con contrato indefinido a tiempo

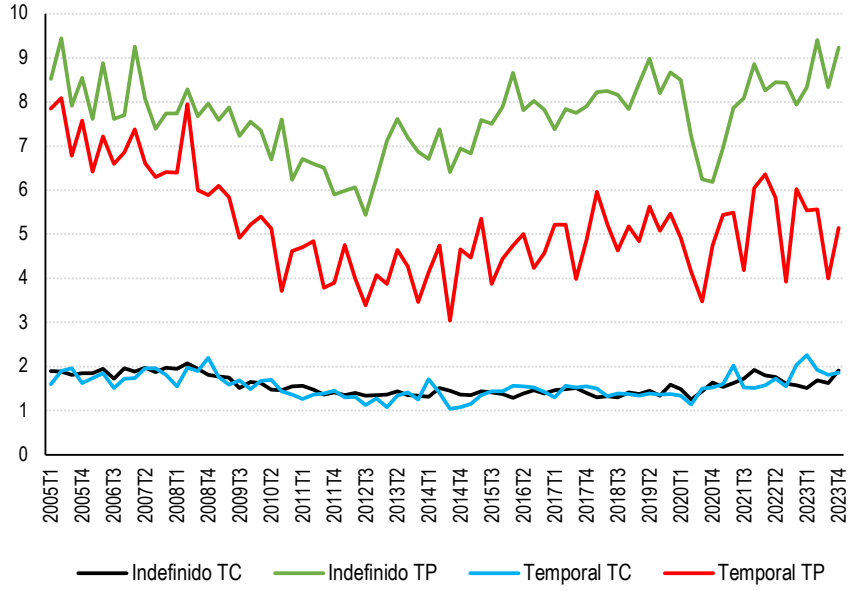
parcial se ha situado en cotas alrededor del 9,4% en 23T2 y 23T4, niveles que no se alcanzaban desde 2005 a 2007.

14. Asalariados/as que poseen más de un empleo según situación profesional (05T1-23T4).



Elaboración propia. Se excluyen "Empresario con asalariados", "Miembro de una cooperativa" y "Otra situación por falta de representatividad". Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

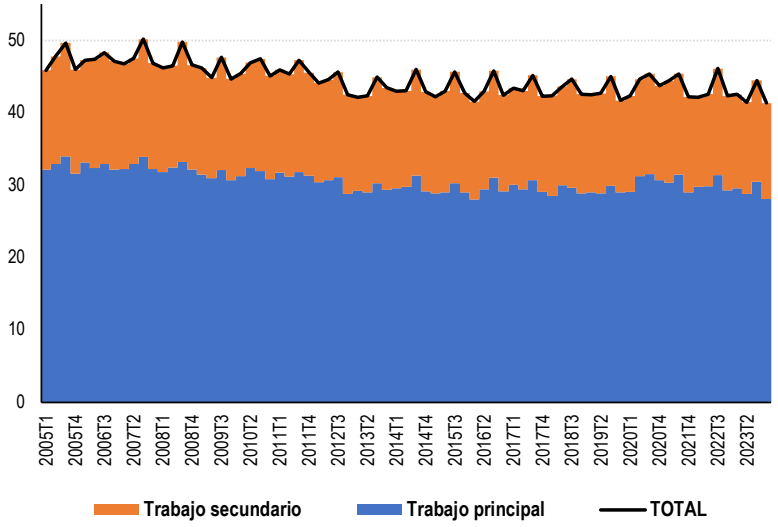
15. Incidencia de la posesión de más de un empleo según tipo de contrato (05T1-23T4).



Elaboración propia. Se excluyen "Empresario con asalariados", "Miembro de una cooperativa" y "Otra situación por falta de representatividad". Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

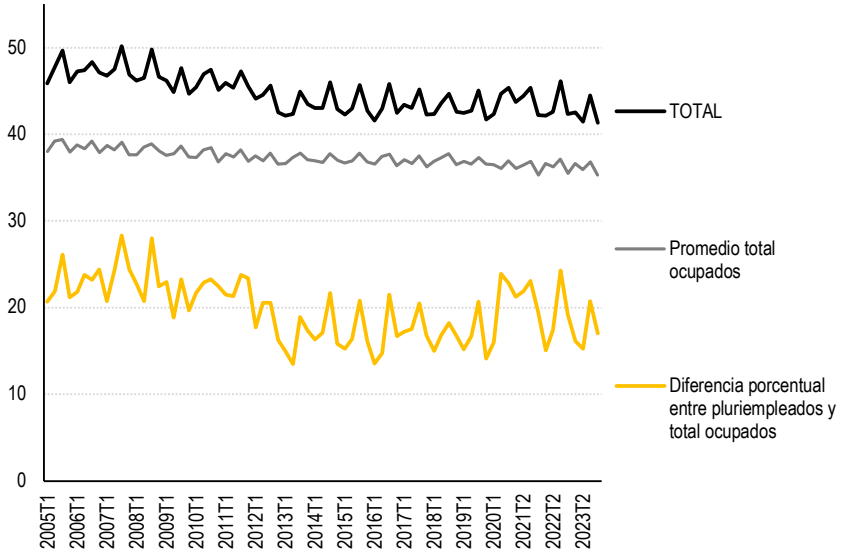
Íntimamente ligado a ello se encontraría la jornada total alcanzada por el ocupado promedio en situación de pluriactividad/pluriempleo. Dada la acumulación de empleos y, muy seguramente, en el caso de los asalariados, el bajo nivel de negociación individual al respecto de la jornada y/o del salario por hora, los trabajadores en estas situaciones ven elevarse su jornada efectiva muy por encima del promedio del mercado de trabajo: para el conjunto de la ocupación, durante los cuatro trimestres de 2023 la jornada efectiva se ha situado en las 42,5 horas, un 17,1% respecto de la media del total de ocupados y ocupadas

16. Jornadas semantal efectiva de las personas trabajadoras con más de un empleo (05T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

17. Jornadas semanal efectiva de las personas trabajadores con más de un empleo y(05T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

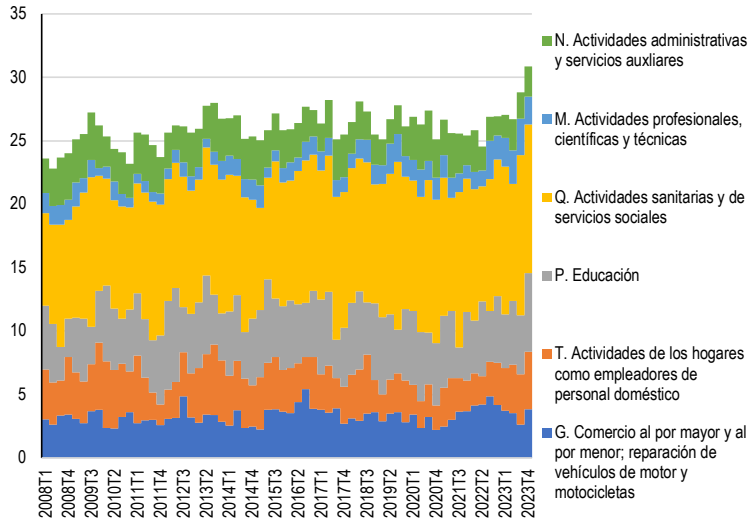
Cabe recordar en este punto, como así lo hace la doctrina, la "ambigüedad en la que se coloca la regulación interna española –y que comparte la propia Directiva 2003/88/CE– a propósito de la determinación de si las reglas de jornada máxima y descanso mínimo (no sólo diarios, sino también semanales e incluso anuales) se refieren al trabajador (cuya jornada total, en casos de pluriempleo, no podría situarse fuera de los límites normativos de referencia) o bien a cada uno de los contratos que el mismo pudiera mantener con diversas empresas (en cuyo caso el tiempo real de la actividad asalariada del trabajador sí podría situarse por encima de tales límites)"[4].

Del conjunto de esta jornada, aproximadamente el 30% viene dada por el segundo empleo. Específicamente, éste estaría incrementando la jornada efectiva en un 46% respecto al total de horas aportados por el primero de los puestos.

Pasando a la vertiente sectorial, la dinámica que se viene estudiando se caracteriza porque gran parte de las situaciones de pluriactividad/pluriempleo se dan dentro del mismo sector de actividad. En otras palabras, tanto el empleo principal como el empleo secundario se sitúan en la misma "letra" de la CNAE-09, siendo entonces que la experiencia acumulada por las personas trabajadoras en un sector concreto parece ser determinante, como es lógico, para ser contratadas o autoemplearse en el mismo sector.

Así, por ejemplo, al menos, entre el 25% y el 30% pueden identificarse como casos en los que tanto el empleo principal como el secundario se ubican en el mismo sector. De manera no excluyente podrían citarse "G. Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas", "T. Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico", "P. Educación", "Q. Actividades sanitarias y de servicios sociales", "M. Actividades profesionales, científicas y técnicas" o "N. Actividades administrativas y servicios auxiliares":

18. Principales situaciones de pluriempleo/pluriactividad según CNAE-09 dentro del mismo sector (como % del total) (05T1-23T4).



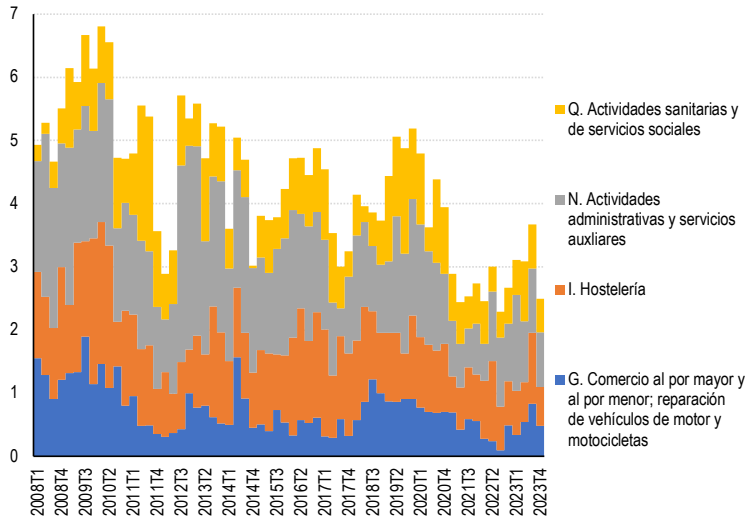
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

[4] Fernández Márquez, O., «Flexiseguridad y tiempo de trabajo en la ordenación de la actividad asalariada en España», *Localización: Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. Extra 135, 2018 (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), pág. 188

Una cuestión habitual en el ámbito de la posesión de más de un empleo, especialmente dada la segmentación sectorial y ocupacional por género y por edad, es el papel de los trabajos de "empleo doméstico" (limpieza, cuidado de niños, etc.). La elevada demanda y oferta de estos tipos de trabajos hace convertirse a este sector en un polo de atracción de trabajadores que necesitan complementar rentas y/o jornada aun a pesar de los elevados niveles de informalidad y precariedad que le caracterizan[5].

De este modo, por ejemplo, existe una sustancial presencia de este sector como empleo secundario entre los trabajadores que poseen su empleo principal en las secciones como las representadas en el siguiente gráfico:

19. Ejemplos relevantes de situaciones en que el empleo secundario se encuentra en el empleo doméstico, según sector del empleo principal (% sobre el total). (08T1-23T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

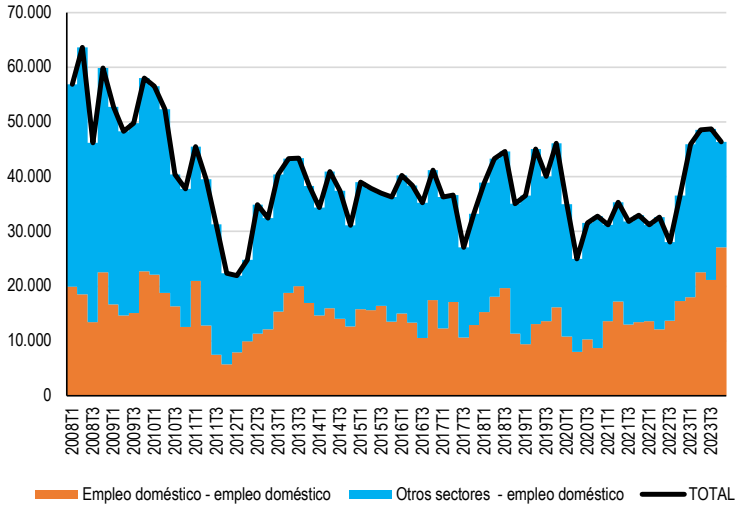
Tomando el conjunto de situaciones de pluriempleo/pluriactividad que desembocan en el trabajo doméstico como segundo empleo, y desde el punto de vista de los datos absolutos, aunque el montante total no han recuperado niveles previos a 2010, se observa un drástico crecimiento desde 22T3 que hace recuperar el empleo perdido durante la pandemia (probablemente también afectado por las restricciones de interacción personal y el mayor teletrabajo, que favorecería la recuperación por los padres, por ejemplo, de las tareas de cuidados).

Es de destacar, como otro de los cambios estructurales fruto de la pandemia, que, desde finales 2020, el repunte viene impulsado por quienes ya se encontraban en el empleo doméstico. Ello es tan así que, en 23T4, y por primera vez en la historia, se supera que el 50% de la ocupación en pluriempleo/pluriactividad con este sector como sector secundario lo sea por trabajadores que también se encuentran en él como empleo principal.

[5] A este especto, véase López Insua, B. M., «Salario y economía irregular en el empleo doméstico», en Sanz Saez, C. (ed.) *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Servicio Central de Publicaciones = Argitalpen Zerbitzu Nagusia, 2020, pp. 123-140. Igualmente, Gómez Rufián, L., «Características personales y condiciones jurídico-laborales del empleo doméstico en España: Estudio a través de los microdatos de la Encuesta de Población Activa», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 9, Nº. 2, 2019, págs. 115-153.

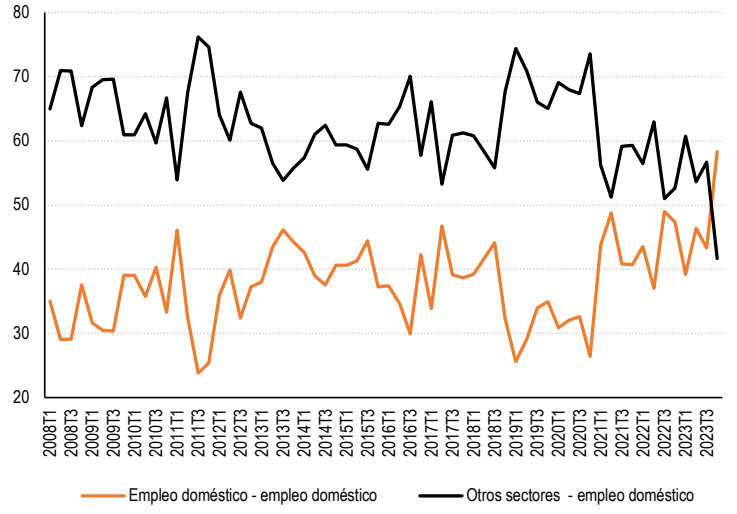
Finalmente, a efectos de concluir todo lo anterior, este incremento ha supuesto que la situación de trabajo doméstico como empleo secundario, aun sin recuperar los niveles absolutos de hace década y media, sí lo ha hecho como porcentaje total de las situaciones de posesión de más de un empleo. De hecho, actualmente se sitúa por encima del 10% y, específicamente, en 23T2, alcanzaba el 12,9% del total de situaciones de pluriactividad/pluriempleo.

20. Total de personas trabajadoras cuyo empleo secundario se sitúa en el "empleo doméstico", según sector del empleo principal (05T1-23T4).



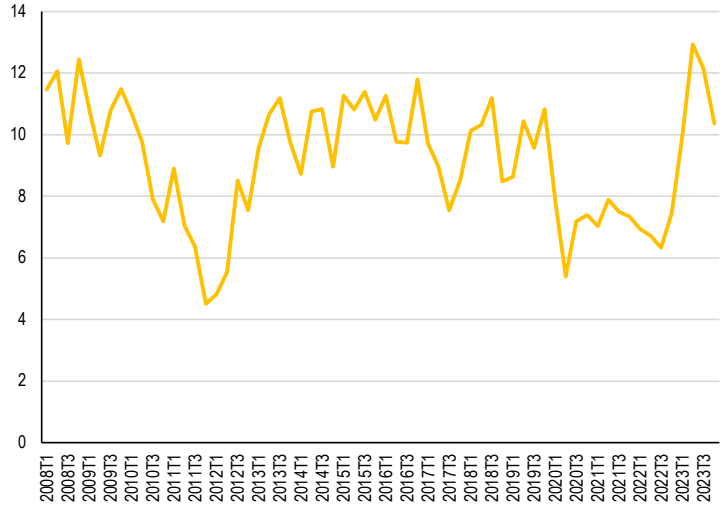
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

21. Distribución relativa de las personas trabajadoras con segundo empleo en el "empleo doméstico" según sector del empleo principal (2005T1-2023T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

22. Peso del total del empleo en el sector doméstico como % del total del pluriempleo/pluriactividad (2005T1-2023T4).



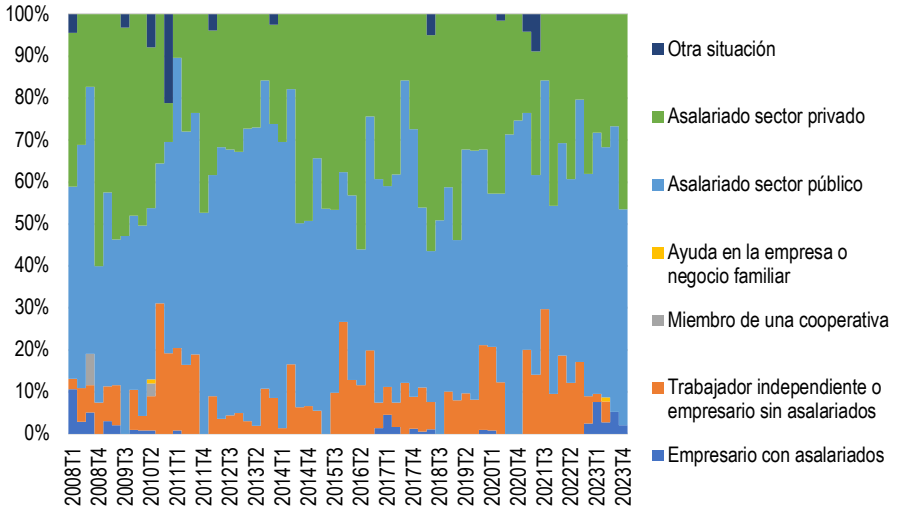
Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - salarios (INE).

Finalmente, otra cuestión que suele despertar interés en este ámbito es la del personal sanitario (y de servicios sociales) con más de un empleo, especialmente en los casos de los asalariados del sector público. Y ello máximo cuando, como se vio anteriormente, esta sección de actividad es la que mayor peso posee en el empleo secundario.

Como puede apreciarse, desde mediados de 2012, este fenómeno, en realidad, está capitalizado, esencialmente, por los asalariados socio-sanitarios del sector privado. Por ejemplo, en numerosos momentos de 2017, 2019 y 2022, registraban niveles en el rango de entre los 17.500 y los 20.000

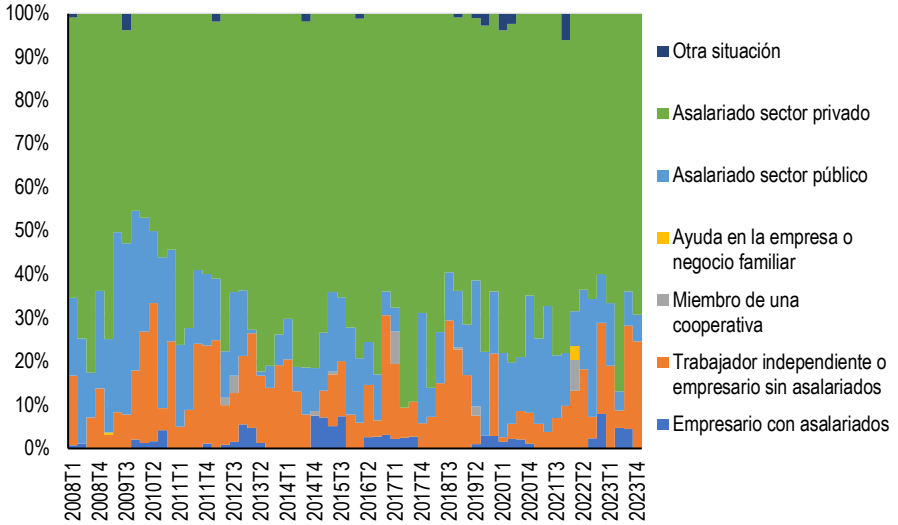
Pero es que, más aún, el destino del empleo secundario para cada tipo de asalariado es drásticamente diferente: mientras los asalariados del sector público socio-sanitario en su empleo principal poseen un empleo, también, dentro del sector público en términos mayoritarios (y crecientes), son los que pertenecen al sector privado los que, correspondientemente, poseen ese empleo secundario, también, en el sector privado. De hecho, en promedio histórico, los asalariados socio-sanitarios públicos que poseen un empleo en el sector privado se sitúan, en media histórica, por debajo de los 4.000 según la EPA (incluyendo asalariados y autónomos). Lógicamente, este dato contribuye a desmitificar una supuesta dinámica generalizada de trabajadores sanitarios, en los procesos de crítica a las posibles dinámicas de inserción del sector privado en el sistema sanitario, que estarían, simultáneamente a esa crítica, compatibilizando empleos en ambas ramas del sector sanitario.

23. Distribución del empleo secundario de los asalariados públicos del sector sanitario y de servicios sociales con más de un empleo (2005T1-2023T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

24. Distribución del empleo secundario de los asalariados públicos del sector sanitario y de servicios sociales con más de un empleo (2005T1-2023T4).



Elaboración propia. Fuente: Microdatos EPA - stock (INE).

5. REFLEXIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo se ha radiografiado profundamente la evolución del fenómeno de las personas trabajadoras con más de un empleo en perspectiva histórica. Como ya se adelantó, puede reseñare que los cambios más relevantes se centran en la caída de la incidencia entre los asalariados del sector público, la mayor feminización y el papel del empleo doméstico en el reciente

impulso que viene experimentando. Y es que, en el contexto actual, tanto en términos absolutos como relativos, las situaciones de pluriempleo o pluriactividad han crecido con intensidad hasta retornar a niveles previos a la crisis de 2008.

Hemos apuntado, como hipótesis más plausible, la necesidad del incremento de las rentas como factor que pudiera impulsar a los trabajadores a desear incrementar sus horas de trabajo como medio de recuperación de la erosión en los salarios reales generada del incremento de la inflación iniciado en 2021 (aunque actualmente casi normalizado). Sin embargo, la economía española ya experimentó, esencialmente a través de la reforma laboral de 2012, un proceso de reducción de salarios reales (de hecho, uno de los más agudos en tiempos de paz para una economía europea)[6] sin que se produjera un incremento efectivo de la posesión de más de un empleo. En aquel momento, y dejando de lado que la caída de salarios reales fue forzada a través de una política deliberada de reducción de salarios nominales, sin embargo, la situación de posesión de más de un empleo no experimentó variaciones. Ello apunta de nuevo a que sin la concurrencia de un alto proceso de creación de empleo como el actual, este incremento de la posibilidad de disponer un segundo empleo complementario en términos de rentas no hubiera sido posible.

En consecuencia, aunque pueda plantearse que, lógicamente, la disponibilidad de un único empleo que provea de la renta real suficiente constituye la situación óptima, el que el mercado de trabajo genere actualmente empleo con los niveles de resiliencia que está mostrando frente al complejo contexto internacional, estaría permitiendo, a través de la vía del pluriempleo / pluriactividad, mejorar ese gap de renta real a numerosas personas trabajadoras. No siendo la situación idea, sí parece óptima que la de pérdida de ésta sin posibilidad de incremento de horas dentro del mismo empleo o mediante uno segundo que siguió a la política devaluación interna tras la reforma de 2012.

Incluso, esta hipótesis de la recomposición de la renta real podría verse refrendada por la cierta reacción de jóvenes y mujeres, segmentos especialmente favorecidos por el también intenso crecimiento del salario mínimo interprofesional acaecido durante estos años[7]. A razón de un mayor SMI / hora, se estaría dando una también mayor posibilidad de recomponer el salario real "alargando la jornada" en un segundo empleo si, a pesar de dicha subida, ello sigue siendo necesario para parte de los trabajadores en estos segmentos en función del resto de sus circunstancias personales y laborales. En otras palabras, a modo de vía acelerada para la recuperación definitiva de los niveles de salario real. Y, de nuevo, si se parte de ese eventual mayor deseo de jóvenes y mujeres de recurrir a esta vía, ello sería infructuoso, se quedaría en un simple deseo, sin el intenso crecimiento del empleo que también están experimentando estos dos segmentos de la población.

6. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Peralta, I., Uxó González, J., Febrero Paños, E., «Internal devaluation in a wage-led economy: the case of Spain», *Cambridge journal of economics*, Nº. 2, 2019, págs. 335-360

Fernández Márquez, O., «Flexiseguridad y tiempo de trabajo en la ordenación de la actividad asalariada en España», *Localización: Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. Extra 135, 2018 (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), págs. 157-196

[6] Alvarez Peralta, I., Uxó González, J., Febrero Paños, E., «Internal devaluation in a wage-led economy: the case of Spain», *Cambridge journal of economics*, Nº. 2, 2019, págs. 335-3

[7] 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, pp. 259-278.

Gómez Rufián, L., «Características personales y condiciones jurídico-laborales del empleo doméstico en España: Estudio a través de los microdatos de la Encuesta de Población Activa», *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 9, Nº. 2, 2019, págs. 115-153.

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, pp. 259-278

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.

López Insua, B. M., «Salario y economía irregular en el empleo doméstico», en Sanz Saez, C. (ed.) *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Servicio Central de Publicaciones = Argitalpen Zerbitzu Nagusia, 2020, pp. 123-140.

Monereo Pérez, J. L., «El trabajo precario: segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral», en de la Villa Gil, L. E. (ed.) *El trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, pp. 383-429.

Torollo González, F.J., «El derecho del trabajo en la Función Pública: consecuencias de la Ley de Incompatibilidades», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 50, 1991, Civitas, pp. 967-984.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

NICOLÁS SALMERÓN Y ALONSO (1837-1908): Reformas jurídico-sociales, culturales y políticas en el republicanismo social moderado

NICOLÁS SALMERÓN Y ALONSO (1837-1908): Legal-social, cultural and political reforms in moderate social republicanism

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..: «NICOLÁS SALMERÓN Y ALONSO (1837-1908): Reformas jurídico-sociales, culturales y políticas en el republicanismo social moderado». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2023): 389-452

1. TRAYECTORIA Y PENSAMIENTO DE NICOLÁS SALMERÓN

"Esta vez el hombre valía lo que el orador y el pensador"

Santiago Ramón y Cajal[1]

"Pero la sociedad toda, no sólo el Estado, es también un organismo, cuyas funciones se condicionan y necesitan recíprocamente, trascendiendo a cada una de ellas el bien y el mal, el progreso y el retroceso, la energía y la postración de las restantes"

Francisco Giner De Los Ríos[2]

Nicolás Salmerón y Alonso (Alhama la Seca, Almería, el 10.IV.1837-Pau, Francia, 20-IX.1908) es una personalidad fundamental del republicanismo político y social de nuestro país. Fue también un político singular, dada su formación krausista académica[3] combinada con una nítida vocación política encaminada, precisamente, a poner en práctica política el ideario krausista-reformista de la sociedad de su tiempo. En este sentido su vocación política constituye una respuesta subjetiva, reflexiva, al desafío planteado por la realidad exterior[4], y refleja las tensiones "entre los estímulos de su conciencia

[1] Ramón y Cajal, S.: *Recuerdos de mi vida: Historia de mi labor científica,* Madrid, Alianza, 1981, pág.179, con referencia a Salmerón, a cuyas clases asistió .

[2] Giner De Los Ríos, F.: *La política antigua y la política nueva (1868-1872),* en *Obras Completas,* Vol. V. *Estudios jurídicos y políticos,* Madrid, Espasa-Calpe, 1921, pág. 176.

[3] Su tesis doctoral, se situaba dentro de filosofía krausista, *La historia universal tiende desde la Edad Antigua a la Media y a la Moderna a restablecer al hombre en la entera posesión de su naturaleza*, Madrid, 1864. El título completo es más extenso: "Discurso leído ante el claustro de la Universidad Central por Nicolás Salmerón en el solemne acto de recibir la investidura de Doctor en Filosofía y Letras. La historia universal tiende desde la Edad Antigua a la Media y la Moderna a restablecer al hombre en la entera posesión de su naturaleza y en el libre y justo ejercicio de sus fuerzas y relaciones para el cumplimiento del destino providencial de la humanidad", Madrid, 1864.

[4] Para esta actitud puede consultarse en general Giner De Los Ríos, F.: "Consideraciones sobre el desarrollo de la literatura moderna" (1862), en *Estudios de literatura y arte,* Madrid, Victoriano Suárez, 1876, págs.135 a 145.

y las solicitudes de la calle"[5]. No es el único que lo hizo (en esto le acompañaron figuras ilustres como Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Adolfo Buylla, y especialmente Melquíades Álvarez, todos ellos krausista y del "grupo de Oviedo")[6], aunque fue el más directamente comprometido en la política total. Salmerón entronca con el krausismo "adaptado" de Julián Sanz del Río, siendo uno de los principales discípulos[7] (allí coexistirá con Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Libra, Moret y Juan Uña[8])[9] y su sucesor en la cátedra de Metafísica de la Universidad de Madrid, en 1869. Su pretensión –en parte convenida con la otra gran figura del krausismo que fue Giner- fue proyectar el ideario liberal republicano del krausismo en el ámbito de la política de su época. Puede hablarse de él como hombre políticamente comprometido con su tiempo aceptando una dialéctica contradictoria entre la reforma y la revolución, pero implicándose directamente en la vida política activa. Optó, como hombre de pasión y compromiso político, por un republicanismo social que siguiera la senda reformista y parlamentaria. El compromiso político le permitió proyectar el proyecto social del krausismo más avanzado, junto con ese también apasionado política reformista que fue Gumersindo de Azcárate (ambos estrechamente vinculados con Francisco Giner de los Ríos[10]). Salmerón fue un intelectual de "clase media", de cuyos intereses se sentía portavoz, pero que mostraba una sensibilidad y un compromiso con las clases más desfavorecidas.

Salmerón era consecuente con su visión del krausismo como filosofía de la acción, porque "toda la vida es un obrar en el amplio y racional sentido de la palabra"[11]. Esa doble vertiente no puede ser separada de su personalidad ciertamente compleja, porque permite comprender y explicar ciertas actitudes en política que no serían correctamente apreciadas si no es atendiendo a su ideario krausista liberal y republicano. En él se reflejan perfectamente las virtualidades, pero también los

[5] Álvaro De Albornoz: "La crisis del republicanismo. La panacea de la Unión", en *España,* núm.66 (1916), pág.5.

[6] También Salmerón quedaría fuertemente impregnado de las "ideas-fuerzas" que influyeron en el "krausismo positivista" (Salmerón se inclinó por él en una segunda etapa de su pensamiento iusfilosófico y político), como el solidarismo jurídico-social (se miraba muy de cerca la experiencia reformista-solidarista de la Tercer República Francesa), el "socialismo de cátedra", el "socialismo jurídico", entre otras corrientes reformista de su tiempo histórico. Véase para esto, in extenso, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1996; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 31 y sigs., 133 y sigs., 231 y sigs., y 356 y sigs. ("Aspecto doctrinal. Teoría e ideología del liberalismo social reformista"). Sobre el "grupo de Oviedo", véase Posada, A.: *Breve historia del krausismo español,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1981; Monereo Pérez, J.L.: "Teoría socio-jurídica del Estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: revista de los derechos sociales,* vol. 12, núm. 1 (2022), págs. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

[7] Dice de él su discípulo González Serrano, "Influido, al venir a Madrid, por las lecturas de Proudhon, aleccionado aquí por Sanz del Río en el prodigioso movimiento idealista alemán, orientado más tarde, durante lo seis años de emigración, en las novísimas corrientes del pensamiento, no fue Salmerón Krausista con una ni con dos *ss,* en el sentido despectivo que la pasión política ha atribuido á la doctrina, aunque no renegó del mote, porque se le dirigían en épocas de persecución y de desgracia para la Escuela, como no ha sido tampoco positivista *enragé,* ni dogmático. Ha dejado que evolucione su pensamiento sin firmar pacto con el error, pues todas sus evoluciones han tenido como centro convergente una originalidad, que autoriza á reconocerle la condición de pensador y filósofo" (González Serrano, U.: *Nicolás Salmerón. Estudio crítico-biográfico,* Madrid, Est. Tipográfico de Ricardo Fé, 1903, págs.37-38). Su doctrina filosófica podría ser denomina como "un criticismo empírico-idealista", con evidente exceso Serrano estima "superior, al menos en su alcance especulativo, a las doctrinas de Schopenhauer y del propio Wundt" (*Ibid*., pág.39).

[8] Monereo Pérez, «El liberalismo social krauso-institucionista de Juan Uña Sarthou», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 140 (2008), págs. 795-820.

[9] Véase Cacho Viu, V.: *La Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Rialp, 1962, págs.104 a 106.

[10] Un discípulo eminente de Nicolás Salmerón, Urbano González Serrano, pudo expresar que "Contra el retraimiento de los intelectuales hay que convenir en la necesidad y aun en la obligación de interesarse y de interesar a todos en dar un contenido substancial al formalismo de la democracia, en formar concepto del mundo y de la vida. Para ello es condición indispensable moverse en medio del uno y de la otra, en vez de huirlos, refugiándose en una indiferencia olímpica". Cfr. Gónzalez Serrano, U.: "Los intelectuales", en *La Palabra Libre,* 8-I-1911.

[11] Salmerón, N.: "La libertad de enseñanza", en *Boletín-Revista de la Universidad de Madrid,* I, 1 (10. I. 1896), pág.10.

límites inherentes al reformismo político y social krausista. Él transitó desde el krausismo ortodoxo –en su condición de discípulo de Sanz del Río- hacia el llamado krausopositivismo resultante de haber recibido en su exilio en París la influencia de la nueva ciencia positivista europea[12]. En realidad cabe decir que el krausismo no es un sistema de pensamiento unitario y homogéneo, sino una filosofía en permanente evolución y transformación que fue adaptándose a las exigencias reflexivas del tiempo histórico. El krausismo originario, con su rigidez metafísica, tuvo que adaptarse progresivamente a las nuevas realidades sociales, aunque conservaría el sentido ético de la vida, la concepción totalizadora y orgánica de la sociedad y el reformismo social. Esa evolución diacrónica supuso una disgregación del krausismo originario (defendido por Sanz del Río y después por uno de sus discípulos Federico de Castro). La influencia mayor la tuvo sin duda la toma de contacto con el positivismo. El llamado krausopositivismo aparece en torno al año 1875 y se desarrolla hasta finales del siglo XIX[13] y principios

[12] La denominación es, como se sabe, de Posada, A.: "Los fundamentos psicológicos en la educación según el Sr. González Serrano", en *BILE,* núm.358, 15-1-1892, págs.1 a 9; y núm.359, 31-1-1892, págs.17 a 20. Nicolás Salmerón estaba vinculado a la masonería y su apertura intelectual le hico asistir a numerosos encuentros postulados por las distintas corrientes de pensamiento. Véase al respecto Álvarez Lázaro, P.: *Masonería y librepensamiento en la España de la Restauración,* Madrid, Universidad de Comillas, 1985. Salmerón había pertenecido a la masonería, e incluso "Salmerón" fue uno de los nombres simbólicos adoptados por la masonería. El símbolo "Salmerón" sin duda fue el más elegido por los andaluces, pero ello se pudo deber a intereses políticos o de paisanaje, como sucedió sin duda con algunos masones de Alhama de Almería, lugar de nacimiento de Nicolás Salmerón, que incluso distinguieron a la logia que fundaron con el nombre de "Salmeroniana". Fueron muchos los masones andaluces que eligieron "Salmerón". Véase Álvarez Lázaro, P.F.: "Krausistas, institucionistas y masones en la España del siglo XIX", en Álvarez Lázaro, P.F. y Vázquez-Romero, J.M. (eds.).: *Krause, Giner y la Institución Libre de Enseñanza. Nuevos Estudios,* Madrid, Universidad Pontifica de Comillas, 2005, págs. 148 y 154 a 16; y, aunque con referencia temporal a los hijos de Salmerón, es fundamental el estudio de Gómez Molleda, Mª.D.: *La Masonería en la crisis española del siglo XX,* Madrid, Taurus, 1986. También Álvarez Lázaro, P.: "Las raíces masónicas en la tradición educativa del krausismo europeo", Ureña, E.M.y Álvarez Lázaro, P.(eds.).: *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* en Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1999, págs.75 y sigs., que señala que el krausismo puede ser considerado, con ciertos matices, la filosofía oficial de la Universidad Libre de Bruselas hasta los años setenta. No obstante, a partir de aquellas fechas fueron difundiéndose entre el claustro de profesores corrientes filosófico-políticas que le discutieron la supremacía. Por otra parte, es de destacar que la Universidad Libre evolucionaba en la misma dirección que la masonería belga y ambas entraban en íntima relación con las sociedades de librepensamiento que empezaban a crearse precisamente por aquellos mismos años. La influencia del krausismo en la Universidad Libre de Bruselas decayó hasta casi desaparecer con la jubilación de Tiberghien (krausomasón) en 1897. Desde entonces el *positivismo* pasó a dirigir ideológicamente la Universidad (Ibid., págs.88 y 90). De este modo se puede comprender que el contexto europeo se vencía hacia el positivismo, y que nuestros krausopositivistas giraron hacia el positivismo dentro de un proceso más general, es decir, dentro de una tendencia europea que incidía también en el krausismo. El positivismo rápidamente fue acogido desde los krausistas más receptivos a las tendencias de época. No sólo Salmerón, González Serrano, sino también Pedro Dorado Montero, José María Piernas Hurtado, Sales y Ferré, Adolfo Posada, etcétera. Se incorporó el positivismo italiano, con autores relevantes como Lombroso, Ferri y Garáfalo. Sobre esta escuela positivista italiana, véase el importante libro, *Lombroso y la Escuela positivista italiana,* Estudio preliminar de J.L.Peset y M. Peset, Instituto Arnau de Vilanova, Madrid, C.S.I.C., 1975. En la recepción española tuvo un papel fundamental Dorado Montero, el cual tradujo directamente varias obras de estos autores, y reflexionó directamente sobre el positivismo jurídico, véase, por ejemplo, Dorado, P.: "Sobre el estado de la ciencia jurídica italiana en los momentos presentes", en *BILE,* núm.10 (1886); Dorado, P.: *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1891. Ferri y Lombroso se afilian al Partido Socialista Italiana (1893).

[13] Pero dentro del krausismo había personalidades muy relevantes que defendían los postulados tradicionales del krausismo y criticaban duramente los supuestos del positivismo Tiberghien, G.: *Introducción a la filosofía y preparación a la metafísica. Estudio analítico sobre los objetos fundamentales de la ciencia. Crítica del positivismo,* trad. de D. Vicente Piño y Vilanova (licenciado en Derecho Civil y Canónico, Abogado del Ilustre Colegio de Valencia y Promotor Fiscal), Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1875. En la "Advertencia", Vicente Piño y Vilanova, muestra hallarse en su espíritu en perfecta armonía científica con el sistema de filosofía de Krause y señala que en España, al incansable afán de sus adeptos D. Julian Sanz del Río, D. Nicolás Salmeron y Alonso, D. Facundo Ríos Portilla, D. Federico de Castro, Francisco Giner de los Ríos, Revilla, Ruíz de Quevado y otros muchos no menos conocidos, en propagar esta doctrina, ha producido su desarrollo en nuestra patria, tiene su representación en las Universidades y son leídas con avidez las obras que diariamente produce el humano entendimiento, sobre las transcendentales cuestiones que dilucida la ciencia (*Ibid*., pág. VII).

del XX. El krausopositivismo remite a la lógica y evolución diacrónica del krausismo que, al entrar en contacto con la filosofía del positivismo, es influido por ella principalmente en lo atinente al método, y trata de compaginarla y armonizarla con su originario sentido idealista hasta conseguir una alianza, una armonía o conciliación entre la especulación (krausismo) y la experiencia (positivismo) que supere el dualismo racionalista del mundo moderno[14]. El encuentro con el positivismo es instrumental para una mayor aproximación a la realidad y atención a los hechos[15] y asimismo a la contribución a la reforma de sociedad fragmentada del liberalismo individualista e insolidario[16]. Señalaba, en este sentido, Salmerón que la especulación filosófica es insuficiente; el filósofo "necesita conocer a lo menos los capitales resultados de la observación y la experimentación en las ciencias naturales; penetrar, siguiendo sus crecientes progresos, en las regiones de lo inconsciente; indagar en la composición de la psicofísica la unidad indivisa de la realidad; rectificar el añejo dualismo que ha hecho hostiles y recíprocamente deficientes la física y la metafísica; y, en suma, … afirmar la unidad de la ciencia en el concepto que incide en el objeto, y cuya presencia real y eterna saca a la luz y se hace íntima la conciencia racional del hombre. De esta suerte llegará a resolverse la contradicción histórica entre el empirismo y el idealismo, sin desconocer ni anular ninguno de ambos elementos esenciales para la construcción científica"[17]. Como se puede comprobar, Salmerón no tuvo una evolución lineal y homogénea en las distintas etapas de su vida, su pensamiento, su discurso, evolucionó de manera no siempre coherente sino contradictoria.

Su participación en la vida política fue determinante ya que formó parte del *Partido demócrata18* e intervino en la formación del *Partido Republicano,* y participó en los avatares de la

[14] Véase Jiménez García, A.: *El krausismo y la Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Editorial Cincel, 1987, págs.112 y sigs., en particular pág.114. Es lo cierto que "el krausismo, tanto por su amplitud como por su profundidad, es el movimiento filosófico más importante de la España contemporánea. Pero no fue el krausismo sólo una filosofía; en realidad eso es lo que menos fu, sino todo un movimiento social y reformista que colaboró, en gran medida, en la tarea de transformación y modernización de las estructuras arcaicas de la sociedad española" (Ibid., pág.187). Véase también Capellán De Miguel, G.: "El krausismo español: entre idealismo y positivismo. Algunas reflexiones sobre el concepto de "krausopositivismo"", en *Boletín de la Biblioteca de Menéndez Pelayo,* año LXXIV, enero-diciembre (1998), págs. 435 a 459.

[15] Es evidente que desde una perspectiva más conservadora el positivismo político tuvo también la virtualidad de denunciar los mitos y abstracciones de la I Republica. Es el caso de Manuel de la Revilla, "profeta del positivismo político" y también en las filas de la familia krausista, antiguo discípulo de Sanz del Río. Él crítico la aventura del Sexenio revolucionario de 1973. En el campo de la filosofía la crítica de Revilla se orienta principalmente contra el krausismo evolucionado, mientras que en el orden político el último objetivo de su crítica es el federalismo y el 73 republicano, aduciendo su carácter utópico y la inviabilidad del federalismo en España. Postula una política realista, de autoridad y orden. Se repulsa en "idealismo", y se evidencia la conciencia de que era preciso volver a la "realidad". Es manifiesto, como ha advertido Jover Zamora, que aquí se produce una simplificación positivista, esteriotipada en pocos conceptos y vocablos significativos, que resultaba especialmente adecuada para su rápida recepción y difusión en un contexto social; para su socialización: la imagen de la I República ofrecida por Revilla y por los receptores oficiales del positivismo en los primeros años de la Restauración, divulgada a través de la prensa, del Parlamento y en las tertulias de casinos provincianos por los notables dela localidad, va a alcanzar una vigencia no incompatible, por otra parte, con una previa asunción de la imagen conservadora clásica". Cfr. Jover Zamora, J.Mª.: *Realidad y mito de la Primera República,* Madrid, Espasa-Calpe- Colección Austral, 1994, pág.86.
Por otra parte y en relación a esto último, como señalada Diego Núñez, "En el lenguaje político de los años iniciales de la restauración irrumpe profundamente un típico *"vocabulario de situación":* los términos *orden, realismo, pragmatismo, pacto, evolución* –el nuevo nombre del progreso-, etc., se repiten, una y otra vez, en las Cortes y en la Prensa. Se enfatizan las expresiones "paz", "sosiego", "prudencia", como hermanas de "prosperidad económica", "confianza financiera", "euforia inversora", y opuesta a "radicalismo", "utopismo" y "demagogia"...". Cfr. Núñez, D.: *La mentalidad positiva en España,* cit., pág.34. Es así que el positivismo tuvo también una recepción instrumental al servicio de fines y políticas conservadoras, y no sólo de tipo reformista.

[16] Véase Macpherson, C.B.: *La teoría del individualismo posesivo (1962),* trad., J.R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970.

[17] Salmerón, N.: "Prólogo" a Giner, H.: *Filosofía y Arte,* Madrid, M.Minuesa, 1878, págs.XII-XIII.

[18] Eiras Roel, A.: *El partido demócrata español, 1849-1868,* Madrid, Rialp, 1961.

proclamación y corta vida de la I República española[19], llegó a ser Presidente de la misma (18.VII.1873 al 6.IX.1873). En 1890 encabezaría creación del *Partido Centralista* (que refleja perfectamente el ideario del krausismo reformista, principalmente de Salmerón y Azcárate)[20], continuando como jefe de ese Partido republicano hasta 1897; y a principios del siglo veinte haría lo propio respecto a la fundación de la *Unión Republicana.* La Unión Republicana se creó en 1896 con la incorporación de los cuatro partidos republicanos existentes (los partidos centralista, federal, progresista y nacional y los posibilistas de Miguel Morayta. Quedaría fuera el grupo federal de Pi y Margall. Lógicamente esa vinculación política le permitió formar parte de los distintos diarios de ideología republicana. La formación de la Unión Republicana constituyó el esfuerzo organizativo más relevante del republicanismo de principios de siglo y sus bases constitutivas serían elaboradas por Salmerón. La acción estrictamente parlamentaria seguida por Salmerón no fue aceptada por muchos que continuaban considerando que era preciso dar un golpe de fuerza contra la Monarquía. Los diversos intentos de persuadir a Salmerón para que dirigiese un plan de tipo insurreccional para derribar el régimen de la monarquía fracasaron[21]. La Unión República de 1903 ("Partido de la Unión Republicana", encabezado por Salmerón, Lerroux, Sol y Ortega y Blasco Junoy) sitúa a Salmerón como líder del republicanismo español y permite la confluencia de la mayoría de los grupos republicanos en un partido único[22]. No se olvide que la Unión Republica de 1903 sería junto a la Conjunción republicano-socialista de 1909, los dos intentos más significativos de unificación del republicanismo español. A principios del siglo veinte se consuma la superación del republicanismo histórico por un nuevo republicanismo democrático y moderado dotado de un programa de reforma social[23], y con una orientación más próxima a los partidos de masas. Pero en su larga trayectoria política Salmerón es uno de los grandes protagonistas del republicanismo español hasta la primera década del siglo veinte. Esto ya da una idea sobre la trascendencia histórica de la figura de Salmerón. En realidad, en su republicanismo moderado Salmerón "era radical en ideas y conservador en los procedimientos"[24]. Dentro de la misma

[19] En todo el periodo de la I República el republicanismo se hallaba fuertemente dividido. Se ha advertido que el republicanismo histórico tras veinticinco años de permanecer en la oposición se encontraba extremadamente fraccionado. Desde la I República en 1873 los republicanos aparecían divididos tanto por cuestiones doctrinales –unitarios frente a federales, socialistas frente a individualistas- y de procedimiento –reformistas y revolucionarios- como por enconados enfrentamientos personales entre sus líderes. Por unas u otras razones, el republicanismo de principios de siglo estaba fragmentado en varias agrupaciones políticas numéricamente bastantes restringidas, sin un apoyo social fuerte, excepto en algunos núcleos urbanos. El republicanismo histórico se presentaba tradicionalmente fragmentado en tres agrupaciones políticas: el posibilismo castelariano, que representaba la derecha del republicanismo y tras la obtención del sufragio universal en 1890 quedaba prácticamente disuelto; el republicanismo federal de Pi y Margall, el núcleo más compacto desde el punto de vista doctrinal, y, en el centro del espectro republicano, un mosaico de grupos de diferente adscripción entre los que sobresalían el progresismo de Ruiz Zorrilla y el *centralismo de Salmerón*. Este panorama, en exceso simplificado, conocería a partir de 1895 una redistribución interna de sus fuerzas por la división de progresistas y federales en dos agrupaciones, revolucionaria y evolutiva, respectivamente. Cfr. Suárez Cortina, M.: *El reformismo en España,* Madrid, Siglo XXI editores, 1986, págs.3 y 4. Sobre la ideología del republicanismo federal, véase Hennessy, C.A.M.: *La República Federal en España. Pi y Margal y el movimiento republicano federal 1868-74,* Madrid, Aguilar, 1966, Cap.4, págs.79 y sigs.

[20] De él formarían parte toda la corriente de pensamiento del krausismo reformista: Los hermanos Calderón, Antonio Machado Núñez y A. Machado Álvarez, Odón de Buen, Luis Simarro, J.M.Piernas Hurtado, U. González Serrano, R.María de Labra, Adolfo Posada, etc.

[21] Suárez Cortina, M.: *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII,* Madrid, Siglo XXI, 1986, págs.8-9 y 11.

[22] Véase Martínez López, F.: "La "redención" por el sufragio. La apuesta política de Nicolás Salmerón y Alonso en el cambio de siglo (1890-1903)", en Morales Muñoz, M.(ed.).: *República y modernidad. El republicanismo en los umbrales del siglo XX,* Málaga, Servicio de Publicaciones-Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2006, págs. 61 y sigs., en particular pág.81.

[23] Véase Suárez Cortina, M.: "La quiebra del republicanismo histórico", en Townson, N.(ed.).: *El republicanismo en España,* págs.139 y sigs.; ID.: *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII,* Madrid, Siglo XXI, 1986, págs.22 y sigs.

[24] González Serrano, U.: *Nicolás Salmerón. Estudio crítico-biográfico,* Madrid, Ed.Tipográfico de Ricardo Fe, 1903, págs.20-21.

Unión él pertenecía a la corriente reformista, por contraposición directa a la radical, cuyo exponente más destacado era Alejandro Lerroux, más vinculado al movimiento obrero desde una orientación populista[25]. Su ideario republicano queda perfectamente reflejado en el Manifiesto de 1 de abril de 1880. "La tensión en el interior de Unión Republicana no tardará en reproducirse. La propuesta de Salmerón a los regionalistas catalanes de formar una acción común en defensa de las libertades y contra el separatismo, en cuyo origen está Solidaridad Catalana[26], introdujo un nuevo elemento de discordia entre los radicales y el presidente de Unión Republicana. La negativa de Alejandro Lerroux a formar una alianza con sus rivales catalanistas provocó en el interior de Unión Republicana una grave fisura cuyas repercusiones a plazo medio fueron la expulsión de Lerroux y la formación del Partido Radical. Pero no fue exclusivamente la posición de los radicales lo que debilitó la fuerza de la Unión Republican; otros prestigiosos políticos republicanos como Gumersindo de Azcárate, aunque no realizaron manifestaciones públicas de desaprobación, no se adhirieron a la causa, lo que equivalía a negar el proyecto por omisión. Cuando en junio de 1906 se llevo a cabo un debate parlamentario sobre Solidaridad pudo Melquíades Alvarez afirmar que en el interior de Unión Republicana era tal la variedad de opiniones que él creía que nadie podía hablar sobre ella en nombre del partido". Ello abría una nueva vía de división en el partido de la Unión, entre solidarios y antisolidarios y gubernamentales (señaladamente, Azcárate y Melquíades Álvarez)[27]. La división interna impedía la elaboración de una política unitaria sobre unas bases programáticas del partido. El Partido Radical se funda en 1908 y "Con la muerte de Salmerón en septiembre de 1908, la posterior renuncia de Azcárate a la dirección del partido y la negativa de Joaquín Costa a asumir aquella se demostraban las enormes dificultades por las que pasaba no ya la consecución de una organización común republicana, sino el mantenimiento de las estructuras partidistas previas. En su conjunto, todo aquello venía a representar de una forma transparente la *muerte del republicanismo histórico* del que únicamente quedaban algunas manifestaciones del grupo de Esquerdo y residuales núcleos centralistas. El resto del republicanismo, aunque pervivía en su intento de unión, y como tal Unión Republicana seguiría subsistiendo, se agruparía en torno a proyectos políticos innovadores del escenario republicano: el Partido Radical de Alejandro Lerroux, y después el Partido Reformista de Melquíades Álvarez (1912). Aparte de estos dos Partidos, los federales, mantuvieron su organización, pero en sentido totalmente decreciente. Mientras tanto, la pretensión de formar un bloque de izquierdas (reflejo de la aproximación del republicanismo gubernamental y de los liberales) y más tarde, la creación de la Conjunción Republicano-socialista marcaron la evolución del republicanismo español en los años siguientes[28].

La Conjunción Republicano-socialista nacería en el año 1909, y obedecía a una exigencia electoral y de eficiencia política compartida por ambas corrientes políticas[29]. Esta unión de republicanos y socialistas se insertaba –e incluso puede decirse que se inspiró en gran medida- en las experiencias contemporáneas de colaboración entre ambos movimientos políticos en distintos países, especialmente en Francia (la creación del "Bloc des Gauches" que operó entre 1902 y 1906 entre el Partido Radical y Radical-Socialista, de León Bourgeois y el Partido Socialista Francés de J.Jaurés), Combes y Pelatan y la Alianza Democrática, de Waldeck Rousseau[30]. Se trataba de aplicar

[25] Véase Álvarez Junco, J.: *"El Emperador del Paralelo". Lerroux y la demagogia populista,* Madrid, Alianza, 1990, y su propia revisión, *Alejandro Lerroux. El Emperador del Paralelo,* Madrid, Editorial Síntesis, 2005.

[26] Véase Camps I Arboix, J.: *Historia de la Solidaritat Catalana (1905-1910),* Barcelona, Destino, 1970.

[27] Suárez Cortina, M.: *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII,* Madrid, Siglo XXI, 1986, págs. 14-15.

[28] Suárez Cortina, M.: *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII,* Madrid, Siglo XXI, 1986, págs.18-19.

[29] Véase Robles Egea, A.: "Formación de la Conjunción republicano-socialista de 1909", en *Revista de Estudios Políticos,* núm.29 (1982), págs145 a 161.

[30] Véase Robles Egea, A.: "Socialismo y Democracia: Las Alianzas de Izquierdas en Francia, Alemania y España en la Época de la II Internacional", en *Historia Contemporánea,* núm.3 (1990), págs.117 a 137.

políticas estatales de reformas democratizadoras y de contenido social de viable realización práctica. Sus ideologías subyacentes eran diversas, pero convergentes en principal: el solidarismo francés, el socialismo de cátedra alemán, el socialismo jurídico alemán e italiano (y en parte francés también) y el nuevo liberalismo social inglés[31]. En el ciclo de "larga duración, el reformismo republicano y la deriva reformista del socialismo democrático venían a defender una filosofía socio-jurídica de intervención estatal en materia sociolaboral (manifiestamente inspiradas en las corrientes de pensamiento reformista señaladas), de apoyo a las asociaciones y a la negociación colectiva entre los distintos grupos operantes en el mundo del trabajo. Nuestros Salmerón y Azcárate defenderían este modelo de reforma democrático-social en un sentido "debilitado" (moderado), pues entendían que deberían acometerse desde el organicismo[32] y armonicismo social, sin cambiar radicalmente las estructuras económicas e instituciones jurídicas fundamentales del capitalismo desarrollado. Su idea era domesticar al "capitalismo salvaje" propiciado por el liberalismo individualista a través de la acción política y la expansión del principio de solidaridad entre las clases, las cuales deberían de colaborar entre sí alejándose de luchas estériles (emblemáticas resultan las propuestas de fomento de los mecanismos de autorregulación social y de autocomposición colectiva de los conflictos). De este modo, con el Estado social y el reconocimiento de la autonomía colectiva se trataba de hacer compatibles las medidas de protección de los trabajadores con el mantenimiento esencialmente intacto de las instituciones fundamentales del capitalismo organizado. En este sentido la dedicación a

[31] Me he ocupado de estas corrientes en Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999; Hobhouse: *Liberalismo,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J.L.: "Laski y Hobhouse las trayectorias del liberalismo social inglés", en *Crisis y revisión del liberalismo en el periodo de entreguerras,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, págs. 83-116.
Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, Octubre-Diciembre (2007). También para verificar la influencia penetrante del solidarismo francés, véase Aubert, P. y Temime, E.: "L' influence ideologique et politique de la France en Espagne de la fin du XIXe siècle à la Première Guerre mondiale (1875-1918)", y "France et Espagne dans la seconde moitié du XIXe siècle: le declin d' une influence", en Ëtienvre, P.y Urquijo Goitiaj.R.(eds.): *España, Francia y la Comunidad Europea,* Madrid, Casa Velásquez-CSIC, 1989, págs.57 a 101 y 247 a 263.

[32] Salmerón estuvo muy influenciado por la recepción krausista a través de Ahrens y Sanz del Río. Para él "como todo lo humano sólo vive y prospera en sociedad, exige el cumplimiento de los fines humanos… la formación de asociaciones especiales consagradas a su realización y progresivo desarrollo, las cuales deben constituir un *organismo racional*, viviendo cada una en sí independiente; pero en recíproca influencia con todas las demás". Cfr. Salmerón, N.:*La historia universal..",* cit., pág.17. Esa concepción organicista nunca le abandonaría. E incluso es la que trató de articular en su dilatada carrera política. Es obvio que estaba presente dentro de su *federalismo moderado,* en cuyo marco defendió la legítima existencia de entes autónomos de base territorial (regional o local). También lo estaba respecto a su defensa de una especie de "federalismo organicista" –contrapuesta al federalismo no-orgánico postulado por Pi y Margall- que se reflejó en el Proyecto de Constitución Federal donde se proponía establecer una representación corporativa parar carta de presencia parlamentaria al Municipio, El Estado regional, y el Estado federal o Nación. Salmerón explicitaría su objetivo de instaurar una *República orgánica:* "el ideal de una República orgánica que afirma sólo como subordinadas la autarquía, la soberanía popular, el propio libre movimiento de todos y cada uno de los interiores organismos políticos y sociales del país". Aquí se resumía su propuesta dentro del ala centrista del republicanismo. Cfr. Salmerón, N.: "Discurso sobre la proposición para nombrar un diputado que forme Ministerio", 6-IX-1873, en *Discursos parlamentaros,* Madrid, 1881, pág.341. Entendería Salmerón que la realización del ideal de la humanidad como destino se tendría que realizar paulatinamente: sólo así podrá formarse el libre organismo de instituciones, que corresponde al sistema de fines racionales humanos. Y ello partiendo de la solidaridad de los fines humanos y de la unidad de la sociedad donde, por su fuerza y determinación interior, ha de imperar una mutua interrelación de fines y ámbitos institucionales. Este organicismo enlaza con el mantenido por Ahrens y Giner, cuyo pensamiento social estaba impregnado de organicismo. De ahí su idea de una nación como organismo, su teoría de las personas sociales, el papel de los cuerpos intermedios, etcétera. Véase Giner De Los Ríos, F.: *Principios de Derecho natural,* en *Obras Completas,* vol. I, pág.308; *La política antigua y la política nueva,* 1872, en *Obras Completas,* Vol. V, pág.164; *La teoría de la persona social,* en *Obras Completas,* vol. VIII, pág.56, etcétera. Reeditada, Giner De Los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

las cuestiones sociales de los krausoinstitucionalistas o krausopositivistas fue realmente encomiable y reveladora de resultados productivos, útiles, innegables (aparte de Salmerón y Azcárate, la siguiente generación formada de krausistas reformadores, como Buylla, los Posada -Adolfo y Carlos-, González Serrano, Salés y Ferré, Piernas Hurtado, Leopoldo Palacios Morini[33], Juan Uña[34], etcétera).

La sensibilidad de pensadores como Salmerón, Azcárate y Giner de los Ríos, a "lo social" y la pedagogía ya estaba muy presente en la filosofía idealista alemana de Krause[35], continuada por Heinrich Ahrens. Krause tenía un componente metafísico que sus introductores tradujeron también en una filosofía de razón práctica encaminada a transformar en orden de cosas imperantes.

Giner de los Ríos, como Salmeron y Azcárate, tenían a su modo una filosofía de la praxis[36], un programa de acción, que ha sido calificado por "racionalismo pragmático"[37]. Una razón práctica que les condujo a materializar compromisos políticos, sociales, culturales y educativos en particular. Explícitamente la idea era reintroducir, adaptándola esa filosofía, y transformarla como filosofía de la acción transformadora de nuestro país. Esta filosofía práctica dotaba al krausismo español de sentido de la realidad, pues se atendía a las exigencias históricas concretas y a la articulación de las medidas más adecuadas para afrontarlas. Es decir, *el krausismo liberal incorporaba un completo "proyecto de sociedad",* de reorganización y regeneración ante la crisis existente entre los dos siglos (que en España tendría su especificidad en la crisis del 98, y la profunda crisis social y política del régimen de la Restauración). El eje de esa visión práctica se debe ante todo a Giner de los Ríos, que supo ejercer una influencia basada en convicción y en imbuir a todos los intelectuales que se prestaron a ello de un halo de responsabilidad con la sociedad. Por ello mismo, Giner pudo decir que "la Institución no pretende

[33] 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), págs. 307-358.

[34] Monereo Pérez, J.L: "El liberalismo social krauso-institucionista de Juan Uña Sarthou", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 140 (2008), págs. 795-820.

[35] Ureña, E.: *Krause, educador de la Humanidad,* Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1991, espec., Capítulo VII ("Krause lingüista y pedagogo en Berlín"), págs. 269 y sigs., y Capítulo X ("El nuevo comienzo en Gotinga y el nacimiento del Krausismo (1823-1831), págs. 393 y sigs., donde expone, entre otras cuestiones, "el encuentro de Krause con Fröbel y el Círculo de discípulos incondicionales: el nacimiento del Krausismo"; Ureña, E.: "Fundamentos filosóficos-políticos y realizaciones educativas de la Institución Libre de Enseñanza", en *Cien años de educación en España,* Pedro Álvarez Lázaro (Dir.), Madrid, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2001, donde se pone de manifiesto –y se demuestra que el influjo pedagógico de Krause se expandió por una buena parte de Europa a través de personalidades destacadas (Friedrich Fröbel; Hermann Leonhardi; Paul Hohlfed; Adolf Frankhenberg; Fernando de Castro, Francisco Giner de los Ríos y otros krausistas y pensadores influidos por la pedagogía krausista, en los se percibe las ideas educativas y el impacto de la concepción de la Alianza de la Ciencia y de la Educación; influencia que alcanzó, de manera particularmente intensa, en los inicios y desarrollo de la Institución Libre de Enseñanza y a su modelo pedagógico. Véase también, Vázquez Romero, J.M.: *Tradicionales y moderados ante la difusión de la filosofía krausista en España,* Prólogo de E. Menéndez Ureña, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1998.

[36] Ya Fernando de los Ríos había conectado la filosofía de la acción de Giner de los Ríos con la filosofía de la praxis del pensador italiano Benedetto Croce (que después sería la base de las reflexiones de Antonio Gramsci) y con la pedagogía social de Natorp. Véase Rios Urruti, F.De Los.: *La filosofía del derecho de don Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo* (2016)*,* en *Obras Completas. Vol.I. Libros,* edición de T. Rodríguez de Lecea, Madrid, Anthropos-Fundación Caja de Madrid, 1997, págs. 165-168. Para el pensamiento de Antonio Gramsci, véase Gramsci, A.: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el estado moderno*, edición y estudio preliminar, «El espacio de lo político en el pensamiento de Antonio Gramsci», por José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018; Gramsci, A.: *Materialismo histórico, filosofía y política moderna*, Estudio Preliminar, "La construcción de la hegemonía en Gramsci: la política como lucha por la hegemonía" (pp. IX-CL), por José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2017. Sobre Benedetto Croce y su tiempo, consúltese Bobbio, N.: *Perfil ideológico del siglo XX en Italia,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989, espec., págs. 120 y sigs., y 225 y sigs., *passim.*

[37] López-Morillas, J.: *Racionalismo pragmático. El pensamiento de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Alianza Editorial, 1988, pág. 11.

limitarse a instruir, sino cooperar a que se formen hombres útiles al servicio de la Humanidad"[38]. De ahí la relevancia que otorgaba a la pedagogía social –formadora de personas librepensadoras y críticas-, y una política del Derecho, que haga frente a las exigencias cambiantes de la vida en la sociedad; un política del Derecho comprometida con la transformación con objetivos programáticos concretos yendo más allá de la metafísica abstracta; el ideal de la Humanidad debería ser materializado a través de la razón práctica y la llamada a la acción. Uno esos problemas era el "problema social" (la cuestión social de su tiempo), como también la lucha contra la ignorancia y el inmovilismo desde la defensa de una democracia pluralista y tolerante por naturaleza. Debería establecer medidas institucionales y jurídicas para resolver la pobreza, la miseria social de las clases populares a través de acciones positivas del Estado encaminadas a garantizar la justicia social[39] y de las organizaciones autónomas de la propia sociedad civil. Para ello rechaza tanto el liberalismo doctrinario individualistas como el socialismo radical que neutralizaría la libertad del individuo e impediría una esfera pública con una sociedad civil activa y pensante. En este sentido asumía en gran medida los postulados inherentes al *self-government* o autogobierno de la sociedad estructurada orgánicamente como cuerpo social (desde las estructuras locales a las centrales; desde las organizaciones profesionales hacia las organizaciones políticas parlamentarias, propias del Estado de partidos). De este modo, el concepto de *self-government* refleja el pluralismo político, social y jurídico, pues a través de él se reconoce a los distintos grupos y colectividades sociales que existen en sociedades complejamente estructuradas. Reconoce al Estado como la comunidad jurídica y orden del derecho mismo en la vida y asimismo como elemento de integración –pero no confusión- de las distintas esferas autónomas en las que se organiza la sociedad. Su ideal de Estado es una instancia política orgánica que debe garantizar la cohesión y promover la armonía social, pero que no debe absorber a los individuos ni a la sociedad civil en sus distintas esferas[40]. Para Giner de los Ríos se trataba de "unir más íntimamente la sociedad a la universidad (…) abriendo sus aulas a conferencias públicas, instituciones de cultura, como la Asociación para la Enseñanza de la Mujer, las de estudiantes, las clases para obreros, sociedades científicas, etc."[41].

Ese liberalismo armónico democrático, se evidencia ya en la introducción a la revista "La Razón" que en 1860 había escrito Francisco de Paula Canalejas y entraría en directa confrontación con el tradicionalismo y con el liberalismo moderado. El liberalismo krausista es organicista y armónico, cree en la existencia de un orden natural y en la posibilidad de establecer una conciliación entre ideales e intereses diversos, superando así los conflictos que fracturan a la sociedad moderna. La política es un instrumento fundamental para contribuir a esas soluciones armónicas de los conflictos y moralizar las relaciones sociales. No se trataba tan sólo de proteger (mediante medidas públicas laborales, asistenciales o de previsión social), sino de producir e infundir una nueva moral colectiva y solidaria, alternativa al individualismo y al socialismo colectivista. La solución de la *cuestión social debe producirse sobre la base de una nueva moral que genere un deber social* no sólo vertical del Estado intervencionista (Estado tutelar o Estado protector), sino también dentro de una sociedad civil más vertebrada y orgánicamente organizada.

Las intervenciones sobre la cuestión social han de ser realizadas de forma orgánica, consensuadas entre todos los actores públicos y privados implicados, a fin de instrumentar una *política social* capaz de resolver de manera eficiente los problemas político-sociales planteados, superando las insuficiencias de las respuestas del orden liberal. Ello suponía nuevas formas de "gobierno de lo social" –una *solución "interna"* del régimen del liberalismo establecido y revisado-, que partía de la

[38] Giner De Los Ríos, F.: *Ensayos,* edición y selección de Juan López-Morillas, Madrid, Alianza editorial, 1969, pág. 116.

[39] Salmerón Y Alonso, N.: "Necesidad de fijar la idea de Justicia", en *La Justicia Social. Revista Republicana,* núm. 2 (12-VIII-1869).

[40] Giner De Los Ríos, F.: *Estudios jurídicos y políticos,* en *Obras completas,* Vol. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921, págs. 112 y sigs. *passim*

[41] Giner De Los Ríos, F., en *Obras completas,* Vol. II. *La Universidad española,* Madrid, La Lectura, 1916, pág. 27.

centralidad política de "lo social" y de la necesidad de establecer cauces institucionales y jurídicos de neutralización pacífica de los conflictos sociales derivados de la desigualdad real en una sociedad fundada sobre la igualdad formal. Lo cual se traducía en un replanteamiento del enfoque del liberalismo individualista clásico, según el cual la armonía social se podría obtener con base al juego espontáneo de los mecanismos propios del "orden natural" de las sociedades. Era preciso re-situar el lugar de la política en la sociedad en el sentido de "moralizar la política" pública de intervención en la esfera social. El reformismo partía de la posibilidad de reconciliar el Estado y la Sociedad sobre la base de acentuar y reformar los vínculos de solidaridad orgánicos emergentes en la sociedad y que se habían fracturado por el individualismo liberal. El organicismo social reformista estaba vinculado a la teoría del orden natural de las sociedades industriales; un orden natural que debería se *reconstituido* desde el punto de vista político y jurídico, a través de la construcción de nuevos vínculos de solidaridad orgánica. Hay que tener en cuenta que el organicismo ha tenido distintas plasmaciones en la historia del pensamiento político y social[42]. Ha presentado un enfoque decididamente democrático en ciertas corrientes de pensamiento (liberalismo social en general; krausismo liberal social; socialismo Fabiano, socialismo jurídico, socialismo de cátedra, socialismo democrático-social, catolicismo social)[43]. En

[42] Por supuestos que el organicismo, combinado o no con el corporativismo, ha tenido proyecciones autoritarias (iliberales y antidemocráticas) no sólo en el plano teórico, sino también la praxis política. En este enfoque y praxis política, el organicismo (sobre todo en su combinación con el corporativismo) partía de la supresión del régimen democrático parlamentario; del sistema de partidos (aspecto, éste, esencial a la democracia representativa constitucional); de la supresión del pluralismo político, social y asociativo (los sindicatos eran –de ordinario- desnaturalizados completamente como corporaciones de Derecho público); prohibición del ejercicio. El paradigma viene constituido por el fascismo italiano y, entre nosotros, por el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L., "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; Monereo Pérez, J.L.: "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), págs. 261-283. De manera mucho más matizada es la posición de algunos pensadores como Praxedes Zancada, como puede comprobarse en Monereo Pérez, J.: "Praxedes 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". *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *26*, (2021) 283-315. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/456

[43] Véase, paradigmáticamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 73 y sigs., y 104 y sigs. ("La teoría organicista del Estado y su especificidad en el pensamiento de Adolfo Posada"), y 176 y sigs. ("La "democracia orgánica" liberal y la defensa de la democracia liberal "adaptada""); Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Rios,* Barcelona, Atelier, 2023, espec., págs. 33 y sigs. ("Filosofía social y reformismo: liberalismo orgánico y republicanismo político"); Monereo Pérez, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín,* Granada, Comares, 2010, espec., Capítulo 1 ("La vertiente reformista de la derecha moderada: Sanz y Escartín"; ""El ambiente la época. Emergencia del Catolicismo Social con la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII"; "Concepción de la cuestión social. La base económica de la cuestión social y su carácter más complejo [ético o moral, cultural o educativo…]"), Capítulo 3 ("Las soluciones a la cuestión social. La política del reformismo social católico conservador"), y Capítulo 4 ("La ideología jurídica del catolicismo social y la construcción del Estado social"), págs. 116 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "Cuestión social y catolicismo social conservador: El pensamiento reformista de Sanz y Escartín", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 149 (2011), págs. 5-57; Hobhouse, L.T.: Liberalismo, edición crítica y estudio preliminar., "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites; Leonard Trelawney Hobhouse", a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007; 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, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Laski, H.J: *La libertad en el Estado moderno*, revisión, edición y estudio preliminar, "Harold J.Laski y las trayectorias del socialismo democrático inglés", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; Monereo Pérez, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 11(1), (2021), 298-377. DOI: https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426

este marco la concepción organicista del Estado y del Derecho o la referencia en el krausismo liberal social a la "democracia orgánica" cabe subrayar que ésta forma política no se concebía como una alternativa a la democracia representativa, sino como un complemento de la misma (considerado necesario precisamente para fortalecerla), llamada a buscar la unidad en la diversidad o pluralidad de intereses político-sociales. Ahí se inserta la teoría de la "doble cámara". La concepción orgánica de la democracia es la que inspiró la idea de una república política y social como *unitas multiplex* (pluralismo de ideas, valores, intereses y también atendiendo a la perspectiva antropológica del ser humano en una sociedad democrática) en pensadores del krausismo social-liberal democrático como *Salmerón*, Azcárate, Giner de los Ríos, Adolfo G. Posada, Adolfo Álvarez Buylla, Leopolo Palacios Morini, y después a krausistas iusocialistas como Ricardo García Ormaechea (que en su etapa madura derivaría hacía una corporativismo más comprometido con el régimen autoritario del General Primo de Rivera)[44], Fernando de los Ríos y Julián Besteiro. Se proponía, en esa tradición del krausismo institucionista –y por lo que aquí interesa por Salmerón en particular- una *vía intermedia* (liberalismo social organicista) entre el individualismo liberal –individualismo posesivo o propietario- y el socialismo colectivista (señaladamente en su formulación de la tradición del marxismo histórico). ¿Qué es lo que queda hoy de esa concepción organicista o neocorporatista democrática? Queda, en gran medida, el fundamento político y filosófico de la creación de estructuras institucionales de representación de intereses (Consejos técnicos parlamentarios, segundas cámaras representativas, etcétera, Consejos Económicos y Sociales, Consejos de Relaciones Laborales, estatales, regionales o autonómicos, y, en general, un sinnúmero de mecanismos de participación y representación de intereses de grupos, corporativos o de carácter sindical. Se percibe la sociedad del capitalismo tardío como una sociedad dotada de vida plural, con una sociedad civil activa y una esfera de opinión pública robusta[45].

Se pretendía "moralizar" la política e introducir la ética en la economía, en la confianza de que esta "reforma moral" (con su reciprocidad de derechos y deberes; un haz de "obligaciones mutuas"; "mutualizadas") restableciera la armonía perdida correspondiente al orden orgánico –"natural"- de las sociedades civilizadas. Es este el modo de pensar en el que se despliega la crítica social reformista, y en particular el reformismo republicano. Los reformistas krauso-institucionistas concebían que el objetivo esencial de la política y del Derecho era ayudar a los más débiles, a los más desfavorecidos, aunque no se opusieran a la economía de mercado. Pensaban, no obstante, que no se podía contar con el mercado para que se realizase el valor de la justicia. Por ello tiene que ser el Estado –junto con la autoorganización de la sociedad civil a través de estructuras asociativas- el que tendría que regular el mercado para conseguir que los más pobres también tengan una oportunidad efectiva, pues la economía de mercado permite crear riqueza pero nunca ha sido suficiente para crear una

[44] Monereo Pérez, J.L: "García Ormaechea, R. (1876-1938): Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 14 (2018). https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/279

[45] Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova/Aranzadi, 1999, espec., Capítulo IV.2. ("Participación institucional de tipo corporativo "débil". El modelo de consejo económico y social"; "Orígenes del modelo de "Consejo económico": una aproximación histórico-crítica a la construcción político-jurídica del paradigma "consejista" institucional en la economía nacional"; "El modelo de Consejo Económico y Social: Modelo constitucional modelo legal"), págs. 74-109. Puede consultarse, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., Capítulo I ("La concepción pluralista del Derecho: perspectivas filosófica y sociológica"), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa"), págs. 157 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., págs. 127 y sigs., 141 y sigs., y 161 y sigs. Para el desarrollo histórico, puede consultarse 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, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CL.

sociedad civilización, ni siquiera para crear una sociedad que se humanamente aceptable. Se necesita que el Estado se ocupe de garantizar aquellos bienes que no deben ser dependientes del mercado, sino objeto de desmercantilización[46]. En el fondo creían en la libertad como no dominación y como autogobierno; la potenciación de ciudadanos virtuosos y políticamente activos; la instauración de un sistema de gobierno público que se comprometiera de modo activo a impulsar las condiciones político-institucionales y la independencia de las personas, precisamente como pilar necesario para generar ciudadanos comprometidos con los intereses públicos y dotados de una moralidad imprescindible para el funcionamiento de la comunidad. En esta línea de pensamiento la libertad exige una organización del sistema político no basada en la dominación del individuo, pero también una cierta interferencia pública en su vida para crear las condiciones materiales para su libre desenvolvimiento (educación, mecanismos de satisfacción de las necesidades sociales mínimas dentro de una política de bienestar público, etc.)[47].

La política no se agota en el Estado, pero éste no aparecería en el liberalismo krausista originario como un Estado intervencionista, sino más bien una instancia política encaminada a crear las condiciones adecuadas para que los individuos desarrollen sus potencialidades en la sociedad. Estado y sociedad deben permanecer como esferas separadas. Su visión de la sociedad orgánica no era precisamente "estatalista", sino concebida como una entidad separada de la realidad estatal; esto es, como un organismo dotado de vida propia. De ahí su oposición básica a las concepciones contractualistas que pretendían explicar el origen de la sociedad como resultado de un pacto consciente entre individuos co-asociados con particulares intereses egoístas (Hobbes; Rousseau). En virtud de un principio de orden natural en el desenvolvimiento social se explica la intrínseca sociabilidad del hombre. Sin embargo, ese orden natural no es estático ni mucho menos invariable por la acción reformadora del hombre, que puede llegar a la defensa de la legitimidad de la revolución, ante una situación de gobierno autoritario que impida el libre desenvolvimiento de la sociedad (*self-government*). Es el caso de la revolución de septiembre de 1868, aunque apartándose de sus excesos[48].

[46] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996, espec., págs.27 y sigs.; 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 (1995). Se ha hablado también de "intercambios obstruidos" para referirse a aquellos bienes substraídos a la esfera mercantil de intercambios. Véase Walzer, M.: *Las esferas de la justicia,* México, FCE, 1993.

[47] Véase Pettit, P.: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Barcelona, Editorial Paidós, 1999, págs.25 y sigs.

[48] Véase Giner De Los Ríos, F.: "El viejo liberalismo", en *La Época,* 2 de noviembre de 1868, págs.2 y 3. La desconfianza hacia el hecho revolucionario, al que opondría la evolución lenta presidida por el racionalismo armónico, se reflejó pronto, como se puede comprobar en su ensayo "La juventud y el movimiento social (1870)", en *Obras Completas,* t. VII, Madrid, Espasa-Calpe, 1922, pp.101 a 126.
En el pensamiento de Giner de los Ríos influye tanto la doctrina germánica como la doctrina anglosajona en el campo de las ciencias sociales y jurídicas; ambas fueron estudiadas por él. En su concepción del enseñanza y de la ideal del Derecho Social, que le fue especialmente próxima, el influjo es ante todo germánico. Puede consultarse, en general, para el ambiente de la época que conocía perfectamente Giner, Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y sistema del Derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición y traducción de directa del francés y estudio preliminar, "La idea del Derecho social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch", a cargo de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005, LV+782 pp., espec., capítulo cuarto (sobre la idea del Derecho Social en Alemania), págs. 549 y sigs. Don se sitúa la teoría jurídica de Ahrens, Röder y en la teoría económica, K. Marlo y Schäffle, y el jurista austriaco, Lorenz von Stein. Asimismo, véase *Ibid*., Capítulo quinto "(sobre la teoría del Derecho Social y las personas colectivas complejas de Otto von Gierke), págs. 591 y sigs. El movimiento de ideas despertado por la escuela krausista y germanista ha recibido en la ciencia económica alemana una aplicación particularmente interesante y valiosa en el esfuerzo de un pensador original, muy implicado en los sucesos de 1848 y gran conocer de la doctrina socialista francesa: Karl Marlo, que estuvo directamente influido por Krause. Marlo defendiendo la instauración de una república política y "social". El se llamó así mismo social-democrática. Marlo opone especialmente la democracia social y la democracia política. Defiende el establecimiento de una "Parlamento social", junto al "Parlamento político". Señala Marlo que esta "constitución social" debe ser federal. La idea de

Pero la revolución política es sólo un recurso excepcional, pues el krausismo liberal apostaría por una política de transformación gradual y de reforma pacífica del orden existente, incluso durante el período de la Restauración. Se trata de impulsar las fuerzas naturales del progreso de la humanidad. La historia tiene un sentido que cabe desvelar (descubriendo sus las leyes de desarrollo social) e impulsar (a través de la acción de la sociedad vertebrada en estructuras intermedias[49] y del Estado creando las condiciones indispensables para llevar a cabo dicha acción consciente). En el pensamiento krausista la historia conduce a la Alianza de la Humanidad, en la "armonía universal con Dios".

Fijado científicamente el ideal lo que habría que favorecer es la senda del progreso conducente a su plena realización. En gran medida, Giner de los Ríos aparece como uno de los inspiradores originarios de la actitud krausopositivista e introductor de una concepción científica de la Psicología y de la Sociología[50]. Aunque esa actitud krausopositivista encontraría su defensa más explícita y acabada en Salmerón[51], Urbano González Serrano[52], Manuel Sales y Ferré[53], Adolfo Posada[54] y Adolfo González Buylla (más próximo al "socialismo de catedra" y al socialismo democrático-liberal).

organismo ético juega un papel central por influencia de Krause-Ahrens. Para él el orden social es un organismo no menos firme ni menos importante que el orden político (manifestación del poder estatal). Marlo defiende un sistema orgánico: el sistema del federalismo social o del "panpolismo", que destruye en su raíz incluso cualquier posibilidad de monopolio económico o jurídico. El federalismo social, que es para él el "socialismo verdadero", debe realizarse mediante la institución de los cuerdos de oficios que se unirían para formar una organización económica global, y se distinguirían de las corporaciones medievales por medio del carácter igualitario y libre de sus constituciones. Toda esta organización federal de la Sociedad Económica se opone claramente al Estado, como a un cuerpo totalmente diferente. Cada uno de los cuerpos tiene sus órganos propios, su poder ejecutivo particular, su Parlamento especial. Un Parlamento político y un Parlamento social diferenciados. El nuevo derecho societario o federativo está llamado, en particular, a poner fin al poder de los empleadores sobre los trabajadores, que es la especie de poder más opresora y cuya acción se hace sentir de una forma mucho más intensa que la del poder político. Cfr. Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y sistema del Derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición y traducción de directa del francés de la edición original y estudio preliminar, "La idea del Derecho social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), a cargo de J, L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, págs. 559-569.

[49] Para las más serias dudas sobre un supuesto "sentido de la historia", véase Löwith, K.: *El sentido de la historia. Implicaciones teológicas de la filosofía de la historia,* Madrid, Aguilar, 1973; Löwith, K.: *Historia del mundo y salvación. Los presupuestos teológicos de la filosofía de la historia,* Buenos Aires, Katz Editores, 2007; Löwith, K.: *El hombre en el centro de la historia. Balance filosófico del siglo XX,* Barcelona, Empresa Editorial Herder, 1998.

[50] Abellán, J.L.: *Liberalismo y romanticismo (1808-1874),* t. IV, Madrid, Espasa-Calpe, 1984, pág.518.

[51] Véase Monereo Pérez, J.L.: "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", Estudio Preliminar a Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007, págs. VII-XLVI.

[52] Véase González Serrano, U.: *Psicología fisiológica,* Madrid, Lib. De Fernando Fe, 1886; ID.: *Crítica y Filosofía,* Madrid, Biblioteca Económica y Filosófica vol. XLI, Madrid, Impr. de R. Angulo, 1888.

[53] Véase Nuñez Encabo, M.: *Manuel Sales y Ferre: Los orígenes de la sociología en España,* Madrid, Edicusa, 1976; Jerez Mir, R.: *La introducción de la sociología en España,* Madrid, Editorial Ayuso, 1980.

[54] Véase Laporta, F.J.: *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español,* Madrid, Edicusa, 1974; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. La expresión "krausopositivismo" fue utilizada por Adolfo Posada por vez primera en su ensayo "Los fundamentos psicológicos de la educación según el Sr. González Serrano", en *BILE,* núm.16 (1892), pág.4. Sin embargo, conviene anotar que esa forma de positivismo no se tradujo en absoluto en el ámbito jurídico como positivismo legalista y formalista. El antiformalismo es un rasgo caracterizador de Giner de los Ríos y Posada; y en gran medida de los juristas más avanzados de la corriente plural del Krausismo español (deudor del pensamiento de Krause, pero también renovador de su filosofía y teoría del Derecho). Véase, paradigmáticamente, Giner De Los Ríos, F.: *Acerca de la función de la Ley,* Madrid, 1932 (publicado en francés en la *Revue Internationale de sociologie,* París, número de Agosto-Septiembre, 1908), págs. 23-49.
Véase Nuñez, D.: *El darwinismo en España,* Madrid, Castalia, 1969; Nuñez, D.: *La mentalidad positiva en España: Desarrollo y crisis,* Madrid, Júcar, 1975. La deriva del krausismo hacia el positivismo es perceptible en obras muy significativas, tan sólo entre los krausistas ofreció una particular resistencia a esa deriva Tiberghien. Véase Tiberghien, G.: *Introducción a la filosofía y preparación a la metafísica. Estudio analítico sobre los objetos fundamentales de la ciencia. Crítica del positivismo,* trad. Vicente Piñó y Vilanova, Madrid, Imprenta de la Revista

En ese contexto, Francisco Giner de los Ríos (Ronda, 1839-Madrid, 1919) tuvo un papel determinante, actuando como renovador cultural e inspirador político, en la estela de renovación del pensamiento krausista, incorporando las aportaciones de Ahrens y Röder. Por lo demás, incorporó en lo que pudo, "no sólo nuevos elementos tomados de Schäffe, Hobhouse o Gram. Wallas que le llevaban a la sociología, sino que resaltaba los vínculos que le unían con San Agustín, Spinosa, Leibniz, Kant, Schelling y Savigny"[55].

El tipo de krausismo que forjaron hombres como Julián Sainz del Río, Nicolás Salmerón, Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Fernando de Paula Canalejas, Emilio Castelar, etcétera (como después, a su estela, todo el llamado "Grupo de Oviedo", con figuras tan destacadas por Adolfo Posada, Adolfo Buylla, Rafael Altamira, entre otros, que en una nítida inflexión evolucionarían hacia el liberalismo social) era un krausismo liberal y de fuerte impregnación organicista. Es evidente que no todo el krausismo español tuvo esa caracterización. Existió también un krausismo diferente, de tipo conservador[56]. El krausismo liberal[57] progresista es un krausismo que defendería ciertas formas de democracia frente a la dictadura y el sistema del Antiguo Régimen Absolutista. Llevaría a la práctica política el ideario de la filosofía krausista, desde la esperanza y la confianza en la superación de las adversidades para construir una humanidad libre formada por individuos dotados de una formación integral para ser ciudadanos críticos (hombres y mujeres en plenitud de capacidades y derechos)[58]. La primera "cuestión universitaria" se produce en 1867, y terminó, como es sabido, con la expulsión de Julián Sanz del Río de su cátedra. En realidad, Giner y el krausismo, a pesar de su defensa de un liberalismo moderado, padecerían durante largo tiempo de su trayectoria persecuciones ideológicas y políticas, con imputación de connotaciones peyorativas que se dejaron sentir en nuestra historia

de Legislación, 1875; *Krause y Spencer,* Madrid, Fernando Fe, 1883; Tiberghien, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* Madrid, Lib. De Fco. Góngora, 1875, con "Apéndice" de Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano, traductores de esta obra; Salmerón, N.: "Prólogo" a la obra de Giner, Hermenegildo.: *Filosofía y Arte,* Madrid, Editorial: Imp. de M. Minuesa de los Ríos, 1878. Sobre Tiberghien, véase Hasquin, H.: "Tiberghien, discípulo de Krause: librepensamiento y Teísmo en la Bélgica del siglo XIX", en Álvarez Lázaro, P. (ED): *Librepensamiento y secularización en la Europa contemporánea,* Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1996, págs. 129 y sigs.

[55] Pérez-Prendes, J.M.: "Las ciencias jurídicas", en *La edad de plata de la cultura Española (1898-1936),* vol.II., *Historia de España Menéndez Pidal,* dirigida por J.Mª. Jover Zamora, Madrid, Espasa-Calpe, 1999, págs.339 y sigs., en particular, pág.356.

[56] Véase Capellán De Miguel, G.: "El primer krausismo en España: ¿Moderado o Progresista?", en págs.169 y sigs.; Suárez Cortina, M.(ed.): *Las máscaras de la libertad. El liberalismo español 1808-1950,* Madrid, Marcial Pons, 2003; ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[57] El krausismo tampoco fue una filosofía menor, a pesar la extendida posición en contrario. Desde el punto de vista jurídico realizó aportaciones importantes, y desde el punto de vista político se vinculada (sobre todo en Ahrens) con una versión del liberalismo democrático de sentido social y no individualista (liberalismo social orgánico). Lo que fácilmente se resolvía en la defensa de procesos de democratización y del reformismo político-social. De ahí que su doctrina iusnaturalista se resuelva en un Estado positivo que interviene en una sociedad orgánicamente estructura, pero sin absorberla. Fue, en realidad, un fenómeno de dimensiones europeos, y de especial calado en nuestro país. Véase Ureña, E.M.y Álvarez Lázaro, P. (eds.): *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* Madrid-Universidad Pontificia de Comillas, 1999.

[58] Giner De Los Ríos, F.: "Mi pesimismo", en *Alma Española,* año II, núm. 14-Madrid, 7 de febrero de 1904, poniendo de manifiesto la superación del estado de situación de nuestro país y la aportación de la Institución Libre de Enseñanza a la educación y a la "ética pública"; despertando la energía siempre latente en las raíces de la sociedad; la capacidad de energía del pueblo ("la masa"), "los de abajo", los cuales se lanzan tras el ideal, con esfuerzo cada vez más pujante, apenas les llega un rayo de luz. Y a ello contribuye la educación: a crear un "*Sentido* ideal, no meras *ideas*"; una tensión de espíritu; y aun del hombre todo, cada vez más hacia arriba y hacia adentro, para formar y derramar a un tiempo la persona, del modo más enérgico posible; y derramarla, no en la contemplación, sino en la acción, que pondrá en cada cual y en todos un reino divino, cierto que de luz, pero al par, y no menos, de calor, de energía…*Éste es el camino*. Más lento, o más rápido; ¿Quién sabe? Lo único seguro es que no hay otro. *Por él, hay esperanza*. A juzgar por lo lejos que todavía estamos del principio, conviene advertir que a largo plazo". Con este termina su reflexión hecha en plena madurez (la realiza en el año 1904).

contemporánea. En una perspectiva de conjunto, se puede afirmar que el krausismo no fue un simple repertorio de ideas abstractas, ni tampoco un círculo intelectual que pueda ser clasificado en rígidos moldes de una escuela filosófica. Como fenómeno histórico-cultural, el krausismo aparece como un rico y dilatado movimiento humanista, que trató de renovar el viejo reformismo español; supuso la cristalización de un compromiso, expreso o tácito, que hombres de distintas tendencias políticas, filosóficas y religiosas, adoptaron respecto a los valores de la modernidad, con la finalidad de llevar a cabo una modernización y regeneración de la vida nacional en sus más variadas manifestaciones[59]. La misma Institución Libre de Enseñanza (fundada el 10 de marzo de 1876, junto con los catedráticos destituidos Montero Ríos, Figuerola, Salmerón, Moret, Azcárate, Linares y Calderón) suponía un repliegue de los krausistas republicanos para intentar lleva a cabo en un ambiente adverso su proyecto de reforma social y de progreso de los hombres. La ILE era el instrumento pedagógico ideado para la formación de hombres, como base a un ambicioso proyecto de regeneración social[60]. Ya desde el triunfo de la Revolución de septiembre de 1868 [la conocida como "Revolución Gloriosa"; que dio inicio al período denominado Sexenio Democrático (1868-1874)][61] los krausistas se implicaron en el proceso de reformas políticas, sociales y culturales (Nicolás Salmerón[62], Gumersindo de Azcárate[63],

[59] Heredia Soriano, A.: "El krausismo español (Apunte histórico-bibliográfico)", en *Cuatro ensayos de historia de España,* Madrid, Edicusa, 1975.

[60] Véase, en general y por todos, Cacho Viu, V.: *La Institución Libre de Enseñanza. I. Orígenes y Etapa Universitaria (1860-1881),* Madrid, Ediciones Rialp, 1962.

[61] López-Cordón, M. V.: *La revolución de 1868 y la I República,* Madrid, Siglo XXI, 1976; De la Fuente, G.: *Los revolucionarios de 1868: élites y poder en la España liberal,* Madrid, Marcial Pons, 2000; Fontana, J.: *La época del liberalismo*. Vol. 6 de la *Historia de España*, dirigida por Josep Fontana y Ramón Villares, Barcelona, Crítica-Marcial Pons, 2007; Fuentes, J.F.: *El fin del Antiguo Régimen (1808-1868). Política y sociedad,* Madrid, Síntesis, 2007;

[62] Véase Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición crítica y estudio preliminar, "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón" (pp. VII-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007. Nicolás Salmerón y Alonso y Eduardo Chao Fernández (que fue un gran amigo de Salmerón y ex Ministro de Fomento en la Primera República) habían redactado un "Proyecto de bases de la Constitución Federal", presentado a la Asamblea del partido republicano-federal, celebrada en 1872, el cual incluía la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y religión, el derecho a la instrucción elemental y la libertad de enseñanza, entro otras libertades y derechos. Véase PI Y Margall, F. y Pi Y Arsuaga, F.: *Historia de España en el siglo XIX,* Tomo 5, Barcelona, 1902, págs. 357-364. Nicolás Salmerón se ocupó de la educación en varios artículos. Así, Salmerón Y Alonso, N.: "La Universidad en el Estado", en *La enseñanza, revista general de instrucción pública y particular del Archivos y Bibliotecas (10-XII-1865).* Véase Heredia Soriano, A.: "Nicolás Salmerón: Base bibliográfica para su estudio con algunas cartas inéditas"*, en* Cuadernos Salmantinos de Filosofía (1982), págs. 117-146. Véase Salmerón Y Alonso, N., y Chao, E.: *Proyecto de Bases de la Constitución Republicano-Federal de España,* Presentado a la Asamblea Federal de 1872, por Nicolás Salmerón y Alonso y Eduardo Chao, Miembros de la Comisión nombrada en la de 1874, y actuales Ministros de Justicia y Fomento (Madrid 7 de Marzo de 1872, La Subcomisión, N. Salmerón y E.Chao), Madrid, Imprenta de R. Labajos, Calle de la Cabeza, 27, 1875.
Asimismo, consúltese, Salmerón Y Alonso, N.: *La Historia Universal tiende desde la Edad Antigua hasta la Edad Media y la Moderna a restablecer al hombre en la entera posesión de su naturaleza y en el libre y justo ejercicio de sus fuerzas y relaciones para el cumplimiento del destino providencial de la Humanidad,* Madrid, 1864. Reeditada, Santander, Introducción de G. Capellán de Miguel, Universidad de Cantabria, 2008.

[63] Explícitamente lo indica Azcárate, G.: *Minuta de un testamento. Publicada y anotada por W…,* Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1876, pág. 83. Pero no fue sólo eso, sino que durante el sexenio revolucionario democrático los krausistas tuvieron un papel importante en la política universitaria. Fernando de Castro, fue rector de la Universidad de Madrid nombrado por la Revolución. Se trata de avanzar hacia una enseñanza libre y de calidad a través de una reforma educativa de gran envergadura. Así lo planteó Fernando de Castro en su "Discurso de apertura del curso académico 1868-1869", en *Boletín-Revista de la Universidad de Madrid,* año I, t. I, núm. 1, 1869, págs. 22-30, en particular pág. 27. Véase Martínez López, F.; "Los krausistas en la política del sexenio democrático", en *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos. Nuevas perspectivas. 1. Reformismo liberal. La Institución Libre de Enseñanza y la política española,* Edición de Javier Moreno Luzón y Fernando Martínez López, Madrid, Fundación Francis Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza]/Acción Cultural Española (AC/E), edición al cuidado de Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 2012, págs. 41 y sigs.; CAPELLÁN, G.: *La España armónica. El proyecto de krausismo español para una sociedad en conflicto,* Madrid, Biblioteca

Fernández de Castro y el mismo Francisco Giner de los Ríos, entre otros, defendiendo la instauración de un régimen democrático, los derechos de libertad de enseñanza y la libertad de la ciencia llamada a tener un papel central en el desarrollo de la sociedad al que deben orientarse las universidades[64]). Y ese compromiso intelectual como hombres de acción continúo después con la Primera República Española (Nicolás Salmerón fue Presidente de la Primera República, y tuvo un gran protagonismo parlamentario)[65] y prosiguió a pesar de las dificultades establecidas durante toda la etapa del régimen autoritario de la Restauración Monárquica (desde 1874 hasta 1923 en que se implantó a través del golpe de Estado militar la dictadura del general Primo de Rivera; interviniendo decisivamente en la Comisión de Reformas Sociales, en el Proyecto de Creación del Instituto del Trabajo y la creación del Instituto de Reformas Sociales, el Instituto Nacional de Previsión, etcétera).

Ese liberalismo armónico democrático, se evidencia ya en la introducción a la revista "La Razón" que en 1860 había escrito Francisco de Paula Canalejas y entraría en directa confrontación

Nueva, 2006. Antes las propias discrepancias de los constructores de la Primera Repúblicas y la deriva de ésta, era previsible el uso habitual en la época de la técnica del golpe de Estado militar. Y efectivamente el golpe del general Pavía suprimió la República y pronto se daría inicio al régimen de la Restauración Monárquica, y la radical separación de los krausistas social liberales y republicanos sociales del poder de influencia para proceder a una necesaria transformación de la sociedad de finales del siglo XIX; una transformación que era necesaria en todos los ámbitos (economía, régimen político, orden democrático, sistema educativo) ante una sociedad en decadencia, que pronto vería también la crisis de 1898 y la desaparición de España como potencia mundial. Finalmente se volvería a una nueva modalidad de "liberalismo autoritario". Se pasó de un tiempo de esperanza (la Primera República, 1873-1874) a una larga etapa de frustración. Una perspectiva de conjunto, en Fontana, J.: *La época del liberalismo. Vol. 6. Historia de España,* dirigida por Josep Fontana y Ramón Villares, Barcelona, Crítica/Marcial Pons, 2007, espec., págs. 315 y sigs., 351 y sigs., y 385 y sigs. Significativamente un factor importante del fracaso del sistema liberal residía en el *fracaso de la educación pública* (*Ibid.*, págs. 425-435. Sobre la revolución de 1868 y la Primera República, 1868-1974, puede consultarse Serrano, R. (ED): *España, 1868-1874. Nuevos enfoques sobre el sexenio democrático,* Valladolid, Junta de Castilla y León, 2002; Piqueras, J.A.: *La revolución democrática, 1868-1874. Cuestión social, colonialismo y grupos de presión,* Madrid, Ministerio de Trabajo, 1992; De La Fuente, G.: *Los revolucionarios de 1868. Élites y poder en la España liberal,* Madrid, Marcial Pons, 2000; Costas Comesaña, A.: *Apogeo del liberalismo en la Gloriosa. La reforma económica en el sexenio liberal (1868-1874),* Madrid, Siglo XXI, 1988; Hennessy, C.A.M.: *La República federal en España. Pi y Margal y el movimiento republicano federal,* Madrid, Aguilar, 1967. Otra perspectiva de la Revolución española de 1868 en su contexto internacional, López-Cordón, M.V.: *El pensamiento político-internacional del federalismo español,* Barcelona, Planeta, 1975; López-Cordón, M.V.: *La revolución de 1868 y la I República,* Madrid, Siglo XXI, 1976; Lida, C.E.y Zavala, I.M. (Selección): *La revolución de 18668. Historia, pensamiento y literatura,* Prólogo de Vicente Llorens, New York-Madrid, Las Americas Publishing Company, 1970.

[64] Véase la defensa de esas libertades en Giner De Los Ríos, F.: "La futura ley de Instrucción Pública", en el *Boletín Revista de la Universidad de Madrid (BRUM),* t. I (1869), págs. 254-261, 361-365, y 464-470.

[65] La Primera República Española siempre se debatió entre la reforma política y social (que no pudo ser, dada la correlación de fuerzas políticas) y la revolución. Véase Catalinas, J.L. y Eschenagusia, J.: *La Primera República. Reformismo y revolución social,* Madrid, 1973. Reeditada, en RBA Libros, 2012, Antología de textos de la época seleccionados. Puede consultarse en la dimensión de las políticas de reforma social y de la legislación sociolaboral, Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* 2 ª ed., ampliada y revisada, Madrid, Ed.Civitas, 2009, págs. 31 y sigs. [Capítulo I. "El despertar de la legislación laboral (1873-1917)]; Palomeque López, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología,* 7ª ed., revisada, Madrid, Tecnos, 2011; Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 87 y sigs. ("Orígenes doctrinales del iuslaboralismo y su posición ante la cuestión social"), págs. 100 y sigs. ("La lógica de las primeras leyes laborales y la política de "reforma social") y 109 y sigs. (sobre la cuestión social a principios de siglo en España); Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, Capítulo II ("Crisis del Estado de Derecho Liberal y Reforma constitucional: El reformismo social como alternativa la crisis del Estado de Derecho Liberal"); Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2007, espec., págs. 21-174 (sobre ideologías jurídicas y seguros sociales y la solidaridad en el contexto del reformismo europeo y español); Monereo Pérez, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín,* Granada, Comares, 2010, págs. 68 y sigs. ("las soluciones a la cuestión socia. La política del reformismo social católico"), 116 y sigs. ("La ideología jurídica del catolicismo social y la construcción del Estado social").

con el tradicionalismo y con el liberalismo moderado. El liberalismo krausista es organicista y armónico, cree en la existencia de un orden natural y en la posibilidad de establecer una conciliación entre ideales e intereses diversos, superando así los conflictos que fracturan a la sociedad moderna. La política es un instrumento fundamental para contribuir a esas soluciones armónicas de los conflictos y moralizar las relaciones sociales. No se trataba tan sólo de proteger (mediante medidas públicas laborales, asistenciales o de previsión social), sino de producir e infundir una nueva moral colectiva y solidaria, alternativa al individualismo y al socialismo colectivista. La solución de la cuestión social debe producirse sobre la base de una nueva moral que genere un deber social no sólo vertical del Estado intervencionista (Estado tutelar o Estado protector), sino también dentro de una sociedad civil más vertebrada y orgánicamente organizada. Las intervenciones sobre la cuestión social han de ser realizadas de forma orgánica, consensuadas entre todos los actores públicos y privados implicados, a fin de instrumental una política social capaz de resolver de manera eficiente los problemas político-sociales planteados, superando las insuficiencias de las respuestas del orden liberal. Ello suponía nuevas formas de "gobierno de lo social" –una *solución "interna"* del régimen del liberalismo establecido y revisado-, que partía de la centralidad política de "lo social" y de la necesidad de establecer cauces institucionales y jurídicos de neutralización pacífica de los conflictos sociales derivados de la desigualdad real en una sociedad fundada sobre la igualdad formal. Lo cual se traducía en un replanteamiento del enfoque del liberalismo individualista clásico, según el cual la armonía social se podría obtener con base al juego espontáneo de los mecanismos propios del "orden natural" de las sociedades. Era preciso re-situar el lugar de la política en la sociedad en el sentido de "moralizar la política" pública de intervención en la esfera social. De este modo la crítica del individualismo abstracto venía acompañada de la crítica de la constitución liberal del trabajo, la cual se caracterizaba por dejar plena libertad a los poderes privados del empleador en las relaciones laborales y la abstención respecto de las garantías sociales tanto en las relaciones laborales como en materia de aseguramiento social público frente a los riesgos sociales y situaciones de necesidad de las clases trabajadores y, en general, de las clases subalternas de la sociedad. Una de las limitaciones del liberalismo social krausista fue confiar en exceso en el armonicismo social en los procesos de reforma social y política (vinculado a la ideología política, social y jurídica del "organicismo social" nunca abandonado por el krausismo liberal). Precisamente la perplejidad ante los conflictos sociales y la Primera Guerra Mundial se hizo necesaria una revisión más profunda que sería, en gran medida, llevada a cabo por el Adolfo Posada en su madurez, consistente en postular el constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, el cual parte de la realidad existencia del conflicto y de la exigencia política y jurídica de su institucionalización a través de cauces jurídicos e institucionales para evitar sus tendencias disolventes del orden democrático de la sociedad. Un paso adicional en ese proceso es expansión de un nuevo tipo de krausismo que transitaría del krausismo social liberal al krausismo socialista democrático desde las filas ideológicas del propio krausismo, encarnado en figuras eminentes como Julián Besteiro y Fernando de los Ríos[66].

El reformismo partía de la posibilidad de reconciliar el Estado y la Sociedad sobre la base de acentuar y reformar los vínculos de solidaridad orgánicos emergentes en la sociedad y que se habían fracturado por el individualismo liberal. El organicismo social reformista estaba vinculado a la teoría del orden natural de las sociedades industriales; un orden natural que debería se *reconstituido* desde el punto de vista político y jurídico, a través de la construcción de nuevos vínculos de solidaridad orgánica. Se pretendía "moralizar" la política e introducir la ética en la economía, en la confianza de que esta "reforma moral" (con su reciprocidad de derechos y deberes; un haz de "obligaciones mutuas";

[66] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 21 y sigs.; Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 356 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara, G.(ed.): *Fernando de los Ríos y su Tiempo*, Granada, Universidad de Granada, 2000.

"mutualizadas") restableciera la armonía perdida correspondiente al orden orgánico –"natural"- de las sociedades civilizadas. Es este el modo de pensar en el que se despliega la crítica social reformista, y en particular el reformismo republicano. Los reformistas krauso-institucionistas concebían que el objetivo esencial de la política y del Derecho era ayudar a los más débiles, a los más desfavorecidos, aunque no se opusieran a la economía de mercado. Pensaban que, no obstante, que no se podía contar con el mercado para que se realizase el valor de la justicia. Por ello tiene que ser el Estado –junto con la autoorganización de la sociedad civil a través de estructuras asociativas- el que tendría que regular el mercado para conseguir que los más pobres también tengan una oportunidad efectiva, pues la economía de mercado permite crear riqueza pero nunca ha sido suficiente para crear una sociedad civilización, ni siquiera para crear una sociedad que se humanamente aceptable. Se necesita que el Estado se ocupe de garantizar aquellos bienes que no deben ser dependientes del mercado, sino objeto de desmercantilización[67]. En el fondo, creían en la libera como no dominación y como autogobierno; la potenciación de ciudadanos virtuosos y políticamente activos; la instauración de un sistema de gobierno público que se comprometiera de modo activo a impulsar las condiciones político-institucionales y la independencia de las personas, precisamente como pilar necesario para generar ciudadanos comprometidos con los intereses públicos y dotados de una moralidad imprescindible para el funcionamiento de la comunidad. En esta línea de pensamiento la libertad exige una organización del sistema político no basada en la dominación del individuo, pero también una cierta interferencia pública en su vida para crear las condiciones materiales para su libre desenvolvimiento (educación, mecanismos de satisfacción de las necesidades sociales mínimas dentro de una política de bienestar público, etcétera)[68].

La política no se agota en el Estado, pero éste no aparecería en el liberalismo krausista originario como un Estado intervencionista, sino más bien a crear las condiciones adecuadas para que los individuos desarrollen sus potencialidades en la sociedad. Estado y sociedad deben permanecer como esferas separadas. Su visión de la sociedad orgánica no era precisamente "estatalista", sino concebida como una entidad separada de la realidad estatal; esto es, como un organismo dotado de vida propia. De ahí su oposición básica a las concepciones contractualistas que pretendían explicar el origen de la sociedad como resultado de un pacto consciente entre individuos co-asociados con particulares intereses egoístas (Hobbes[69]; Rousseau)[70]. En virtud de un principio de orden natural en el desenvolvimiento social se explica la intrínseca sociabilidad del hombre. Sin embargo, ese orden natural no es estático ni mucho menos invariable por la acción reformadora del hombre, que puede llegar a la defensa de la legitimidad de la revolución, ante una situación de gobierno autoritario que impida el libre desenvolvimiento de la sociedad (*self-government*). Es el caso de la revolución de septiembre de 1868, aunque apartándose de sus excesos[71]. Pero es sólo un recurso excepcional, pues el krausismo liberal apostaría por una política de transformación gradual y de reforma pacífica del orden existente, incluso durante el período de la Restauración. Se trata de impulsar las fuerzas

[67] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996, espec., págs.27 y sigs.; 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 (1995). Se ha hablado también de "intercambios obstruidos" para referirse a aquellos bienes substraídos a la esfera mercantil de intercambios. Véase Walzer, M.: *Las esferas de la justicia,* México, FCE, 1993.

[68] Véase Pettit, P.: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Barcelona, Editorial Paidós, 1999, págs.25 y sigs.

[69] Hobbes, TH.: *Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil,* trad. C. Mellizo, Madrid, Alianza editorial, 2009.

[70] Rousseau, J.J.: *El contrato social,* trad. Fernando de los Ríos (realizada en 1921), Prólogo de M. Tuñón de Lara, Madrid, Espasa-Calpe (Col. Austral), 2007.

[71] Véase Giner De Los Ríos, F.: "El viejo liberalismo", en *La Época,* 2 de noviembre de 1868, págs.2 y 3. La desconfianza hacia el hecho revolucionario, al que opondría la evolución lenta presidida por el racionalismo armónico se reflejo pronto, como se puede comprobar en su ensayo "La juventud y el movimiento social (1870)", en *Obras Completas,* t. VII, Madrid, Espasa-Calpe, 1922, pp.101 a 126.

naturales del progreso de la humanidad. La historia tiene un sentido que cabe desvelar (descubriendo sus las leyes de desarrollo social) e impulsar (a través de la acción de la sociedad vertebrada en estructuras intermedias[72] y del Estado creando las condiciones indispensables para llevar a cabo dicha acción consciente). En el pensamiento krausista la historia conduce a la Alianza de la Humanidad, en la armonía universal con Dios. Fijado científicamente el ideal lo que habría que favorecer es la senda del progreso conducente a su plena realización. En gran medida, Giner aparece como uno de los inspiradores originarios de la actitud krausopositivista e introductor de una concepción científica de la Psicología y de la Sociología[73]. Aunque esa actitud krausopositivista encontraría su defensa más explicita y acaba en Salmerón[74], Urbano González Serrano[75], Manuel Sales y Ferré[76], y Adolfo Posada[77].

En ese contexto, Francisco Giner de los Ríos (Ronda, 1839-Madrid, 1919) tuvo un papel determinante, actuando como renovador cultural e inspirador político, en la estela de renovación del pensamiento krausista, incorporando las aportaciones de Ahrens y Röder. Por lo demás, incorporó en lo que pudo, "no sólo nuevos elementos tomados de Schäffe, Hobhouse o Gram. Wallas que le llevaban a la sociología, sino que resaltaba los vínculos que le unían con San Agustín, Spinosa, Leibniz, Kant, Schelling y Savigny"[78]. Todo ello fue facilitado, ciertamente, por su formación interdisciplinar (filosofía, Estética, Derecho, Literatura, sociología, etcétera) y el dominio de varios idiomas, llevando a cabo una importante labor de introducción del pensamiento de la época, desde la difusión de las ideas hasta la misma traducción de varias de sus obras. De las muy diversas corrientes de pensamiento que le influyeron la que más se filtró en su ser fue la filosofía de Krause y sus discípulos más eminentes con los cuales tuvo un contacto estrecho, alcanzando a la traducción de varios trabajos filosóficos de la Escuela Krausista. No se olvide, por otra parte, que Giner de los Ríos fue discípulo directo de Julián Sanz del Río, el introductor y adaptador del krausismo en España. Ese krausismo adaptado –y no sólo

[72] Para las más serias dudas sobre un supuesto "sentido de la historia", véase Löwith, K.: *El sentido de la historia. Implicaciones teológicas de la filosofía de la historia,* Madrid, Aguilar, 1973; *Historia del mundo y salvación. Los presupuestos teológicos de la filosofía de la historia,* Buenos Aires, Katz Editores, 2007; Löwith, K.: *El hombre en el centro de la historia. Balance filosófico del siglo XX,* Barcelona, Empresa Editorial Herder, 1998.

[73] Abellán, J.L.: *Liberalismo y romanticismo (1808-1874),* t. IV, Espasa-Calpe, 1984, pág.518.

[74] Véase Monereo Pérez, J.L.: "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", Estudio Preliminar a Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

[75] Véase González Serrano, U.: *Psicología fisiológica,* Madrid, Lib. De Fernando Fe, 1886; Jiménez García, A.: *El krausopositivismo de Urbano González Serrano,* Badajoz, Departamento de Publicaciones de la Excma Diputación Provincial de Badajoz, 1989, que, entre otras cosas, hace notar que el pensamiento político de González Serrano se ajustaba a la línea del ideario republicano del Manifiesto del 1 de abril de 1880, junto con su Maestro Nicolás Salmerón.

[76] Véase Nuñez Encabo, M.: *Manuel Sales y Ferre: Los orígenes de la sociología en España,* Madrid, Edicusa, 1976; Jerez Mir, R.: *La introducción de la sociología en España,* Madrid, Editorial Ayuso, 1980.

[77] Véase Laporta, F.J.: *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español,* Madrid, Edicusa, 1974; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. La expresión "krausopositivismo" fue utilizada por Adolfo Posada por vez primera en su ensayo "Los fundamentos psicológicos de la educación según el Sr. González Serrano", en *BILE,* núm.16 (1892), pág.4. Véase Nuñez, D.: *El darwinismo en España,* Madrid, Ed.Castalia, 1969; ID.: *La mentalidad positiva en España: Desarrollo y crisis,* Madrid, Júcar, 1975. La deriva del krausismo hacia el positivismo es perceptible en obras muy significativas, tan sólo entre los krausistas ofreció una particular resistencia a esa deriva Tiberghien. Véase Tiberghien, G.: *Introducción a la filosofía y preparación a la metafísica. Estudio analítico sobre los objetos fundamentales de la ciencia. Crítica del positivismo,* trad. Vicente Piñó y Vilanova, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1875; *Krause y Spencer,* Madrid, Fernando Fe, 1883; Tiberghien, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* Madrid, Lib. De Fco. Góngora, 1875, con "Apéndice" de Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano, traductores de esta obra; Salmerón, N.: "Prólogo" a la obra de Giner, Hermenegildo.: *Filosofía y Arte,* Madrid, 1878.

[78] Pérez-Prendes, J.M.: "Las ciencias jurídicas", en *La edad de plata de la cultura Española (1898-1936),* vol.II., *Historia de España Menéndez Pidal,* dirigida por J.Mª. Jover Zamora, Madrid, Espasa-Calpe, 1999, págs.339 y sigs., en particular, pág.356.

por Sanz del Río, sino por él mismo- se refleja nítidamente en su defensa del racionalismo armónico, la filosofía social organicista de base krausista, en su ideario liberal social, en su defensa –desde este liberalismo social- de la intervención del Estado para la garantía de los derechos de contenido social y la educación pública, pero dejando a salvo un espacio propio a la sociedad civil, etcétera. Dentro de modo de pensar, presenta un singular centralidad el pensamiento pedagógico que, como se verá después, enlaza con las orientaciones más avanzadas de su época (Rousseau, Froebel, Pestalozzi, Compayré, Spencer, Dewey, Montesinos, entre otros pensadores, situados en una dirección humanista y de educación en la democracia)[79].

La actividad universitaria de Nicolás Salmerón está presidida por su formación krausista. En el plano de la carrera universitaria tuvo bastante éxito. Defendió la tesis doctoral en 1864, obtuvo la cátedra de Historia Universal de la Universidad de Oviedo, en el mismo año, sin llegar a tomar posesión efectiva. Obtendría la plaza de catedrático supernumerario en la Universidad Central (1866), impartiendo las asignaturas de Metafísica, Geografía, Historia Universal, Historia de España e Historia de la Filosofía. Intervino en la "primera cuestión universitaria", y por ello fue separado de la cátedra (1868)[80]. Salmerón se implicó en la Revolución de 1868, ocupando cargos en la Junta Revolucionaria; intervino en la conversión del Partido Demócrata en Partido Republicano Federal (octubre de 1868). Hay que tener en cuenta que el sexenio liberal (1868-1874), tuvo un impulso reformador en los campos económico y social, estrecha e inevitablemente vinculados[81]. La reforma del orden económico determinó un nuevo intervencionismo de garantía de las libertades y de atención a la "*cuestión social*", en una coyuntura histórica de expansión industrial y de crecimiento de la influencia internacional en el movimiento obrero español. La Asociación Internación de los Trabajadores planteó la necesidad de alcanzar programas mínimos de reforma que contribuyesen a la mejor la situación de las clases trabajadoras. El reconocimiento del sufragio universal en el marco de la revolución "Gloriosa" daría entrada a la vida política a esas clases trabajadoras y a sus organizaciones de defensa[82]. En lo fundamental el tratamiento de la cuestión social durante el Sexenio se agra entorno a cuatro cuestiones relevantes: 1) el intento por integrar la "cuestión social" dentro del sistema de libertad, protegiendo jurídicamente y fomentando el cooperativismo y el mutualismo obrero; 2) el objetivo de establecer Jurados Mixtos de empresarios y trabajadores como instrumento de mediación y arbitraje en los conflictos laborales (racionalización e institucionalización de los conflictos en orden

[79] Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, págs. 12 y sigs., y 33 y sigs. (Capítulo 2. "Filosofía social y reformismo: liberalismo orgánico y republicanismo"), y págs. 159 y sigs. (Capítulo 3. Sobre el institucionismo social-liberal y reformismo social y jurídico).

[80] En lógica interna de su formación krausista estaba la inquietud por la educación y por la difusión de la cultura. No puede sino destacarse aquí su obra como divulgador y traductor del pensamiento de la época. Así, por ejemplo, cabe destacar entre sus traducciones o prólogos a obras extranjeras: Draper, J.G.: *Historia de los conflictos entre la religión y la ciencia,* trad. de Augusto T. Arcimis, y Prólogo de Nicolás Salmerón Alonso, 2ª ed., que reproduce la edición de Madrid, Est. Tip. Ricardo Fé, 1885; Laurent, F.: *Historia de la Humanidad,* 5 vols., trad. Nicolás Salmerón Alonso, Ángel Fernández de los Ríos y Tomás Rodríguez Pinilla, Madrid, M. Rodríguez, 1879/80, y ante todo Tiberghien, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* 4 tomos, trad. de A. García Moreno, con Prólogo, notas y comentarios de Nicolás Salmerón y Alonso y Urbano González Serrano, Nueva Biblioteca Universal, Madrid, Imp. Federico Escámez, 1875-1876.

[81] Puede consultarse Costas Comesaña, A.: *Apogeo del liberalismo en "La Gloriosa". La reforma económica en el Sexenio liberal (1868-1894),* Madrid, Siglo XXI, 1988, espec., Segunda Parte ("El contenido de la reforma económica liberal"), págs. 57 y sigs.

[82] El sufragio universal se consagraría en Salmerón Y Alonso, N., y Chao, E.: *Proyecto de Bases de la Constitución Republicano-Federal de España,* Presentado a la Asamblea Federal de 1872, por Nicolás Salmerón y Alonso y Eduardo Chao, Miembros de la Comisión nombrada en la de 1874, y actuales Ministros de Justicia y Fomento (Madrid 7 de Marzo de 1872, La Subcomisión, N. Salmerón y E.Chao), Madrid, Imprenta de R. Labajos, Calle de la Cabeza, 27, 1875, Base 11: "La soberanía de todos los Estados políticos se ejerce por representación. La representación se confiere por sufragio universal; no pudiendo ser limitado por ninguna condición extraña a la personalidad del elector […]".

a alcanzar una paz social justa); 3) un modesto programa de regulación protectora de las condiciones de trabajo de los menores y mujeres, y 4) la propuesta de creación de comisiones parlamentarias que elaborasen una información sobre el estado de situación real de las clases trabajadoras partiendo ya del carácter deplorable de su situación social. En gran medida para los liberales y republicanos del Sexenio la solución al problema del estado de las clases trabajadoras estaba, como en el conjunto de problemas económico-sociales, en la asociación, en el fomento del espíritu de previsión de las clases trabajadoras y del cooperativismo. Pero también para republicanos como Salmerón era necesario promulgar una *legislación protectora* de las clases trabajadoras*,* de manera que esa legislación socio-económica a través de leyes específica culminara en la necesaria de reforma tanto el Código civil como el Código de Comercio[83]. Salmerón no estaba sólo, pues diputados relevantes postulaban esa reforma socio-económica, como era el caso de Fernando Garrido, Pedro Cisa y Pablo Alsina, los cuales presentaron varios proyectos de legislación estatal. En la Primera República, José Fernando González, Ministro de Fomento presentó el 14 de agosto de 1873 un Proyecto de Ley de creación de Jurados Mixtos para dirimir las diferencias que puedan surgir entre propietarios y obreros. La mejora estatal de las condiciones de trabajo se inicia el 25 de febrero de 1873, con Eduardo Benot, Ministro de Fomento de la República, el cual presentó un Proyecto de Ley de contenido más avanzado que el propuesto por J. Becerra de 20 de febrero de 1872, el cual sería aprobado por las Cortes de la República el 24 de julio de 1873[84]. Se trata de una limitación a la autonomía privada en la contratación laboral, constituyendo la primera manifestación de legislación social en España, respecto a la limitación de la edad, la duración de la jornada de trabajo y las condiciones de trabajo de los menores. Fernando Garrido[85] propuso la constitución de una Comisión Parlamentaria con el objetivo de elaborar una "Información parlamentaria sobre el estado material, intelectual y moral de las clases trabajadoras, tanto agrícolas como industrializadas". Se aceptó la propuesta, pero se demoró su creación. Las propuestas se sucedieron (intervención de Joaquín María Sanromá apoyó su establecimiento ante las Cortes, el 21 de mayo de 1872), pero finalmente las proposiciones y Proyectos de Ley no cristalizaron dentro de un periodo tan convulso como acompañó al Sexenio Liberal. De parte de los krausistas republicanos sociales –como Salmerón y Azcárate, después- se defendió una reforma económico-

[83] Sobre la crítica a la codificación de Derecho privado de los orígenes en la larga duración, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Reforma social y socialismo jurídico. Antón Menger y el socialismo jurídico en España", estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho Civil y los Pobres*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, págs. 7 a 112; Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., Capítulo 1, págs. 21 y sigs.; Capítulo 3, págs. 87 y sigs., y Capítulo 4 ("Derecho Social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"; "Reforma social y "constitución del trabajo"; "La combinación de *status* y contrato en la "constitución del trabajo"), págs. 191 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004; Monereo Pérez, J.L.: "El tiempo de los derechos sociales: la construcción fundacional de Anton Menger", en *Revista de derecho del trabajo (Uruguay),* núm. 29 (2020), págs. 225-281; Menger, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar «Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger» (pp. XI-LXXVIII), de J. L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2004; Monereo Pérez, J. L.: "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) 682-735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080; Monereo Pérez, J. L.: "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; 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", en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (1), (2021) pp. 197-264, y la bibliografía allí citada. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

[84] Véase, asimismo, "Ley decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes, regularizando el trabajo de los talleres y la instrucción en las escuela de los niños obreros de ambos sexos". Palacio de las Cortes de 24 de julio de 1973. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes,* Sesión de 24 de junio. También, "Proposición de ley, del Sr. Carné, fijando las horas de trabajo a los obreros en las fábricas de vapor y talleres", Madrid, 14 de Agosto de 1873. Ministro de Fomento, José Fernando González.

[85] Sobre Fernando Garrido, véase Aja, E.: *Democracia y socialismo en el siglo XIX español. El pensamiento político de Fernando Garrido,* Madrid, Edicusa, 1976.

social gradualista en la transición el viejo orden y el nuevo modernizador. Entró en juego la idea de progreso (también querida por liberales más moderados como Emilio Castelar), y en un momento en el que el reconocimiento de las libertades y del sufragio universal permitía crear una "opinión pública" que fuese favorable a la instauración de las reformas socio-económicas asumiendo la ideológica de republicanismo cívico y socio-económico. Sólo con el pluralismo político y el sufragio universal se podía crear las condiciones para existencia de una esfera de opinión pública. Era una época en la que se tenía confianza en el progreso como en el tiempo de la Ilustración. Al tiempo se verificaría la crisis de la idea de progreso, no sólo con la cuestión social, también con las tendencias destructivas de las fuerzas dominantes que llevarían a la Primera Guerra Mundial, y con al capitalismo especulativo y financiero al crack de 1929. Pero esto nos lleva a un periodo histórico posterior al aquí examinado.

Es de señalar que Nicolás Salmerón fue uno de los fundadores del *Colegio Internacional* (octubre de 1866), también lo dirigió. Esta institución privada es uno de los precedentes de la Institución Libre de Enseñanza, en la que Salmerón también participaría activamente[86]. Es en gran medida una respuesta a la política represiva puesta en práctica por el partido moderado en los últimos años del reinado de Isabel II. En él se aplicaron métodos pedagógicos modernos y una enseñanza laica. Ya había sido separado de la cátedra en la "primera cuestión universitaria" (1867), planteada por su rechazo a prestar su adhesión a la Reina. A partir de este hecho intervendría en conspiraciones contra Isabel II, siendo encarcelado por ello. En 1875 tendría lugar la "segunda cuestión universitaria"[87]. En el período que media hasta 1881, fecha de reincorporación a la cátedra, se había producido una convicción de Francisco Giner, Nicolás Salmerón y Gurmersindo de Azcárate , en el sentido de crear una institución de enseñanza privada que hiciera posible llevar a cabo la reforma educativa que postulaban, precisamente en contraposición al intervencionismo autoritario en la enseñanza del Estado de la Restauración impuesta, el cual había llegado incluso a la representación de la libertad de pensamiento. Se trata de formar hombres instruidos y solidarios con las exigencias de la comunidad. Las bases de la Institución Libre de Enseñanza se firmarían el 10 de marzo de 1876; una Institución consagrada al cultivo y propagación de la ciencia, en sus diversos órdenes, especialmente por medio de la enseñanza, laica e independiente, en cuanto que ajena a todo espíritu o interés de comunión religiosa, escuela filosófica o partido político; proclamando tan sólo el principio de libertad e inviolabilidad de la ciencia y por consiguiente independencia a su indagación y exposición respecto de cualquier otra autoridad que la de la propia conciencia del profesor. Entre los firmantes de estas bases se encontraban Laureano Figuerola, Eugenio Montero Ríos, Segismundo Moret, Nicolás Salmerón, Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Augusto G. Linares, Laureano Calderón, Juan Antonio García Labiano, y Jacinto Mesia. En ella sería profesor el propio Nicolás Salmerón.

Ya dentro del Partido Democrática, se alinea en la corriente republicana, defendiendo la República federal frente a la República unitaria[88], y en un contexto de fuerte tensión entre distintas percepciones relativas a la instauración de la República[89]. Ahora bien, mostrándose algo reticente

[86] Cacho Viu, V.: *La Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Rialp, 1962, págs.187 a 189, indicando que "No obstante lo corto de su vida, este ensayo del Colegio Internacional tiene importancia en cuanto antecedente inmediato de la Institución. En sus aulas se agruparon los discípulos más jóvenes de Sanz del Río. La agitación política de estos años y su precario estado de salud apenas le permitieron imbuirles su espíritu, de tal manera que la formación krausista de aquellos muchachos la llevaron prácticamente a cabo Salmerón y Giner".

[87] Véase Azcárate, P.de.: *La cuestión universitaria. 1875. Epistolario de F. Giner de los Ríos, Gurmersindo de Azcárate y Nicolás Salmerón,* Introducción, notas e índices por P. de Azcárate, Madrid, Ed.Tecnos, 1967.

[88] *La Discusión,* 18 de octubre de 1868, cit. por Dardé, C.: "Biografía política de Nicolás Salmerón", pág.140.

[89] Se ha advertido que "el proceso se colmó en el verano de 1873, en el que muchas familias "de orden" creyeron percibir el hálito de la revolución social, aquel espectro que había recorrido Europa un cuarto de siglo antes, mientras otros veían ya en el lecho de muerte a la sacra matrona llamada España, víctima del virus cantonalista". Cfr. Álvarez Junco, J.: *Alejandro Lerroux. El Emperador del Paralelo,* Madrid, Editorial Síntesis, 2005, pág.8. La división y la diversidad de programas caracterizaba al movimiento republicano en España: "En realidad, del modelo de Estado que se dibuja a partir de los textos republicanos del XIX, lo único en que hay unanimidad es en la eliminación de

respecto al sufragio universal arguyendo la falta de preparación del pueblo[90]. El krausismo había mostrado sus reticencias al sufragio universal defendiendo su instauración gradual para dejar actuar una reforma pedagógica que incremente la capacidad reflexiva de los individuos[91]. Posición ésta que superaría después defendiendo el sufragio universal con todas sus consecuencias legítimas. Su republicanismo democrático y progresista quedó a prueba en el debate sobre la *Internacional,* en el cual, al mismo tiempo que criticaba los métodos utilizados por la AIT defendía sin paliativos el derecho de asociación[92]. El debate se había desarrollado entre el 7 de octubre y el 1 de noviembre de 1871. Los disputados que se mostraron a favor de la legalidad de la internacional fueron solamente Pi y Margall, Nicolás Salmerón, Emilio Cautelar, Fernando Garrido y Baldomero Lostau. Por criterio de la mayoría la *Internacional* sería ilegalizada y la brecha entre el sistema establecido de partidos y la *Internacional* obrerista no hacía sino acentuarse. En el debate parlamentario destacó Salmerón que "La Internacional representa estas dos cosas: primero, la ruina, por todos confesada, de la antigua organización humana; segundo, el esfuerzo, y no sólo el esfuerzo, sino el ensayo de una reorganización y de una reconstitución social bajo un principio antitético del antiguo… Lo que la Internacional predica como dogma concreto, ya que tan aficionados somos a dogmas, es pura y simplemente esto: La propia no debe ser individual, sino social… El cuarto estado nos permite esperar que llegará un día en que todos los pueblos se traten como hermanos y en que sólo prevalecerá la noble competencia del trabajo…Cuando una nueva clase social, un pueblo, una raza deja de servir al fin que debía realizar y cumplir , nuevas clases, pueblos y razas surgen del fondo de la humanidad y adquieren, arrebatan, o usurpan si queréis, la propiedad de las entidades decrépitas, pervertidas e importantes, para emplearla como medio esencial a la realización de los medios sociales desamparados"[93]. Nicolás Salmerón defendió la legitimidad de la Internacional desde una fundamentación jurídica, pero también afirmando un republicanismo democrático-social que admitía la emancipación social del "cuarto estado", sin el cual quedaría reducida su misión a una mera reforma política, que aun cuando de trascendencia suma, está lejos de satisfacer, por sí sola, el ideal de justicia. Entiende que es necesario

la monarquía, en la supresión de una suprema magistratura coronada y hereditaria. A partir de ahí, todo son dudas o propuestas sobre las que no hay acuerdo..., los republicanos estaban divididos en el tema de la futura estructura unitaria o federal del Estado. Pero tampoco podían precisar si su régimen sería parlamentario o presidencialista, ni si los poderes estarían concentrados en una persona, o en una asamblea, o por el contrario estarían divididos y limitados constitucionalmente. Otra serie de cuestiones, no tan centrales pero de ningún modo despreciables, se encontraban igualmente aludidas en sus proyectos políticos de manera dispersa, vaga y, a veces, contradictoria. Por mencionar sólo tres ejemplos, la centralización o descentralización de la administración municipal, la profesionalización de la justicia o el establecimiento de jurados populares y la atribución de la defensa a unas milicias cívicas voluntarias o a un estamento profesional con mando sobre unos reclutas forzosos. Si de las reformas institucionales giramos la vista a las políticas públicas, nos encontramos con que líneas de actuación agraria, por ejemplo, prácticamente no se esbozaron nunca en los programas republicanos, salvo referencias a medidas de fomento o planes de irrigación que no se sabía cómo habrían de financiarse... Combinaban la vieja exigencia de la moralidad cívica y la austeridad presupuestaria, como si se tratase de una pequeña polis aislada y estancada, con las nuevas promesas de servicios públicos y asistencia social propios del Estado del bienestar. Con lo que su concepción del poder parece situarse en un momento de transición entre el paternalismo benéfico del Antiguo Régimen y el desarrollismo expansivo y mutualista del Estado social. Lo único seguro de la política económica de la República era que sería igualitaria, paternal y modélica en cuanto al rigor de las cuentas públicas y la austeridad personal de sus gobernantes" (Ibid., págs.372-373).

[90] En todo caso hay que tener en cuenta los límites del sufragio universal en el régimen autoritario de la Restauración, donde quedaba desvirtuado por el caciquismo y la corrupción generalizada. Puede verse al respecto, Dardé Morales, C.: "El sufragio Universal en España: causas y efectos", en *Anales de la Universidad de Alicante,* núm.7 (1989-1990), págs.85 a 100.

[91] Véase, en este sentido, Giner De Los Ríos, F.: *Principios de Derecho natural sumariamente expuestos,* Madrid, Imprenta de la Biblioteca de Educación y Recreo, s/a (1873), págs.232 y sigs.

[92] Véase el texto de sus intervenciones parlamentarias en Salmerón Y Alon, N.: *Obras,* t. I, *Discursos parlamentarios,* Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Gras y Compañía, 1881. Al respecto, Gil Cremades, J.J.: *Krausistas y liberales,* Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975, págs.108 a 114, citado por Dardé, p.143, nota 15.

[93] *La Internacional defendida por N.Salmerón y F. Pi y Margall,* Barcelona, Publicaciones de la Escuela Moderna, s/a., págs. 20 a 27.

articular políticas de igualación social que impidan la explotación del trabajo humano. Reclamaba, eso sí, que la Internacional persiguiera su fin por los medios de paz, evitando la triste herencia de las guerras sociales[94].

2. REFORMA POLÍTICA VERSUS REFORMA SOCIAL

Pero es de significar que expresamente Salmerón defiende ese republicanismo democrático-social, es decir, un republicanismo que va más allá de la forma política y pretende la conformación de un orden social. Afirma que: "no debemos aspirar a esto sólo: porque el partido republicano no es meramente un partido político (y aquí hablo por mi cuenta y riesgo) porque el partido republicano no es solo un partido doctrinario órgano de la clase media, que venga únicamente a discutir la forma de gobierno, la organización de los poderes del Estado y la gestión administrativa, sin que patrocina una tendencia social para servir a la completa emancipación del cuarto estado y preparar el libre organismo *de la igualdad*, que haya de afirmar para siempre el imperio de la justicia entre los hombres"[95]. Los principios de emancipación de los trabajadores defendidos por la Internacional son dos: trabajo y justicia. "Por el trabajo tiene la evidencia de que adquirirá la propiedad; por la justicia la seguridad de la legitimidad, porque como la va a emplear en beneficio de los fines humanos, no a gozar muellemente de ellas siendo un miembro ocioso en la sociedad, y va a multiplicarla con su esfuerzo y a devolverlas así en idea u obras de arte al comercio de la vida, abriga el sentimiento profundo de la justicia, del derecho que le asiste para proclamar la reforma que le negáis"[96]. En el discurso de Salmerón se evidencia una ideología subyacente que afirma en política el reformismo republicano. Para él Estado como poder social es un Estado tutelar que debe garantizar los derechos individuales y la protección de los más débiles en la sociedad. Pero la mediación no es sólo política sino también asociativa, porque para Salmerón el derecho de asociación es inmanente a la naturaleza humana y constituye un cauce instrumental para la vertebración y armonía en la sociedad. De ahí la legitimidad de la Asociación Internacional y la defensa de Salmerón en el debate desarrollo en las Cortes en octubre de 1871. La clase trabajadora deber gozar de los derechos políticas al igual que la clase media (de la que se considera portador en nuevo orden liberal); tiene derecho a asociarse libremente para defensa de sus intereses específicos. Salmerón llega a señalar que un objetivo de la política de reforma social debe ser el trabajar por conquistar la capacidad para el ejercicio del poder de sufragio, creando las condiciones socio-económicas correspondientes. Esta es una de sus preocupaciones por la realización de una reforma social que sitúe al cuarto estado en la arena política: no se ha de temer a las aspiraciones económico-sociales de la clase trabajadora, encaminadas a que la propiedad cumpla una función social y los trabajadores puedan defender una propiedad colectiva. Es misión de la del Estado y de las clases en el poder (las clases medias como clases directoras del proceso de construcción de una república democrático-social) llevar a cabo una "reforma de la propiedad por la paz" precisamente para impedir mediante esas reformas que puede realizarse una transformación radical del sistema de la propiedad "por la fuerza". En esa lógica el Estado debe legalizar y amparar la asociación internacional de trabajadores (que son las clases inferiores de la sociedad).

[94] Sobre ese debate, véase Vergés Mundó, O.: *La I Internacional en las Cortes de 1871,* Barcelona, Publicaciones de la Cátedra de Historia General de España, 1964, espec., págs.71 y sigs. Para el planteamiento de la cuestión social en distintos documentos de la época, véase Álvarez Junco, J.: *La Comuna en España,* Madrid, Siglo XXI, 1971, págs.155 y sigs.

[95] *La Internacional defendida por N.Salmerón y F. Pi y Margall,* cit., pág.14. Véase también su Discurso pronunciado en defensa de la Asociación Internacional de Trabajadores, en Octubre de 1871, ante el Parlamento (Política social. Defensa de la legalidad de la Asociación Internacional de Trabajadores), págs. 118 y sigs. Véase Salmerón y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición y estudio preliminar, "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón" (pp. VII-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, págs. 125 y sigs. ("Política social. Defensa de la legalidad de la Asociación Internacional de Trabajadores").

[96] *La Internacional defendida por N.Salmerón y F. Pi y Margall,* cit., pág.29.

La política tutela, por otra parte, es sustitutiva del riesgo de una revolución social desde abajo. La cuestión social debe ser tratada como problema social cuya solución no supone un cambio estructural de la sociedad industrial de la modernidad. Se cuestiona, así, el modelo de "gestión" del capitalismo en el campo de "lo social". Pero es un problema de "ajuste" y adaptación: sólo se cuestiona, pus, el modelo de "gestión" del capitalismo el momento histórico, no el capitalismo en sí mismo como forma de organización de la sociedad. Es suficiente un proceso de reforma social en todos campos implicados que supongan una reconstitución del orden puesto en grave peligro. Una reforma social que debería ser una reforma jurídico-política capaz de integrar a la clase trabajadora en el sistema establecido tras sus "correcciones" y "adaptaciones" pertinentes. Esta reforma estaría presidida por la concepción orgánica y armónica de la sociedad predicada por el krausismo[97]. La reforma social encuentra su plasmación instrumental en el campo jurídico, económico-social y pedagógico. Salmerón y otros krausistas comprometidos (señaladamente Azcárate) tratarán de imponer esta visión republicano-reformista en la I República española. Salmerón sería nombra Ministro de Gracia y Justicia ya con la primera presidencia de la República (11 de febrero de 1873, Gabinete Figueras), preside el Congreso (13 de junio 1873) y llegaría a ostentar la Presidencia de la República (18 de julio de 1873), tras la dimensión de Pi y Margall. En todo ese período tendrá muy presente -nuevamente como su amigo Azcárate- el problema social cuya solución tendría que producirse a través de una reforma social que situara al cuarto estado en la vida política y social. Su realización debería supone la implantación de un Estado intervencionista moderado y una reforma pedagógica que actuara sobre las conciencias de los individuos llamados a participar en el proceso político. Salmerón trató de poner en práctica ese ideario de reformismo armonicista. Las reformas sociales deben adaptarse a las circunstancias particulares de cada nación y de cada unidad territorial, deben realizarse lentamente y a través de una política de colaboración de clases, por vía de Derecho y sin el reclamo de la violencia[98]. Salmerón y Azcárate defenderían durante la I República una reforma política inmediata y una reforma social gradualista amparada en la consecución de la primera. No es la revolución sino la reforma social, legislativa y pedagógica, lo que demandaba la ideología política del krausismo. Y para Salmerón de ser necesaria la Revolución -en última instancia- y sin violencia, tendría que ser un momento circunstancial que debería dar paso a una restauración de un nuevo orden establecido sometido al Derecho. El ideal republicano krausista suponía así una rectificación del carácter individualista del liberalismo originario. En una etapa más tardía Salmerón trató de dar la mano desde el republicanismo a la clase trabajadora y a sus organizaciones. Es significativo su Discurso pronunciado el día 29 de septiembre de 1904 en el entoldado de la Casa del Pueblo. Pero, ciertamente, ya antes había ido más allá en su Discurso sobre la legitimidad de la Asociación Internacional de Trabajadores (1871). En el hacer notar su intención de apoyarse en la fuerza social representada por las organizaciones obreras, a fin de articular luchas para una común aspiración. Esas luchas se orientarían a la mejora de la situación social de los trabajadores: "Que aun respecto de aquellos de vosotros que en otra actitud se coloquen, sostendremos siempre la necesidad de luchar por el mejoramiento social, en aquellos órdenes que antes decía, de los cuales es el económico el más apremiante de las clases obreras, aun cuando las clases obreras no obedecieran al instituto que es más que de conservación, de ascensión, de valer en el medio social, y de luchar con nosotros para conquistar el instrumento que haga sus esfuerzos eficaces"[99]. Apuesta por transformaciones socio-económicas no radicales y de implantación progresiva: "No cabe pensar que en el orden económico se realicen súbitas transformaciones; debéis

[97] Para la emergencia de la idea social y su contraposición con la idea individual, véase Solari, G.: *Filosofía del derecho privado. I. La idea individual. II. La idea social,* Buenos Aires, Depalma, 1946-1950.

[98] Por ello puede decir Salmerón en el Discurso sobre la legalidad de la Internacional que: "No teman, pues, las clases conservadoras el advenimiento del cuarto estado a la vida política; no teman la demanda de reformas sociales, necesarias para ejercer el poder político, que si el recuerdo de su larga servidumbre a veces la exacerba, el derecho que invoca, ni consiente venganza, ni reclama violencias".

[99] Discurso pronunciado en defensa de la Asociación Internacional de Trabajadores, en Octubre de 1871, ante el Parlamento (Política social. Defensa de la legalidad de la Asociación Internacional de Trabajadores), de la presente edición, pág.161.

ir determinando por un proceso gradual aquello que demanda primero las apremiantes, imperiosas necesidades de la vida física y, de la vida mental, y después, y en la medida en que las vayáis logrando, os debéis ir preparando para tener órganos adecuados, merced a las cuales puedan irse desenvolviendo estos conflictos de dos términos que aparecen como antagónicos, para que el capital vaya dejando de ser individual, para que por la ley propia de la gravedad de los mismos y de las exigencias sociales, convirtiéndose en capital colectivo, verdaderamente individual y constitutivo del derecho de propiedad, es, a saber: el fruto del trabajo. Porque ese es personal, personalísimo, mientras que el capital es por su naturaleza algo de entidad meramente colectiva, y que sin la constitución de la colectividad no se hubiera formando ni pudiera persistir". Su idea –ya en 1871- es la integración simbiótica entre republicanismo y socialista, pues "en este sentido la política que vosotros debéis hacer, la que debéis representar en el partido republicano, la del partido republicano socialista. Vosotros tenéis que constituir, en este respecto, la izquierda del partido republicano. Y constituyendo la izquierda del partido republicano, ir determinando cada vez más la tendencia de las *reformas* que se hagan en este sentido, cuya medida, cuyo alcance no dependerá tanto de los que a modo de fantástica concepción, y al antiguo estilo romántico se pensara, cuanto aquellas que vayan determinando el proceso de la realidad, porque ella es, al cabo, la fuente viva de toda concepción ideal"[100]. Anticipa la idea de la Conjunción Republicano-socialista, que se producirá unos años más tarde (1909).

Defiende, este orden de ideas, la intervención del Estado autocalificándose como "socialista de Estado": "Yo he de hablar con sinceridad perfecta, os diré que, salvo respetos a contrarias opiniones, yo soy un *socialista de Estado*, profundo, radicalmente convencido. Y yo no quiero sino apuntaros una sola razón, por lo mismo que a los pueblos hay que hablarles en determinado sentido que pueda trascender de la materialidad tangible de la realidad que perciben en una expresión bien sensible…"[101]. Las soluciones a la cuestión social obrera la encuentra en una perspectiva de armonización de los intereses entre trabajo y capital, pero defendiendo la incorporación de las reformas sociales introducidas por los países más avanzados del mundo siguiendo los principios de justicia y solidaridad social[102]. Apuesta por la formación de los sindicatos obreros como instituciones de identidad y autodefensa colectivas, junto con mecanismos para solución pacífica de los conflictos colectivos: Jurados Mixtos[103].

Insiste, igualmente, en el papel de la instrucción para tener las condiciones de ejercer un dominio en el Parlamento, a cuya integración anima a los trabajadores, dentro de un cambio pacífico y gradualista[104]. Pero su dominio no debe ser excluyente en la democracia: "Cierto que la democracia trae al cuarto estado a la vida política, todavía desheredado en la esfera económica de aquellas condiciones sin las cuales no tiene el poder político el vigor interno que las fuerzas sociales le prestan; pero es cierto también que al traerlo a la vida política y social no es para que domine con exclusivo imperio, no es par que imponga servidumbre a las demás clases sociales y a los demás partidos; es para que establezca, es para que consolide (y a nosotros no toca esta misión) el reinado del derecho, bajo el cual todos alcancen la misma dignidad y puedan ejercer igual soberanía. Decid, si no, por qué los derechos de la personalidad humana son el evangelio de la democracia"[105].

Y esto es así por la democracia, con el sufragio universal, permite articular un programa de reformas sociales republicanas. De este modo, vincula la democracia a la solución del problema social: la democracia es la forma política idónea para resolver la cuestión social de nuestro tiempo. Pero esas reformas tienes que producirse de modo paulatino, y adaptándose a las condiciones históricas

[100] Discurso pronunciado en defensa de la Asociación Internacional de Trabajadores, en Octubre de 1871, cit., pág.162.
[101] Discurso pronunciado en defensa de la Asociación Internacional de Trabajadores, cit., págs.162-163.
[102] Discurso pronunciado en defensa de la Asociación Internacional de Trabajadores, cit., pág.166.
[103] Discurso pronunciado en defensa de la Asociación Internacional de Trabajadores, cit., pág.168.
[104] Discurso pronunciado en defensa de la Asociación Internacional de Trabajadores, cit., págs.168-169.
[105] Discurso al ocupar por primera vez el sillón presidencial de la I República, Sesión del 13 de junio de 1873, de la presente edición, pág.172.

de la vida de los pueblos, porque el problema social cambia de una región a otra, con ser el mismo principio de justicia bajo el cual deba resolverse. Pues a estas exigencias únicamente puede satisfacer la organización democrático-federal[106]. En otro discurso insiste, machaconamente, en que las grandes transformaciones no se producen de súbito, "las revoluciones" "son siempre lentas y vienen preparadas por casi seculares trabajos, y sólo es requerida la destrucción de los obstáculos que se oponen al advenimiento de las nuevas manifestaciones de la vida"[107]. Para él "la revolución social no se cumple, no se puede cumplir, como la revolución política". Ello es así porque "la revolución política se refiere a las formas, se refiere a los organismos, se refiere a los extractos de las correcciones que los pueblos establecen en la dirección, en el gobierno de las sociedades; y cuando esa se hace estadiza, cuando pierde aquella facilidad, aquella plasticidad conveniente para adaptarse a los internos movimientos del organismo, entonces, tanto de la fuerzas colectivas, hace que sea posible el movimiento de las revoluciones para destruir. *Pero las revoluciones no crean sino por virtud de las ideas, por esa obra latente con que viene ya infiltrándose a través de las fuerzas externas y colectivas".* Y reitera que él es un "socialista de Estado profundo, y radicalmente convencido"[108]. Desde este punto de vista, el "viejo" profesor y político krausista postula una revolución política de orientación republicana y de contenido social, aunque advierte de que ésta última a diferencia de la primera tiene que implantarse lentamente.

Salmerón percibió la centralidad de la "cuestión social" de su tiempo: la cuestión social obrera. Los años de la Revolución "gloriosa" y de la Primera República no sólo tuvieron, como es obvio, un enorme impacto en España, sino también en el ámbito internacional. Es ésta una perspectiva histórica en la que se debe insistir, pues, el proceso fue –salvadas las distancias- un proceso que se estaba produciendo unas veces antes (es el caso de la Revolución de 1848 en Francia[109]) y otras después en otros países europeos. La Republica Federal se percibía no sólo en su dimensión propiamente política, sino también eminentemente social dentro del imaginario colectivo de las reivindicaciones de los trabajadores asalariados de la industrial y de los trabajadores del campo[110]. En realidad se había producido una "republicanización de la cuestión social"[111]. Analizando las fuerza sociales actuantes en el periodo se aprecia la tensión entre revolución versus restauración. En 1874 se viene a cerrar todo un ciclo histórico iniciado en 1808, a saber: el proceso revolucionario burgués "liberal". Se cierra, de manera análoga que en 1843, a través de un golpe de fuerza consumado a fin de impedir la realización

[106] Discurso al ocupar por primera vez el sillón presidencial de la I República, Sesión del 13 de junio de 1873, de la presente edición, pág.174. Tranquiliza a las clases conservadoras sobre el sentido de esas reformas sociales: "valga decir desde lo alto de este sitio a las clases conservadoras que no teman que la República federal vaya a quebrantar la unidad de la Patria, ni a herir inicuamente los intereses que ellas representan. De ninguna suerte. Antes, por lo contrario, viene a preparar la suave pendiente que debe conducirnos a realizar las reformas sociales que el derecho del cuarto estado reclama, y que la justicia h hasta el buen sentido aconsejan a las clases conservadoras que se anticipen a otorgarle" (Ibid., págs.174-175).

[107] Véase Mensaje de los obreros al jefe de la Unión Republican, Discurso pronunciado el día 29 de septiembre de 1904 en el entoldado de la casa del pueblo, de la presente edición, pág.281.

[108] Discurso al ocupar por primera vez el sillón presidencial de la I República, Sesión del 13 de junio de 1873, de la presente edición, pág.281 y 286.

[109] Véase Ponteil, F.: *La revolución de 1848,* Madrid, Ed. ZYX, 1966; Claudín, F.: *Marx, Engels y la revolución de 1848,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1975.

[110] Véase Hennessy, C.A.M.: *La República federal en España. Pi y Margall y el movimiento republicano federal. 1868-74,* Madrid, Ed. Aguilar, 1966, espec., Capítulo 8 ("Radicales y republicanos, 1873"), págs. 173 y sigs., en particular pág. 179, y Capítulo 10 ("Cantonalismo y derrumbamiento de la República, 1873-74"), págs. 223 y sigs.; Piqueras Arenas, J.A.: *Las Revolución democrática (1868-1874). Cuestión Social y Grupos de Presión,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, espec., págs. 35 y sigs., y 519 y sigs.; Piqueras, J.A.: *Cánovas y la derecha española,* Barcelona, Península, 2008, Primera Parte ("Cánovas o la ambición política y el orden social"), págs. 49 y sigs.

[111] Piqueras Arenas, J.A.: *Las Revolución democrática (1868-1874). Cuestión Social y Grupos de Presión,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, espec., Primera parte, págs. 35 y sigs., y Tercera Parte, págs. 519 y sigs.

del ideario democrático. Por tercera vez consecutiva en sesenta años Valencia tendría el dudoso honor de ofrecer el solar a un golpe de reacción, Por tercera y ni tan siquiera última vez, se resolvía por ese reclamo a la violencia la lucha por la instauración de un régimen democrático. El 29 de septiembre de 1874 Arsenio Martínez Campos emula al Narváez de 1843 y al Elío de 1814. Golpes de Estado militar. Aunque el significado lo otorga y modifica la concreta coyuntura histórica, siempre diversa, es decir, el proceso revolucionario es movimiento, no por ser revolucionario, sino por ser proceso dinámico de acción política. Pronto se irían creando las condiciones para los orígenes sociales y políticos del régimen de La Restauración y se pasaría de la conspiración al pronunciamiento militar. El 31 de diciembre de 1874 Cánovas del Castillo formaba el Ministerio-Regencia, esto es, un gobierno provisional con poderes absolutos. Hay que señalar que la proclamación del 11 de febrero de 1873 de la República creó una situación tan imprevisible como indeseable a la Liga Nacional esclavista y a los partidos que la respaldaron. El nuevo régimen representaba la profundización de la revolución democrática que las fuerzas conservadoras y de orientación contrarrevolucionaria habían intentado detener, cuando no destruir abiertamente[112]. La República aceleraría las reformas antiesclavistas que se deseaban impedir por los sectores conservadores. La República parlamentaria era percibida como una tragedia para las fuerzas sociales y económicas que se habían conjugado contra los radicales y habían mirado la Monarquía como régimen al servicio del status quo imperante[113].

Por su parte, Pi y Margall subrayaría la política de emancipación y protección legal de las clases trabajadoras postulada por la Internacional[114]. Al final, Sagasta firma el 17 de enero de 1872 el decreto de disolución de la Internacional[115].

El ideario krausista reformador de Salmerón queda reflejado ante todo en el manifiesto "A los electores de las circunscripciones de Almería y Huércal-Overa" (5 de enero de 1869), donde se ponía especial énfasis en la defensa de los derecho naturales inherentes a la personalidad humana. Se refleja en él una versión elitista de la democracia (es el gobierno de las personas mejor formadas) y al mismo tiempo se defiende una implantación progresiva del sufragio universal para garantizar una opinión fundada no fácilmente manipulable. Mantenía una concepción orgánica y armónica de la sociedad, en cuyo marco la sociedad se formaba a través de distintos agregados sociales, y donde la representación se estructuraba a través de dos canales: una representación política general del pueblo y

[112] Se percibe que nada hay en el esquema ideológico o en las realizaciones de la Restauración (1875-1885) de un régimen verdaderamente democrático y constitucional, tolerante, abierto, pues el sistema liberal más duradero de la historia contemporánea de España, según suele afirmarse, no fue democrático. Reconocer ciertamente a Cánovas las codificaciones, el sufragio universal, la ley de asociaciones, el reconocimiento de ciertos derechos de expresión o reunión no se compadece con la realidad, porque constituye una inmensa inexactitud histórica. El canovismo, régimen cerrado, autoritario, identificado con el periodo de la Restauración, concluye en 1885. A partir de entonces, el régimen político cambia para que pueda conservarse el contenido socio-económico que lo ha caracterizado, y desde luego se convierte en un sistema mucho más complejo y sujeto a matices necesarios. Piqueras Arenas, J.A.: *Las Revolución democrática (1868-1874). Cuestión Social y Grupos de Presión,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, pág. 781.

[113] Piqueras Arenas, J.A.: *Las Revolución democrática (1868-1874). Cuestión Social y Grupos de Presión,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, espec., págs. 17 y sigs.519 y sigs., 677 y sigs., y 773 y sigs.

[114] Mensaje de los obreros al jefe de la Unión Republican, cit., págs.58 a 60. Es significativo que para Pi y Margall la revolución debería ser al mismo tiempo "política" y "social". Véase PI y Margall, F.: *La reacción y la revolución (1854),* Madrid, 1854, pág.213. Véase la reedición de Antropos…., con est.prel., de A.Jutglar…

[115] Ese impacto se puede comprueba en pensadores particularmente activos en el plano intelectual y de la acción política. Así, paradigmáticamente, Marx, K.y Engels, F.: *Revolución en España,* Prólogo, notas y traducción de Manuel Sacristán Luzón, Barcelona, Ed. Ariel, 3 ª ed., 1970: Marx, K.y Engels, F.: *Escritos sobre España,* Pedro Ribas, editor, Madrid, Trotta, 1998, espec., págs. 237 y sigs. ("Zaragoza-París"), y págs. 240 y sigs. ("La República en España", "Los Bakunistas en acción"); Engels, F., Mesa, J., Iglesias, P., Lafargue, P. y otros: *Construyendo el futuro. Correspondencia política (1870-1893),* Santiago Castillo, editor, Madrid, Trotta, 1998, espec., capítulos 1 y 2, págs. 9 y sigs., y 35 y sigs., respectivamente.; Jutglar, A.: *Pi y Margall y el federalismo español,* 2 Tomos, Madrid, Ed. Taurus, 1975 (Tomo 1), 1976 (Tomo 2).

una representación corporativa y de intereses sociales (Provinciales, Universidades y Corporaciones, Iglesias, etcétera)[116]. De este modo, defiende la constitución de dos cámaras representativas: una general de representación política, y otra, de representación orgánica de intereses socio-profesionales.

El proyecto constitucional federalista presentado a la III Asamblea Republicana en 1872 por Nicolás Salmerón y Eduardo Chao, propugnaba la función tutelar del Estado dentro de la filosofía del organicismo social krausista, en cuyo marco la Nación se configura como un ente orgánico del cual surge un interés y fin social común que se encarna en el Estado-Nación y se expresa a través del Derecho. Concepción organicista que se oponía el liberalismo individualista imperante: se insertaba en una cultura democrática que trataba de fortalecer una esfera de opinión pública. La república federal democrática no pudo realizarse plenamente. El carácter efímero de la Iª República impidió que pudiera aplicarse siquiera un programa mínimo de reformas sociales de carácter moderado como el que defendía Salmerón: un republicanismo federalista y social, por contraposición al republicanismo individualista (del tipo de Castelar, por ejemplo).

Su forma política ideal era la República federal, frente a la República unitaria y centralizada. Pero al igual que la cuestión del sufragio universal entendía que la República federal no debería implantarse de modo inmediato sino progresivamente, lo que suscitó desconfianzas entre los republicanos. La República sería la forma política que permitiría una reforma pacífica y gradual, considerada como mucho más eficiente que una transformación radical por vía de revolución[117]. En realidad, Nicolás Salmerón pertenecía al grupo republicano de centro derecha, frente al centro izquierda representado por Pi y Margall[118]. La República por sus contradicciones y su inestabilidad no pudo articular una política de reforma social, *lo que impidió anudar la República con la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores*. Este breve período republicano reflejó inevitablemente las contradicciones sociales propias de una sociedad cada vez más industrializada con el surgimiento de las grandes cuestiones sociales alrededor de la precaria situación del proletariado industrial. En este sentido la I República recibió la presión social vinculada del proceso de industrialización en España[119].

[116] El mismo Azcárate había defendido la creación de un sistema bicameral, una cámara de representación política general y una cámara de representación corporativa. Cfr. Azcárate, G.de.: *La representación corporativa,* Conferencia explicada por el Sr. D. Gumersindo de Azcárate la noche del 30 de marzo de 1898 en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial de Madrid, Avrial Impresor, 1900, pág.12. También Labra, R.Mª de.: *El Partido Republicano en España,* Gijón, 1900, pág.42. Sobre la problemática del parlamentarismo, véase Posada, A.: *Estudios del régimen Parlamentario en España,* Oviedo, Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 1996. La idea de una segunda cámara de representación funcional de intereses fue defendida desde distintas corrientes de pensamiento. Puede consultarse al respecto Fernández De La Mora, G.: "El organicismo krausista", en *Revista de Estudios Políticos,* núm.21 (1981), págs.99 a 184; Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su Generación", en Cámara Villar, G.(ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Granada, Universidad de Granada, 2000, págs.85 a 136; ID.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999; *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003; Barrio Alonso, A.: *El sueño de la democracia industrial. Sindicalismo y política en España, 1917-1923,* Santander, UC, 1996; Barrio Alonso, A.: "Un parlamento industrial en España", en *Melanges de la Casa de Velásquez* (MCV), 1995, XXI, 3, págs.35 a 57.

[117] Véase "Discurso al ocupar la presidencia de las Cortes", 13 de julio de 1873. Esa era la dirección de su discípulo González Serrano, U.: *Preocupaciones Sociales. Ensayos de Psicología popular,* Imprenta de "El Extremeño", Plasencia, 1882, y 2ª edición, corregida y aumentada, Madrid, Librería de Fernando Fe, , Madrid, 1899, págs.152-153, de esta última edición. En las perspectiva más filosófica, González Serrano, U.: *Crítica y filosofía,* Madrid, Biblioteca Económica Filosófica, vol. XLI, 1888.

[118] En este sentido, uno de los mayores conocedores del pensamiento de Salmerón, Martínez López, F.: "Prólogo", a Salmerón, N.: *Discursos y escritos políticos,* Almería, Universidad de Almería, 2006, pág. 22, aunque este tipo de calificaciones son esencialmente relativas.

[119] Puede verse Henessy, C.A.M.: *La República federal en España,* Madrid, Aguilar, 1966, obra ésta de absoluta referencia. También Ferrando Badía, J.: *La Primera República,* Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1973.

Durante la I República, Salmerón ocupó el Ministerio de Gracia y Justicia, y mantendría una muy manifiesta presencia durante toda ella una posición de moderación. Ocuparía la Presidencia de la República en 1873 (desde el 19 de julio al 6 de septiembre). Desde ella mantuvo una actitud conciliadora, pero también contundente respecto del movimiento cantonalista, defendiendo la legalidad republicana y la unidad de España.[120] El cinco de septiembre Salmerón presenta su dimisión por negarse al restablecimiento de la pena de muerte para los delitos de insurrección militar[121] (7 de septiembre de 1873, siendo sustituido por Castelar, pero asume nuevamente la presidencia del Congreso, 9 de septiembre de 1873); abandonó por su propio impulso el poder antes que faltar a sus

[120] El movimiento cantonalista de base popular y en gran media obrera reflejaba la disociación entre las masas populares y la República. La Primera República fue en no poco obra de ideólogos pequeño-burgueses y de las clases medias, esto es, carecía de una fuerza social fuerte y unidad. En ella concurrieron dos tipos humanos de revolucionarios: "burgueses de agitación" y proletarios. Esa coexistencia en Jover Zamora, J.Mª.: *Conciencia obrera y conciencia burguesa en la España contemporánea,* Madrid, 1952, pág.25. De ahí las dificultades para triunfo y consolidación. Respecto al movimiento cantonalista y la actitud de Salmerón imponiendo un gobierno fuerte, de orden público y de reacción militar ante la sublevación de los cantones, véase Jutglar, A.: Pi y Margall y el federalismo español, t. II, Madrid, Taurus ediciones, 1975, espec., págs.587 y sigs., donde subraya el viraje de Salmerón hacia el principio de autoridad frente a los cantones sublevados, con la adopción de medidas enérgicas. "Para restablecer el orden manu militari Salmerón hubo de reorganizar el Ejército y restablecer la disciplina, dando paso en los altos mandos a generales y jefes monárquicos, con Martínez Campos, o no-republicanos, como Pavía. La sublevación popular fue dominada gracias a la falta de dirección de los cantones y en la imposible coordinación entre ellos. Salmerón llegó a recomendar el "giro a la derecha" (orden frente a federalismo) para salvar la República, pero acabo por dimitir. El Gobierno de Castelar –nombrado Presidente el 6 de septiembre- obtuvo el 13 de septiembre autorización de las Cortes para "adoptar las medidas extraordinarias de guerra que estime necesarias". El 20 de septiembre aprobó cuatro decretos: la suspensión transitoria de las garantías individuales de la Constitución vigente, es decir, la de 1869; la supresión de todas las licencias de armas; la restricción de la libertad de desplazamiento, con el uso obligatorio de un salvoconducto para salir del término municipal de residencia; y la censura de prensa, medidas que un año antes él mismo hubiera calificado de tiránicas. Acto seguido suspendió las Cortes hasta el día 2 de enero. Se iniciaba de este modo el gobierno autoritario de Castelar, su auténtica "dictadura republicana". Se conforma así una "República conservadora", la de Castelar. Éste sería, pues, el hombre del giro a la derecha y de esa República conservadora. Véase Palacio Atard, V.: La España del Siglo XIX, 1808-1898, Madrid, Espasa-Calpe, 1978, págs.449 y sigs.; Llorca, C.: Emilio Castelar, precursor de la Democracia Cristiana, Madrid, 1966. Véase Ferrando Badía, J.: La Primera República, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1973, cap. VIII, "Crisis de la República española de 1873: La Revolución cantonal", págs.321 y sigs., que subraya que la historia de la República de 1873 es la historia del fracaso del intento de establecer la federación desde arriba. La República y sus hombres intentarán la federación desde arriba. La revolución cantonal, la federación desde abajo (Ibid., págs.321-322). En el movimiento del cantonalismo federal estarán implicadas tres diversas revoluciones. Una revolución regional de tipo autonomista. Una revolución social que exigirá unas determinadas reformas, aspirando por último a subvertir el orden social establecido. Una revolución política, que al mismo tiempo que reivindique ciertos principios, pretenderá sustituir la influencia política de los ideólogos revolucionarios pequeño-burgueses por la de la burguesía de agitación. Es obvio que dichas revoluciones tenía bases cuando menos heterogéneas, puesto respondían a las ambiciones de los diversos grupos sociales, que se embarcaron en la aventura federal y su imaginario colectivo. En cierto modo, esas tres dimensiones del proceso revolucionario confluirían complejamente en el movimiento del cantonalismo federal. Es durante la I República y en particular en el marco del movimiento cantonalista donde despunta el movimiento obrero organizado entre las masas republicanos, vinculando la revolución social a la revolución política.

[121] Los acontecimientos los exponen con la fuerza de la inmediación histórica Pi y Margall y Pi y Arsuaga, aunque no sin cierta distorsión como se verá inmediatamente: "Parece que el señor Salmerón consultó a sus correligionarios en filosofía, discípulos todos como él del krausista señor Sanz del Río y que formaban por entonces una a modo de apiñada y entusiasta secta. Aconsejáronle ellos que no cediera. He aquí los términos en que el señor Salmerón formuló su renuncia a la presidencia del poder Ejecutivo: 'No creyéndome en las graves circunstancias, con la representación adecuada a las imperiosas exigencias de la opinión pública para salvar la situación que el país atraviesa, cumplo el deber de resgnar ante las Cortes Constituyentes el cargo de Presidente del Poder ejecutivo que se dignaron conferirme en 18 de julio último' (5 de septiembre). Ya en poder del Congreso la dimisión del señor Salmerón, no quiso el señor Castelar, como presidente, dar cuenta de ella, por sí había aún medio de reducir al dimisionario. Acto fue ese más cortés que sincero, pues claro es que la dimisión, tenidas en cuenta todas las circunstancias que la habían determinado, era bien definida...". Cfr. Pi Y Margall, F. y Pi Y Arsuaga, F.: *La grandes conmociones políticas del siglo XIX en España,* Apéndice hasta nuestros días del absolutismo a la República de 1931, por Joaquín Pi y Arsuaga, Barcelona, t. II, Casa Editorial Seguí, s/f., pág. 140.

más caras convicciones. Con todo, una de los hechos más discutibles de su vida política fue negarse a apoyar al Gobierno de Castelar (noche del dos al tres de enero de 1874), lo que supuso la caída del Gobierno, otorgando un motivo explícito para el golpe militar del general Pavía contra la República (golpe de Estado de Pavía que se produce el 3 de enero de 1874). Ningún argumento de los aducidos por el propio Salmerón puede justificar seriamente su falta de visión de la realidad política del momento, revelando "una candidez lamentable"[122]: debió prestar su apoyo crítico a Castelar para así impedir el mal mayor del golpe militar de Pavía, que ya se estaba fraguando[123]. Pi y Margall llevó más lejos la crítica publicando, aunque sin su firma, el artículo "El hombre hueco", *El Reformista,* 18 de noviembre de 1873. Esa calificación le acompañaría siempre, siendo utilizada por Lerroux. Después del golpe de Estado se restaura la monarquía borbónica en España. El efecto más inmediato para él su expulsión de la cátedra, el destierro a Lugo y el exilio a París avanzado ya el año 1876, donde residiría diez años. A su regreso se reintegraría en la cátedra de la Universidad Central, reiniciando al mismo tiempo su actividad política en el interior. En agosto de 1876 había constituido junto con Manuel Ruiz Zorrilla el Partido Republicano Reformista y después el Partido Republicano Progresista. Les separaba el modelo de acceso al poder (violento en el primero y pacífico en el segundo). El Partido Republicano Reformista elaboró un Manifiesto hecho público el 25 de agosto de 1876. En él se establecía un programa que partía del intervencionismo del Estado en un sentido social y redistributivo: extensión de la educación primaria, laica y obligatoria y gratuita; facilitación de vivienda para los trabajadores; reducción de las horas de trabajo de los trabajadores; creación de bancos agrícolas, reparto de bienes nacionales por razones de interés público, etcétera.

A partir de 1886 se incorpora al parlamento de la Restauración, y ya no abrigaría ninguna duda sobre la transición pacífica desde la Restauración a la República[124]. En 1891 fundaría el Partido Republicano Centralista, que representaba el centro republicano alejado del posibilismo de Cautelar y del republicanismo de tipo insurreccional y populista. Estaba integrado por profesiones liberales y comerciantes, pudiendo ser considerado como el primer partido de intelectuales en el panorama político español y la mejor expresión de la relación entre republicanismo, ciencia y reforma[125]. Salmerón lideraría una propuesta integradora de las distintas corrientes del republicanismo español desde la formación del Partido Republicano Centralista. Este partido abrió una nueva forma de praxis política, de orientación más pragmática y basada en la utilización de las vías legales permitidas por la Restauración. Supuso también el intento de fortalecer una sociedad civil más capaz de impulsar el proceso de democratización y modernización de España[126]. Salmerón se unió a los alineó con los partidarios de la acción legal frente a los que postulaban la revolución. Con esta formación política tuvo algunos éxitos electorales obteniendo varios escaños en elecciones sucesivas desde 1891. Después vendría la fundación de la Unión Republica, marcada siempre por fuertes tensiones internas e inicialmente buenos resultados electorales. Su creación permitió unir, siquiera sea provisionalmente, a las distintas tendencias del republicanismo español. Salmerón fue la personalidad unificadora de la coalición republicana en un partido único, con la presidencia de Salmerón. En el Parlamento pronunciaría uno de sus más grandes discursos: el discurso sobre el Mensaje de la Corona (17 de julio de 1903). En él se realizó una crítica severa sobre la Monarquía, su vinculación con la Iglesia, su conservadurismo y antimodernidad. Pero también se postulaba la intervención del Estado en la cuestión social y la representación política de los trabajadores. En su discurso pronunciado en la

[122] Urbano González Serrano, págs.19-20.

[123] La crítica excesiva y durísima de Pi Y Margal, en su artículo "El hombre hueco", en *El Reformista,* de 18 de noviembre de 1873.

[124] Su declaración de principios se contiene en su "Primer discurso en las Cortes de la Restauración", de 1 de julio de 1886.

[125] Martínez López, F.: "Prólogo", cit., pág.35; Suárez Cortina, M.: *El gorro frigio. Liberalismo, Democracia y Republicanismo en la Restauración,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, pág.27.

[126] Martínez López, F.: "Prólogo", cit., pág.36-7.

Casa del Pueblo de Barcelona (24 de septiembre de 1904)[127] ante los obreros ferroviarios defendió la reforma social armónica entre capital y trabajo y la alianza entre la burguesía republicana progresista y los trabajadores. Su apuesta por la legalidad parlamentaria y la renuncia a la acción violenta fue criticada por los sectores más radicales de la Unión Republicana partidarios de la vía insurreccional de instauración de la República[128]. En Salmerón, como el krausismo positivista en general, la cuestión social tenía una motivación compleja[129] y su solución tenía que pasar por la búsqueda de la armonía y la paz sociales. Para ello el Estado ha de intervenir en las relaciones sociales y llevar a cabo un programa de reforma social integrar en cuanto comprensiva de las dimensiones económicas, sociales, educativas (enseñanza libre, laica, pública, gratuita y obligatoria), religiosas y político-jurídicas que planteaba la cuestión social. El krausismo democrático participaría en la misma creación de la Comisión de Reformas Sociales (1883) y después en el Proyecto de creación del Instituto del Trabajo y en el Instituto de Reformas Sociales (1904), que estuvo presidido hasta su muerte por Gumersindo de Azcárate y que contaría con la intervención activa de González Serrano, Adolfo Posada, Adolfo Buylla, Sales y Ferré y Piernas Hurtado. Para estos fines se llevó a cabo una recepción de las doctrinas de reforma social postuladas por el socialismo de cátedra alemán, el solidarismo jurídico-político francés y el liberalismo democrático-social que se estaba defendiendo en Inglaterra. Intervención correctiva del Estado y solidaridad social serían las bases de la política social republicana[130]. Este republicanismo práctico reformista permitió enlazar con las soluciones al problema social y las aspiraciones del movimiento obrero. Pero ello no supuso que los trabajadores viesen en el régimen republicano la forma política más idónea para resolver sus problemas y propiciar su emancipación social. Las organizaciones de los trabajadores seguían vinculando la República como la forma política de la clase burguesa en el poder. En el seno del movimiento obrero pesaba más la idea de una República conservadora y burguesa que la de una República democrática que capaces de realizar cambios cualitativos en el orden establecido[131]. No obstante, durante la I República las organizaciones obreras reclamaron su derecho a la libre asociación y la intervención del Estado para mejorar la situación de las clases trabajadoras. Será preciso esperar más tiempo para vincular la República con las aspiraciones emancipatorias de las clases trabajadoras, y es lo cierto que con la fundación del partido socialista en 1879 y crecimiento de la influencia del anarquismo venía a poner de manifiesto que el republicanismo no tendría la influencia desea como movimiento político de masas. Esto hizo que los partidos republicanismo, muy divididos, fueron grandes partidos elitistas, con la excepción posterior del partido republicano radical y populista de Lerroux. Es evidente que esto no siempre fue así: "El republicanismo de septiembre de 1868 era federal, con una base popular y regional muy amplia, y un contenido doctrinal impreciso. Los partidos republicanos que surjan en la Restauración, serán federales o unitarios, burgueses en coherencia lo que pierdan en número". Después del golpe de Pavía, resulta evidente la desilusión de las masas y las dificultades para reorganizarse de nuevo[132]. Tras ello el republicanismo dejó de ser una fuerza política efectiva durante más de dos generaciones. "La ruptura de Salmerón con Castelar, la virtual repudiación que Castelar hizo de su propio pasado en un discurso pronunciado en Granada el 26 de mayo, en el que también declaró su benevolencia hacia el régimen de Serrano, el desacuerdo de Pi y Margall con Salmerón y Figueras en un una reunión política celebrada a principios de 1874 en casa del último y, finalmente, la reaparición de Zorrilla

[127] También su artículo anterior, "La cuestión económica", en *La Justicia,* 9-III-1892.

[128] Es el caso de José NAKENS . Véase Pérez Ledesma, M.: "José Nakens (1841-1926). Pasión anticlerical y activismo republicano », en Burdiel, I. y Pérez Ledesma, M.(Coords.).: *Liberales, agitadores y conspiradores. Biografías heterodoxas del siglo XIX,* Madrid, Espasa, 2000.

[129] Véase Buylla, A.: *La reforma Social en España,* discursos leídos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 25 de marzo de 1917, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1917, pág.16.

[130] Véase, por ejemplo, Posada, A.: "Fundamento y significación de la política social", en *La Lectura,* 1913, t. II, págs.24-25.

[131] Puede ser ilustrativa las consideraciones reflejadas en la obra de Jover Zamora, J.Mª.: *Realidad y mito de la Primera República,* Madrid, Espasa-Calpe- Colección Austral, 1994.

[132] López-Cordón, Mª.V.: *El pensamiento político-internacional del federalismo español (1868-1874),* Barcelona, Ed.Planeta, 1975, pág.86

con su profesión de republicanismo en agosto de 1874, dan la tónica de los años restantes del siglo. A pesar de los intentos de reconciliación, las disensiones republicanas tendían a acrecentarse en vez de disminuirse"[133].

Es obvio que los trabajadores y sus asociaciones de defensa no se identificaban tampoco con la monarquía del régimen autoritario de La Restauración.

Y con la muerte de la I República vino la división y desintegración del movimiento republicano en España. Pero también la represión política y universitaria (la "segunda cuestión universitaria")[134], que Salmerón (al igual que Francisco Giner de los Ríos y Gumersindo de Azcárate) sufrió directamente, con su destierro en Lugo y la suspensión indefinida como catedrático de Metafísica de la Universidad Central. La Restauración, un régimen monárquico impuesto por la fuerza-, se muestra partidario a utilizar los procedimientos revolucionarios contra ese régimen impuesto y de carácter autoritario. No estuvo sólo porque Azcárate imbuido del mismo pesimismo había defendido que "la insurrección es un derecho cuando un pueblo apela a este medio, perdida toda esperanza de poder utilizar los pacíficos, para recabar su soberanía y ser dueño de sus propios destinos, arrancando el poder de manos de una institución o de una minoría que se han impuesto abusiva y tiránicamente"[135]. Salmerón, y Azcárate, no renunciaron con ello a reformismo político y social que venía caracterizando al krausismo, pero si podía proclamar que en situaciones coyunturales era legítima la utilización de procedimientos revolucionarios no deseables como cauces normalizados de ordenación de la vida política[136]. En esa época se estaba sedimentando un desplazamiento de la centralidad de la metafísica krausista (postulada por Krause, Sanz del Ríos, Ahrens, Tubingen, etc.) por el positivismo krausista (que Posada denominaría "krausopositivismo"), el cual suponía una mayor atención a la realidad en las formuladas dadas por Salmerón, Urbano González Serrano y Francisco Giner de los Ríos[137]. Ese giro del krausismo metafísico al krausopositivismo supuso un cambio cualitativo, un punto de inflexión que marcó profundamente la subsiguiente evolución de esta corriente de pensamiento (contra, Dardé, 156, que afirma que "los supuestos básicos del pensamiento política de Salmerón siguieron siendo los mismos, con el krausismo y con el krausopositivismo", sería sólo un "cambio de estrategia política"). Lo contrario sería minimizar la relevancia de los supuestos iusfilosóficos y políticos de partida que supone esa transición hacia el positivismo.

En su exilio exterior, mayormente en París, ejerció como abogado y mantuvo una estrecha colaboración con Manuel Ruiz Zorrilla. Ambos publicaron un Manifiesto (agosto de 1876), donde junto a la exposición del ideario republicano se anunciaba la fundación del Partido Republicano Reformista. Junto a Manuel Ruiz Zorrilla Salmerón realizaría una actividad conspirativa a favor de la reinstauración de la República. Tras ello subyacía una típica visión krausista de las limitaciones culturales del pueblo para participar activamente en política. No obstante, hasta entonces sólo se había utilizado para expresar sus reticencias respecto al "sufragio universal". A partir de ese momento, y con carácter coyuntural, el argumento de la falta de preparación se utilizó para realizar una revolución por vía de insurrección militar. Ello supuso su separación del Partido Federal de Pi y Margall. Salmerón justificó esa en su forma de entender el federalismo en sentido orgánico (federalismo orgánico), de modo contrapuesto a la concepción mantenida por Pi, el cual defendía un tipo de "federalismo

[133] Hennessy, C.A.M.: *La República Federal en España. Pi y Margal y el movimiento republicano federal 1868-74,* Madrid, Aguilar, 1966, pág.246.

[134] Véase Cacho Viú, V.: págs.282 a 318.

[135] Cfr. Azcárate, G. de.: *Minuta de un testamento (ideario del krausismo liberal),* Est.prel., y "Addenda-2004" de Elías Díaz, Granada, Ed.Comares, 2004.

[136] Véase sobre ello Dardé, C.: "Biografía política de Nicolás Salmerón", cit., págs.154-155

[137] Véase Núñez Ruíz, D.: *La mentalidad positiva en España,* págs. 79 a 109; Abellán, J.L.: *Historia crítica del pensamiento español,* cit., págs.108 a 145.

pactista"[138]. Sería compañero de viaje hasta el año 1886, después de la sublevación de Villacampa. Poco tiempo después encabezaría la fundación del Partido Centralista, cuyo nacimiento se produce el 1 de enero de 1888.

En los últimos años de su vida Salmerón continuó con su actividad política y se comprometió con el apoyo a Solidaridad Catalana. Este apoyo tan sólo se puede comprender por el enfoque integrador y regenerador de Salmerón al defender la colaboración de una amplia gama de formaciones políticas para tratar de romper internamente el régimen político de la Restauración, y reconocer la pluralidad y diversidad de las entidades territoriales en España. Se insertaba dentro de su concepción organicista de la nación española, donde coexistían distintas solidaridades. La idea básica del krausoinstitucionismo era la concepción orgánica de la nación y la visión del Estado español como una República orgánica federal, y su rechazo a la idea de un Estado centralista que era percibido como una reminiscencia del absolutismo. El apoyo a Solidaridad Catalana permitiría agregar nuevas fuerzas renovadoras frente al sistema autoritario de la Restauración y frente a la constitución real del caciquismo. Esta concepción descentralizadora moderada[139] se sitúo en contraposición directa con la concepción postula por los partidarios del régimen de la Restauración. Dicha concepción fue la mantenida por Salmerón en el "Proyecto de Bases de la Constitución Republicano-Federal de España" (1872)[140], donde el Estado era estructurado con base a unidades territoriales dotadas de una cierta autonomía decisoria (municipio, cantones, regiones...), como instancias intermedias situadas entre el individuo y el Estado[141]. El municipio, la región y las demás unidades territoriales se conciben en él como *organismos interiores dentro de la vida del Estado*[142]. En la "base 24ª" se regula la representación política general, mientras que en la "base 23ª" se contempla una representación corporativa en las asambleas cantonales. Ello no obstante, ese Republicanismo federal débil –en contraste con el defendido por Pi y Margall- era visto con desconfianza por las fuerzas federales más radicales, y cuando se produce la caída de Pi se extenderían las proclamaciones autonomistas cantonales. Salmerón y Castelar se verían abocados

[138] Véase Dardé, C.: "Biografía política", cit., pág. 158.

[139] Es obligado decir que la proximidad con solidaridad catalana suponía una matización sensible de la visión "centralista" del Estado nacional. Salmerón señaló que en el programa de solidaridad catalana "nada hay que pueda crear dificultades para estos Gobiernos, a los cuales no quiero llamar centralistas, porque ya es apellido que toda conciencia recta repugna, y que quien conozca el estado de España ha de abominar…". Cfr. Salamerón, N.: "Contestación al Discurso de la Corona", sesión del 19 de junio de 1907, pág.433.

[140] Este Proyecto fue presentado por Chao y Salmerón en la Tercera Asamblea Federal de 1872 del Partido Democrático Republicano Federal. El texto se publicó en *La Igualdad. Diario Republicano Federal,* 1125 (15 de mayo de 1872), 1127 (17 de mayo de 1872), 1129 (19 de mayo de 1872) y 1131 (21 de mayo de 1872), y viene recogido en Pi Y Margall, F.y Pi Y Arsuaga, F.: *Historia de España en el siglo XIX,* vol. V, Barcelona, 1902, págs.357 y sigs. Véase Salmerón, N.y Chao, E.: *Proyecto de bases de la Constitución republicana federal de España presentado a la Asamblea Federal de 1872,* Madrid, 1872. Sobre él, véase Trujillo, G.: *El federalismo español,* Madrid, Edicusa, 1967, págs.180 y sigs.

[141] Decía Salmerón en 1891: "Afirmamos la región no sólo por la exigencia de que no sea el organismo del Estado una mera reunión de moléculas –si vale la expresión-, de las moléculas municipales, que no bastarían a ofrecer aquella flexibilidad indispensable para que encajen perfectamente las articulaciones del gran cuerpo de la nación, sino porque en España las regiones tienen propio espíritu, peculiar carácter, determinada tendencia que, lejos de sofocarlos, importa vigorizarlos que será tanto más rica y sólida cuanto más viva y genial sea la variedad de que se forme". Cfr. Salmerón Y Alonso, N.: "Discurso en el Teatro del Círculo Ecuestre de Barcelona", en *La Justicia,* 12-1-1891. Esta concepción organicista del Estado encontró un analista y defensor lúcido en Posada, A.: *Evolución legislativa del Régimen Local en España 1812-1909,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910; ID.; *El Régimen Municipal de la Ciudad Moderna. Bosquejo del Régimen Local. España, Francia, Inglaterra, Estados alemanes y Estados Unidos,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1916, y, aunque con menor elaboración teórica, los ensayos recogidos en Azcárate, G.: *Municipalismo y regionalismo,* Madrid, IEAL, 1979. Sobre el krausismo y la cuestión nacional, véase la exposición de Suárez Cortina, M.: *El gorro frigio. Liberalismo, Democracia y Republicanismo en la Restauración,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, págs.127 y sigs.; De Blas Guerrero, A.: *Tradición republicana y nacionalismo español,* Madrid, Tecnos, 1991.

[142] Salmerón, N.: "Mitin en Valencia", en *La Justicia,* 19-1-1891.

a realizar un política de orden en defensa de la unidad del Estado nacional[143]. Por otra parte, en el Título Preliminar, se destina a los "Derechos naturales de la personalidad humana", que comprende el "derecho a la vida y a la dignidad de la vida" (que implica la abolición de la pena de muerte para todos los delitos y el establecimiento de un sistema penitenciario adecuado a esta reforma; el derecho del criminal a la pena y del procesado inocente a la reparación; el derecho de defensa contra los particulares y de resistencia a los abusos de autoridad; la *abolición de la esclavitud* y de los últimos vestigios de las penas infamantes); "el derecho de reunión y de asociación"; "la libertad de trabajo, de la industria, del comercio interior y del crédito", "el derecho de propiedad, sin facultad de amortización; "Igualdad de derechos y deberes ante la ley, e igualdad de ambos sexos en los derechos civiles". En la Base 2ª se establece que: "Estos derechos, que son extensivos a las asociaciones en cuanto a ellas puedan aplicarse, se consideran como un supuesto de la Constitución política del país, y en este concepto, no solo son inviolables para todos los Poderes públicos, sino que les incumbe obligatoriamente su defensa, sin facultad de suspenderlos jamás".

Sin embargo, su apoyo a Solidaridad Catalana fue contestado dentro de la Unión Republicana, señaladamente por Alejandro Lerroux. Por lo demás, la búsqueda de las solidaridades plurales dentro del Estado no sería operativa en la práctica política (coexistían razones internas al movimiento republicano dividido y externas al mismo)[144] y tampoco su visión organicista de la identidad nacional española en la pluralidad. Al final Salmerón renunciaría a la dirección de la Unión Republica en 1907, agotado y desilusionado. Falleció el 20 de septiembre de 1908, en Pau (Francia). Solidaridad Catalana fracasó en las elecciones parciales de diputados en Barcelona para cubrir tres puestos vacantes (diciembre de 1908). Todos creían segura la victoria de la Solidaridad y produjo verdadero estupor la inesperada derrota de ésta. El partido de Lerroux, que en torno a la bandera antisolidaria había reunido a todos los elementos españolistas de Barcelona, incluso elementos conservadores, triunfó en medio de una gran alegría de todos los partidos políticos. Después de este fracaso la Solidaridad sobrevivió poco tiempo a aquella derrota. En las elecciones municipales de marzo de 1909, los partidos republicanos solidarios se negaron a coaligarse con las derechas. El siguiente año los aludidos partidos –federal, Unión Republicana y nacionalista republicano- se fusionaron en la Unión Federal, de la que fue nombrado jefe Pedro Corominas. Muerto Salmerón, rota la Solidaridad, perturbada Cataluña por la revolución de 1909 y la represión que la siguió, el pleito catalán pasó, durante algún tiempo, a segundo término[145].

Su trayectoria refleja la honestidad de Salmerón, pero también críticamente ciertas aporías entre su pensamiento krausista y su condición de hombre político. Es de señalar su adhesión permanente al ideario republicano, desde la concepción del partido republicano como un órgano de las clases medias en el marco de una tendencia social para servir a la emancipación del "cuarto estado" preparar el "libre organismo de la igualdad", que haya de afirmar para siempre el imperio

[143] Sobre la posición de Salmerón, el movimiento (rebelión) cantonalista y el derrumbamiento de la República, consúltese Hennessy, C.A.M.: *La República Federal en España. Pi y Margal y el movimiento republicano federal 1868-74,* Madrid, Aguilar, 1966, cap.10, págs.223 y sigs.

[144] Sobre Solidaridad Catalana y los orígenes del Partido Radical, puede consultarse Suárez Cortina, M.: *El gorro frigio. Liberalismo, Democracia y Republicanismo en la Restauración,* cit., págs.271 y sigs. El cual señala que "el apoyo de Salmerón a los diputados catalanes en el Congreso y la formación de Solidaridad Catalana fue, en parte, el detonante que hizo estallar el partido, pero sería históricamente erróneo, si se la considera como causa única o fundamental. Ello no impide, no obstante, valorar el hecho de que en los años siguientes el tema de Solidaridad Catalana se convirtió en el eje sobre el que giraron casi todos los debates dentro del republicanismo histórico. Aun con todo, convertir Solidaridad en el problema básico de la Unión sería eludir el problema fundamental con el que se enfrentó el republicanismo de principios de siglo: su modernidad como oferta política" (Ibid., pág.279).

[145] Cfr. Rovira Y Virgili, A.: *Historia de los movimientos nacionalistas,* vol. 3º, Barcelona, Editorial Hacer, 1980, Edición facsímil, de la 1ª edición publicada en Barcelona por la Editorial Minerva, págs.517-518.

de la justicia entre los hombres[146]. En él se aprecia un discurso ciertamente complejo, en el que se aprecia una tensión constante entre objetivos ambiciosos y medios prudentes. Representaba un proyecto liberal-democrático de carácter moderado y reformista, que en los diversos momentos que marcaron la vida de nuestro país adquirió diferentes orientaciones: conservador durante la I República, pero a la izquierda del orden establecido en los primeros años de la Restauración[147]. En este sentido su proyecto político más allá de la profesión de fe hacia el republicanismo innegable, no fue enteramente coherente, aunque sí honesto y reflejo de sincera autenticidad. Hay que tener en cuenta la heterogeneidad misma del republicanismo incluso dentro de las distintas tendencias (unitarios, federales y radicales o cantonalistas…) y su fragmentación interna. Su ideario republicano básico esta reflejado en el Manifiesto de 11 de abril de 1880. Su ideario reformista le llevó, ante que otros republicanos, a defender la realización de políticas sociales, hasta tal punto de que sus propuesta respecto al problema social pudieron ser consideradas como demasiado radicales y hasta peligrosas dentro del propio movimiento republicano de orientación krausista[148]. No es de extrañar que su más reconocido discípulo, Urbano González Serrano, participara en la Comisión de Reformas Sociales, creada por Moret en 1883 con el objetivo de conocer y proponer soluciones a la cuestión social. Se intentó conferir al positivismo una significación constructiva. Como es sabido en dicha Comisión tenían una especial representación e influencia el krausismo social reformista (Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, el mismo González Serrano, aunque también existía otras tendencia como el catolicismo social –Sanz y Escartín- y el socialismo –Jaime Vera, y el conservadurismo reformista). Para el krausismo evolucionado el Estado debía intervenir para resolver el problema social, al mismo tiempo se afirmaba la necesidad de moralizar la económica imponiendo deberes de la riqueza[149]. Ello se realizaba bajo la idea de solidaridad generadora de un verdadero "deber social"[150]. Los krausistas republicanos coinciden en afirmar la complejidad y en el carácter pluridimensional de la cuestión social (económico, social, jurídico, político, cultural y religioso). En realidad Salmerón "era radical en ideas y conservador en los procedimientos", lo que explica sus límites y en no poco su fracasos políticos[151].

Transcurrido el tiempo, en su vejez, Salmerón impartió una conferencia en la Casa del Pueblo de Barcelona (24 de septiembre de 1904), en la que defendió una estrategia de unión entre los intelectuales y los trabajadores (estrategia de unión entre las fuerzas del trabajo y las fuerzas de la cultura). Plantea su "idea tutelar" de la educación para la libertad, pero indicando que se necesitaban de líderes que defendiesen sus intereses. Es la idea tutela y paternalista tan querida en la cultura política del republicanismo social-liberal krausista español. La República era el régimen político

[146] Véase Aguilera Y Arjona, A.: *Salmerón,* Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1918, págs.13-14.

[147] Dardé, C.: "Biografía política", cit., pág.161.

[148] Carta de Nicolás Salmerón a Urbano González Serrano, con fecha de 15 de enero de 1877. Véase Azcárate, P. de.: *Gumersindo de Azcárate. Estudio biográfico documental,* Madrid, Tecnos, 1969, págs.228 a 234; Azcárate, P. de.: *Concepto de la sociología y un estudio sobre los deberes de la riqueza,* Barcelona, Henrich Cª, Biblioteca Sociológica Internacional, 1904, el discurso "El concepto de sociología" ha sido reeditado recientemente en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* núm.56 (1991), págs.245 a 273; Azcárate, P. de.: *Resumen de un debate sobre el problema social,* Madrid, Gras y Compañía, Editores, 1881.

[149] Exponente de ello es la obra de Azcárate en este asunto especialmente próxima a Salmerón, Azcárate, G.de.: *Estudios económico y sociales,* Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1876; Azcárate, P. De.: *Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, leyes sociales o leyes del trabajo,* Discurso leído en el Ateneo Científico y Literario de Madrid, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1893*;* Azcárate, P. De.: *El problema social,* Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1946, que es una recopilación de ensayos sobre la cuestión social.

[150] Véase Bourgeois, L.: *Solidarité (1912),* París, Presses Universitaires du Septentrión, 1998; Posada, A.: «La noción de deber social », en *La Lectura,* núm.1 (1901). La noción de deber social, que tanto jugó en el radical-socialismo francés de la Tercera República, fue esencia para el republicanismo democrático-social postulado por Adolfo Posada y Gumersindo de Azcárate.

[151] González Serrano, U.: *Nicolás Salmerón. Estudio crítico-biográfico,* Madrid, Est.Tipográfico de Ricardo Fe, 1903, págs.20-21.

más adecuado para crear una esfera de opinión pública y un orden armónico dentro de la sociedad bajo la tutela de un Estado de intervención moderada, que de manera gradualista y pacífica fuese transformando la constitución ordoliberal de los orígenes en una constitución social-democrática. En la práctica, las reformas sociales aplazadas y "emplazadas" en el tiempo sin decisión política definida *ofrecerían una constitución sin decisión* respecto a la emancipación socio-política de los trabajadores (como "subjetividad política" definida). En gran medida hay que esperar a Adolfo Posada y a los krauso-socialistas (Fernando de los Ríos, Julián Besteiro, y L. Luzuriaga, entre otros pensadores) para que se definiera el proyecto de una constitución social del trabajo. En cualquier caso, interesa matizar que no debe olvidarse la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales de la ciudadanía, presentes ya en el ideario de Krause, y que luego cristalizarían más decididamente en el Grupo de Oviedo; y asimismo el compromiso del republicanismo social con la creación de la Comisión de Reformas Sociales y el Instituto de Reformas Sociales; es decir, su directa implicación en la política de las instituciones públicas de reforma social[152]. Con ello se pretendía dar respuesta al interrogante planteado de cómo reconstruir el vínculo social roto por el capitalismo individualista. La respuesta a la crisis del liberalismo de modernización restringida enlaza con un plan de reformas basadas en la solidaridad social orgánica y la intervención estatal. Al tiempo ello exigiría una reforma de la Constitución jurídica.

La actitud de Salmerón frente a la cuestión social se combina con la entrada en el escenario de la política republicana de su hijo Nicolás Salmerón García (y discípulo también suyo), el cual encabezaría con su firma el programa de "Germinal"[153]. Precisamente esta agrupación defendería la intervención directa del estado en las cuestiones sociales. Salmerón García, publicará numerosos artículos sobre el problema social[154], traducciones políticamente orientadas, y un libro relevante con el contrato colectivo[155] y otro sobre las corrientes de pensamiento de la época[156]. Salmerón García había realizado una amplia labor de introductor de las nuevas ideas sociales, así tradujo a J. Novicow[157], Max

[152] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 116 y sigs., 134 y sigs., y 191 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *la reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo II ("Crisis del Estado de Derecho Liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"; "Revisión de la "Constitución política" en el sentido de la implantación de un sistema democrático"; "Revisión de la "constitución liberal del trabajo": el reformismo jurídico-social como antídoto a la "cuestión social""; "El proceso de reforma jurídico-social en España. Ensayo de explicación"), págs. 133-515.

[153] Pérez De La Dehesa: *El grupo "germinal": una clave del 98,* Madrid, Taurus, 1970; Martínez López, F.: "El Germinal almeriense (La agrupación republicano-socialista Germinal, 1899-1902)", en *Boletín del Instituto de Estudios Almerienses,* núm.4 (1984), págs.101 a 119.

[154] "Aspiraciones generosas", en *Vida Nueva,* 13-XI-1898; "Ser o no ser", en *Las Noticias,* 8-VII-1899, donde también publica: "La lucha por el derecho", 4-II-1900 (con clara reminiscencia a la lucha por el derecho de Ihering), "Contra la corriente", 12-VII-1900, "La razón del fracaso", 29-VII-1900, "Hacia el desenlace", 21-XI-1900; "Base necesaria", 9-XII-1900.

[155] Salmerón Y García, N.: *El contrato colectivo de trabajo,* Memoria Presentada a al Junta para Ampliación de Estudios e Investigación Científicas por el "pensionado" D. Nicolás Salmerón y García, Anales, t. XIII, Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Madrid, Imprenta de Fortanet, 1914.

[156] Salmerón Y García, N.: *Las Grandes Corrientes del Pensamiento Contemporáneo,* Madrid, Daniel Jorro, 1912.

[157] Novicow, J.: *La crítica del Darwinismo social,* trad. de Nicolás Salmerón y García, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1914, obra ésta de gran difusión e influencia en el periodo histórico, que contiene una critica severa a las teorías del darwinismo social (señala que "el darwinismo ha venido a dar la razón a los instintos arcaicos de brutalidad tan profundamente arraigados en los cerebros de los tradicionalistas, de los rutinarios y de los ignorantes que forman parte hoy todavía, por desgracia, la inmensa mayoría del género humano", pág.11; "Partiendo de la idea de que la lucha hace el progreso, los darwinistas han sacado la conclusión de que cuanto más dura es la lucha, más rápido es el progreso. Esta conclusión no tiene en cuenta para nada la parte alianza. Ahora bien, la alianza es un fenómeno tan universal como la lucha. El darwinismo ha sido una colosal desviación en la unilateralidad, ha traído un verdadero eclipse del pensamiento", pág.99); Novicow, J.: *El problema de la miseria y los fenómenos económicos naturales,* trad. Nicolás Salmerón y García, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1915. Lejos de este enfoque darwinista, Salmerón defiende que la idea de progreso humano, supone que el progreso económico tiene que venir acompañado del

Nordau[158] y otros autores[159]. Salmerón García ya presentaría una identidad típicamente republicano-socialista. No obstante, el Partido Socialista mostró reticencias respecto a Salmerón García[160], el cual mantuvo buenas relaciones con el republicanismo radical de Alejandro Lerroux. En todo caso, parece que las nuevas ideas de su hijo no dejan de revitalizar y actualizar el propio ideario republicano de Salmerón, especialmente Salmerón García veía en la resolución de los problemas sociales una cuestión central del programa del republicanismo democrático y un punto de conexión con otras fuerzas de izquierda.

Es verdad que se puede objetar que a comienzo del siglo veinte las reflexiones de Salmerón sobre la cuestión social quizás no den cuenta de la gravedad del problema y de su trascendencia dentro del programa republicano. En un momento clave para postular una Alianza entre republicanismo y socialismo y en un contexto de fuerte crispación social, Salmerón no ofrecerá un programa de reformas sociales adaptado a las exigencias de los tiempos. Hay que esperar al discurso pronunciado por Salmerón en 1904 en la Casa del Pueblo de Barcelona. El encuentro había sido preparado por Lerroux. Allí presenta un programa moderado de reformas sociales. En él defiende la búsqueda de una solución armónica entre los intereses de los trabajadores y de los empresarios. Por ello entiende que el instrumento más adecuado no puede ser la lucha de clases sino las formas pacíficas de colaboración. La reforma tiene que ser gradual a través de las leyes sociales y de la pedagogía social[161]. La República facilitaría la creación de las condiciones institucionales para la identificación de las soluciones más adecuadas. En ese discurso Salmerón se autodefine como"socialista de Estado, profundo, radicalmente convencido". Es evidente que ello le aproximaría a los "socialistas de cátedra" y al "solidarismo social" francés, pero no al socialismo marxista con el cual no tiene ningún punto de proximidad ideológica. Con ello defiende un intervencionismo moderado del Estado, que se antojaba como insuficiente para conectar con los grandes problemas que se les presentaba a las clases trabajadoras. Su enfoque central sigue siendo educativo (la reforma social como "pedagogía social"), aunque Salmerón –como Azcárate- supera el enfoque exclusivamente moralizador de las clases trabajadores, quizás por su pragmatismo y experiencia política[162]. Encontramos nuevamente aquí las limitaciones intrínsecas del reformismo social de inspiración krausista[163]. Cabe destacar el mérito de Nicolás Salmerón en una época

progreso social, sin el cual sólo existe crecimiento económico. Véase Salmerón Y Alonso, N.: "Las leyes de la Historia y el progreso humano, en Díaz Quintero, F. (Dir.): *Enciclopedia Republicana Federal Social,* Madrid, 1871, págs. 107-138.

158 Nordau, M.: *Biología de la ética,* trad. de Nicolás Salmerón y García, Madrid, V.H. de Sanz Calleja, 1916; ID.: *Degeneración,* trad. de Nicolás Salmerón y García, con epílogo del autor, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1902, 2 tomos ("I. Fin de siglo.-El misticismo"; "II. El Egotismo.-El realismo.-El siglo XX"); *El sentido de la historia,* trad. de Nicolás Salmerón y García, Madrid, Ed.Daniel Jorro, 1911; *Psico-fisiología del genio y del talento,* trad. de Nicolás Salmerón y García, Madrid, Ed. Daniel Jorro, 1910.

159 Por ejemplo, la novela de Maistre, Javier De.: *Viaje alrededor de mi cuarto,* trad. Nicolás Salmerón y García, Madrid, Espasa-Calpe, 1940.

160 Véase "Intolerancia de sectario", en *Las Noticias,* 17-XII-1900, y en *El Socialista,* "Más sobre táctica", 2-II-1900, "En justa causa", 25-V-1900, "Instrucción obrera", 22-VI-1900.

161 La idea de una reforma pedagógica refleja un rasgo moralizador propio del krausismo reformista se aprecia en los grandes teóricos del krausoinstitucionismo, como es el caso de POSADA, A.: "M. Guyau", Prólogo a GUYAU: *La educación y la herencia. Estudios sociológicos,* trad., Prólogo y notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, s/f.

162 En algunos krausista persistió todavía, véase, por ejemplo, Altamira, R.: *Cuestiones sociales,* Valencia, Prometeo, s.f., espec., págs.37y sigs.

163 Véase Díaz, E.: *La filosofía social del krausismo español,* Madrid, Debate, 1989, espec., págs. 211 y sigs., y Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003, espec., págs.256 y sigs. Es necesario subrayar que otros grandes pensadores y políticos de la I Republica si habían propuesto un programa más amplio de reforma social. Así, significativamente, Pi y Margall se había ocupado desde 1854 sobre la importancia de la llamada cuestión social. Proponía una intensa reforma social gradualista con todo un programa de reformas sociales: intervencionismo público (Código de Trabajo), reconocimiento de los derechos colectivos o sindicales (derecho de asociación y huelga), reforma fiscal, fomento de la participación en beneficios y de la economía social, reforma agraria, etcétera (Véase el Programa de 1894). Para la verificación de su pensamiento social y puesta en práctica es

de dominio ultra-liberal individualista (una forma de "liberalismo autoritario" y excluyente, propio de la modernidad restringida que se postulaba por ese liberalismo radical) en proclamar la intervención del Estado en la cuestión social, con un enfoque que en la época se llamó de "socialismo de Estado" (sin ser socialismo en sí, sino utilizando la expresión como defensa de un Estado intervencionista la protección social y en la ordenación racionalizadora de la economía), una dirección que encontraba puntos de proximidad con la opción intervencionista que imperaría en la Alemana de Bismarck y en la Tercera República francesa con la ideología del solidarismo social como opción por la integración institucionalizada de los conflictos sociales y como "política de orden" y pacificación social en una sociedad industrial fragmentada por profundas rupturas y desigualdades sociales. Era un modelo de respuesta *integradora en el sistema político-institucional* de intervención legislativa reformista del Estado en la llamada "cuestión social" generada por el conflicto antagonista entre el capital y trabajo como conflicto estructural de las sociedades industrializadas. En reformistas a "alma política" como Nicolás Salmerón y Gumersindo de Azcárate prevalecía el objetivo de garantizar la armonía social para resolver la "cuestión social" creando cauces jurídicos e institucionales que permitieran *encauzar* preventivamente la conflictividad sociolaboral atendiendo regulativamente al tratamientos de sus causas determinantes: la legislación sobre derechos sociales de "desmercantilización" del trabajo y garantía de los derechos de libertad de asociación, de negociación colectiva y de educación de las clases trabajadoras; es decir, en la terminología moderna, la consagración garantista de los derechos económicos, sociales y culturales[164]. Pero también en conjunto de los derechos civiles y políticos[165], incluidos los derechos de sufragio universal y su ampliación a todos los ciudadanos sin exclusiones por razón de sexo. Sólo así se podría alcanzar la paz social, sí realmente venía acompañada una plena efectividad de las libertades y derechos fundamentales de las clases subalternas. Era una propuesta muy avanzada en su época, pero que encontraba obstáculos difíciles de superar dada la presión de las fuerzas con factores base de poder, que estaban muy ancladas en la defensa de los intereses de clase y movidas por las ideologías clasistas y excluyentes del viejo sistema de organización y estratificación social. Por lo demás. Y, vinculado a esa estructura social clasista, la mayoría de los individuos (pues las clases bajas incluían a la inmensa mayoría de la población, incluidos los trabajadores y sus familias dependientes económicamente de ellos) eran degradados a "masas", empobrecidas y privadas de todo acceso a los bienes culturales[166]. De ahí que cuando se habla de sufragio universal se planteaba el debate elitista y de fondo clasista de qué hacer con una ya "democracia de masas". Unos

ilustrativa la selección recogida en Pi Y Margall, F.: *Pensamiento social,* Selección y Estudio Preliminar de J. Trías Bejarano, Madrid, Editorial Ciencia Nueva, 1968. En general, es de obligada consulta la monografía de Jutglar, A.: *Pi y Margall y el federalismo español,* 2 tomos, Madrid, Taurus, 1975.

[164] Para verificarlo, véanse los trabajos y discursos parlamentarios recogidos en Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición y estudio preliminar, "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón" (pp. VII-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

[165] Para estos derechos (considerados por Salmerón como "Derechos naturales de la personalidad humana"), importa destacar lo que se recogía en la Base 1ª. VI, conforme a la cual "El Estado, en cada uno de sus grados, reconoce y sanciona los siguientes derechos en cuantas personas vivan en el territorio español, sin distinción de nacionales y extranjeros […]. VI. *Igualdad de derechos y deberes ante la ley, e igualdad de ambos sexos en los derechos civiles*"". Cfr. Salmerón Y Alonso, N., y Chao, E.: *Proyecto de Bases de la Constitución Republicano-Federal de España,* Presentado a la Asamblea Federal de 1872, por Nicolás Salmerón y Alonso y Eduardo Chao, Miembros de la Comisión nombrada en la de 1874, y actuales Ministros de Justicia y Fomento (Madrid 7 de Marzo de 1872, La Subcomisión, N. Salmerón y E.Chao), Madrid, Imprenta de R. Labajos, Calle de la Cabeza, 27, 1875, pág. 6. Por su parte, en la *Base 11* se establece que "La soberanía de todos los Estados políticos se ejerce por representación. La representación se confieren por *sufragio universal*; *no pudiendo ser limitado por ninguna condición extraña a la personalidad del elector*" (*Ibid.,* pág. 8).

[166] Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 87 y sigs. (sobre la cuestión social y la lógica de las políticas de "reforma social"); Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003, *passim.*

respondían con la crisis del orden social y la "defensa" del mismo[167], otros apostaban por las políticas de *integración a través de los derechos* donde tenía un papel central la educación[168]. Azcárate pudo recordar la posición pionera de Salmerón respecto a la respuesta que debería darse al problema social a propósito del debate sobre la internacional, dando una respuesta coincidente con aquélla posición originaria[169].

[167] El miedo a la multitud, el miedo a las masas supuestamente inclinadas a la "violencia" y al "vicio". Ello fue analizado no sin cierta lucidez por varios autores, algunos inclinados en el llamado darwinismo social, que en el fondo era más bien "spencerismo social". En realidad los postulados más radicales del darwinismo social son los que imprimiera Spencer, el cual hacía referencia a la "supervivencia de los más aptos" en la inevitable lucha por la existencia entre los seres humanos. Véase Spencer, H.: *Principios de sociología* (1ª ed., en castellano, 1883), traducción y Eduardo Cazorla y Estudio Preliminar de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008. Le Bon, G.: *Psicología de las multitudes,* trad. de J.M. Navarro Palencia, edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2012; Le Bon, G.: *La evolución de la materia: con 62 figuras fotografiadas en el laboratorio del autor,* Biblioteca de Filosofía Científica dirigida por el Dr. Gustavo Le Bon, trad. de José González Llana, Madrid, Librería Gutenberg de José Ruiz, 1907 (2ª ed., 1911; 3ª ed., 1923). Véase Monereo Pérez, J.L.: "La ideología del "darwinismo social": la política social de Herbert Spencer (I y II), en *Documentación Laboral,* núm. 87 (2009) y 90 (2010); Monereo Pérez, J.L.: *La era de las masas: el pensamiento sociopolítico de Gustave Le Bon,* estudio preliminar a Le Bon, G.: *Psicología de las multitudes,* trad. J. M. Navarro de Palencia, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012; Monereo Pérez, J.L.: "La 'Era de las Masas' y la reacción y defensa conservadora al advenimiento de las clases trabajadoras a la vida económico-social y política: Gustave Le Bon (I)", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social,* núm. 8 (2024), págs. 263-294.
La crítica al darwinismo social se hizo desde distintas ideologías, pero no cabe duda de que hay un libro emblemático que tuvo fortuna a principios del siglo veinte. Se trata del libro de Novicow, J.: *La crítica del darwinismo social,* traducción de Nicolás Salmerón y García, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1914. El traducción era un destacado krausista republicano, hijo se Nicolás Salmerón Alonso. Novicow. La reflexión crítica sobre Malthus y la crítica del darwinismo sociales es realizada con detenimiento por George en su *Progreso y Miseria* (versión española, sobre la base de la primera edición, Dirección y notas de Manuel S.Mainar, y estudio preliminar, "Economía política de la desigualdad: Progreso y Pobreza en Henry George, a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2008), Libro I ("Población y subsistencias"), cap. II ("Teoría de Malthus, su origen y fundamento"), Libro II, cap. II ("Deducciones de los hechos"), cap. IV ("Refutación de la teoría de Malthus"). Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en *Documentación Laboral*, núm. 83 (2008), págs. 11-119. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2750095.pdf
No se olvide que el contexto de la época viene marcado por la movilización de las masas en la esfera política. Esto lo percibieron autores de diversas ideologías, Le Bon, G.: *Psicología de las multitudes,* edición y estudio preliminar, "La Era de las masas: el pensamiento socio-político de Gustave Le Bon", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012; Ortega Y Gasset, J.: *La rebelión de las masas* (1929), Barcelona, Espasa Libros, 2012. También Sorel, G.: *Reflexiones sobre la violencia,* versión castellana de Augusto Vivero, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel" (pp. XI-LXIV), a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011, centrada en la movilización de masas y en la centralidad del sindicalismo revolucionario y sus instrumentos de acción colectiva (señaladamente la huelga general revolucionaria). Véase Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento socio-político de George Sorel,* estudio preliminar a Sorel, G.: *Las Ilusiones del Progreso (Estudios sobre el porvenir social),* trad. de M. Aguilar Muñoz, revisión técnica, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011 (Última edición francesa, *Les ilussions du progrès,* París, Slatkine, 1981), págs. XI-LXII; Lacasta Zabalza, J.I.: *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías,* Madrid, Talasa Ediciones, 1994; Monereo Pérez, J. L.: "El sindicalismo y sus instrumentos de acción colectiva en la concepción de Georges Sorel. Un estudio crítico". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(2), (2022) 1–65. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7369

[168] Era el caso de Salmerón y de todo el krausismo social-reformista desde su tiempo hasta el primer tercio del siglo veinte y la II República, incluidos. Véase Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francis Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, espec., págs. 33 y sigs., 159 y sigs., y 104 y sigs. ("La reforma educativa (pedagogía) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida. Influencia de la antropología krausista"").

[169] Azcárate, G.D.: *Discurso [sobre El problema Social] Leído por el Señor D. Gumersindo de Azcárate,* el día 10 de noviembre de 1893 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid, con motivo de la apertura de sus cátedras, Madrid, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1893, págs.16-17. Señala al respecto que "por todas parte se abre paso la concepción orgánica con todas sus naturales consecuencias y con la pretensión de hallar una solución que, sobre serlo

La vida política de Salmerón refleja la evolución compleja del republicanismo español, sus fracturas internas y su pluralismo ideológico, evidenciando la existencia de intensas divisiones ideológicas y culturales[170]. Es en este contexto en el que debe situarse a Salmerón inicialmente como krausista[171] y después krausoinstitucionista. En esta perspectiva política es esencial la experiencia adquirida por Salmerón durante su exilio en Francia, donde recibió el influjo de las corrientes republicanas y del solidarismo imperante en la Tercera República Francesa, con el radicalismo socialista de Edouard Herriot. Su posición se muestra en una suerte de espíritu libre de síntesis en la que estaba desembocando los krausistas más atentos el sentido de los cambios de la época marcada por la crisis de fin de siglo. Esa influencia se evidenciaría en el manifiesto programático del nuevo Partido Democrático Progresista, de 1 de abril de 1880, con la defensa de un Estado republicano fuerte y unitario. Refleja también la apuesta por un republicanismo democrático basado en la vía parlamentaria y en rechazo de la vía insurreccional de implantación del régimen republicano; una vía de modernización económica y de reforma social gradual. Desemboca en un republicanismo liberal cuya herencia sería recogida al tiempo por Manuel Azaña[172]. En el marco del republicanismo, "el reformismo institucionista constituyó una especie de centro político dentro del republicanismo que orientó siempre sus propuestas en la dirección de una democracia representativa"[173].

La forma de gobierno republicana, y su filosofía específica (el republicanismo), enlaza con una propuesta global de reforma del orden existente que se opone a su conservación y petrificación. Defiende un racionalismo jurídico-político[174] basado en el reconocimiento de los derechos individuales y en una concepción laica del Estado que manifiesta la desacralización del poder. Concibe la convivencia social a través de la afirmación de tolerancia y del derecho a la participación en los asuntos públicos, en la lógica de una democracia deliberativa frente al elitismo político[175]. Sin

de armonía entre el socialismo y el individualismo, corolarios respectivos del sentido unitario y del empírico, supla de modo real y positivo la artificial, limitada y relativa mantenida en el doctrinarismo ecléctico" (*Ibid.,* págs. 18-19). Azcárate hacía notar que por virtud del advenimiento de la democracia al poder político era lógico que las clases trabajadoras y sus asociaciones exigieran la acción del Estado encaminada a proteger a los trabajadores, presentando para ello programas de reformas sociales (*Ibid.*, págs. 26-27). Concluyendo brillantemente con la reflexión de que "Las leyes llamadas obreras o sociales son expresión, más o menos afortunada, de la aspiración, del deseo de resolver la antítesis existente entre el derecho privado y el público; de concertar las manifestaciones de estos dos elementos esenciales de nuestra naturaleza, el individual o autónomo, y el social o de subordinación; de restablecer la armonía entre el derecho sustantivo y las condiciones de la vida económica moderna; de *emprender, en fin, el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones*". Y añade, haciendo suyas las palabras de Ziegler: "Transformemos, pues, lo existente; edifiquemos sobre el suelo antiguo; trabajemos pacientemente por desenvolver en nosotros y en los demás el espíritu social, el espíritu del porvenir. Esta tarea no es quizás tan seductora como los supuestos dorados de la utopía; pero seguramente es más práctica que un sueño". (*Ibid.,* pág.71).

[170] Para una perspectiva de conjunto, véase Gabriel, P.: "Culturas políticas de republicanismo español: Entre el liberalismo progresista y el liberalismo democrático", en Morales Muñoz, M.(ed.).: *Repúblicas y modernidad. El republicanismo en los umbrales del siglo XX,* Málaga, Servicio de Publicaciones-Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2006, págs.11 y sigs.

[171] Hay que tener en cuenta que las tres tendencias constitutivas del universo mental del liberalismo democrático fueron el krausismo, el historicismo y el catolicismo. Véase Gil Cremades: *Krausistas y liberales,* Madrid, Seminarios y Ediciones. Hora H., 1975, págs.13 y sigs.

[172] Lo señala Gabriel, P.: "Culturas políticas de republicanismo español: Entre el liberalismo progresista y el liberalismo democrático", cit., pág.28.

[173] Suárez Cortina, M.: "El reformismo institucionista. La cultura política del republicanismo de cátedra", en Morales Muñoz, M.(Coord.).: *República y modernidad,* cit., pág.31.

[174] Pero ello se hace respetando el "racionalismo armónico". Sobre él, puede consultarse López-Morillas, J.: *El krausismo español. Perfil de una aventura intelectual,* 2ª edición revisada, México-Madrid-Buenos Aires, FCE, 1980*,* págs.31 y sigs. Nótese que el organicismo social krausista tenía una dimensión humanista, cuyo exponente típico es la obra de Giner De Los Ríos, F.: *La persona social,* 2 tomos, Madrid, Victoriano Suárez, 1899.

[175] Véase por todos, Elster, J. (ed.).: *La democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 2000; Nino, C.S.: *La constitución de la democracia deliberativa,* Barcelona, Editorial Gedisa, 1997; Habermas, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Madrid, Trotta, 1998; Martí, J.L.: *La República deliberativa. Una teoría de la democracia,* Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006. Este último autor

embargo, no se puede desconocer que para Salmerón –como en general para los krausistas- en una democracia el gobierno político debe corresponder a los más capaces y preparados[176]. Castelar había reflejado ese espíritu: "El singular privilegio de esta forma de gobierno que no haya en su seno germen de división, sino que todas las opiniones quepan en este gran molde en el que vamos a dar nueva forma a la vida de la sociedad española; la República es la única forma de gobierno en la que caben todas las opiniones, todos los derechos…"[177]. Pero junto a la libertad de pensamiento y la tolerancia importa al ideario republicano la aceptación de la intervención política institucionalizada de todas las clases sociales y de los procedimientos de solución pacífica de los conflictos. Mantiene una idea de progreso como idea fuerza de una época marcada por el influjo del positivismo. Es manifiesto que el republicanismo mantiene una línea de coherencia muy abierta y heterogénea. Dentro de sus constantes se caracteriza por ser normativista, en el sentido de que persigue reformar el estado de cosas existente, por lo que realza el papel de la educación[178] y de la acción política[179]. Incorpora una ideología del autogobierno ciudadano, que rechaza el individualismo liberal y sin confundirse con él se aproxima en ciertos aspectos al comunitarismo. Defiende el diálogo y acentúa la defensa de los intereses y valores comunitarios[180], y está abierto a una nueva concepción de la democracia deliberativa y a un nuevo constitucionalismo democrático. La teoría del republicanismo acentúa la importancia de la vida activo que tiene como correlato el elogio de la virtud política[181]. Para el republicanismo la integración social y la realización del individuo no deriva tanto de la esfera mercantil como del espacio político. En la República (*politeia*) gobierna la mayoría conforme al bien común establecido democráticamente[182]. La acentuación de los valores comunitarios conduce a criticar severamente el carácter individualista del liberalismo radical y su concepción de los derechos, con la afirmación de una visión más comunitaria y social de los mismos[183]. También, en coherencia con ello, esta actitud se traduce en un republicanismo deliberativo, en cuyo se marco se subraya la autorrealización del individuo en su participación permanente en la construcción del proyecto social; ámbito éste en el cual el hombre se adueña de su propia existencia. Ello también se traduce

concluye que "la mejor versión de la democracia deliberativa es la republicana por dos razones. Primero porque la concepción elitista se encuentra ante un dilema, ya que es altamente inestable y o bien abandona sus presupuestos elitistas para abrazar los republicanos, o bien renuncia a su carácter democrático para convertirse en una posición elitista anti-democrática. Y, en segundo lugar, la concepción republican es más respetuosa de los propios valores sustantivos que justifican el modelo general, la dignidad de todos los seres humanos, la autonomía plena (tanto pública como privada) y la igualdad política básica. Por todo ello, el mejor sistema político de gobierno es el de la república deliberativa" (*Ibid.,* pág.318).

[176] En ello se aprecia la influencia del pensamiento de Tocqueville, A.: *La Democracia en América*, Prefacio, notas y bibliografía de J.P.Mayer, México, FCE, 1987. Asimismo, Tocqueville, A.*: El Antiguo Régimen y la Revolución*, edición y estudio preliminar, «El pensamiento sociopolítico de Tocqueville: igualdad de condiciones y justicia social», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

[177] Castelar, E.: "Discurso" del 6 de marzo de 1873, *Diario de sesiones,* págs.380 a 387.

[178] Es nítida la vinculación entre la cultura republican y la educación, véase Capitán, A.: *Republicanismo y educación en España (1873-1951),* Madrid, Dykinson, 2002.

[179] Véase Posada, A.: "La educación del obrero como base de su influencia política", en *BILE,* 306, 15-XI-1889.

[180] Véase, en una perspectiva de conjunto, Pettit, PH.: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Barcelona, Paidós, 1999.

[181] Respecto la multiplicidad de interpretaciones del republicanismo y de la tradición republica resulta indispensable la consulta de dos obras de referencia: Pocock, J.G.A.: *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republican atlántica (1975),* Madrid, Tecnos, 2002*;* Skinner, Q.: *Los fundamentos orígenes del pensamiento político moderno (1978),* 2 tomos, México, FCE, 1985.

[182] Insiste en ello Arendt, H.: *¿Qué es la política?,* Barcelona, Paidós, 1997; Id.: *La crisis de la República,* Madrid, Taurus, 1973.

[183] Esa concepción socializante de los derechos conducirá en fecha más próxima a los comunitaristas republicanos a defender una política de la diferencia basada en el reconocimiento y la compatibilidad entre los derechos fundamentales y las metas colectivas amparadas por el Estado constitucional democrático. Véase Taylor, C.: "Propósitos cruzados: el debate liberal-comunitario", en Rosemblum, N.(dir.): *El liberalismo y la vida moral,* Buenos Aires, Nueva Visión, 1993; ID.: *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento",* México, FCE, 1993.

en una nueva visión integradora del Derecho, donde el orden jurídico es también expresión de una particular forma de vida y no sólo el reflejo del contenido universal de los derechos fundamentales[184]. La instancia jurídica representa la cristalización del ideal republicano de autogobierno de la sociedad en su conjunto. El hombre, el ciudadano republicano, se constituye en la misma interacción con los otros. Es de hacer notar que en la tradición republican el valor igualdad se predica no sólo en el ámbito de la política sino también en la esfera social. La valorización de las instancias asociativas de la sociedad civil en la que pone un especial énfasis el krausismo institucionista. De este modo, y así lo defendía Adolfo Posada, la democracia política debe hacerse acompañar de una democracia social. Es la defensa coherente de los postulados del liberalismo social avanzado que defiende los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva[185]. El mismo hijo de Salmerón, Nicolás Salmerón García publicó un documentado libro sobre el contrato colectivo (convenio colectivo de trabajo)[186]. Nicolás Salmerón tenía una orientación republicana radical-socialista, y preside en su pensamiento una fuerte connotación organicista en concepción de la política y de las relaciones laborales. También había traducido numerosas obras, entre las que destaca las traducciones de Nowicov, ante todo, su libro "Crítica del darwinismo social".

Lo que supone que el republicanismo, por contraposición al tipo de liberalismo individualista de los orígenes, acabó por defender la realización por parte del poder público de medidas niveladoras en el campo social y económico. La misma *idea de libertad como no dependencia* exigiría intervenir sobre el mercado y el establecimiento de los derechos sociales como derechos de desmercantilización[187]. Se aboga en esta dirección por la defensa de una libertad de no-dominación[188]. De ahí la misma noción de "intercambios obstruidos" (prohibidos) en el marco de la consecución del objetivo del igualitarismo político consistente en implantar una sociedad libre de dominación: una sociedad donde ningún bien social sirva o pueda servir como medio de dominación[189], por lo cual es necesario que el Estado asuma compromisos distributivos generales y particulares diversos. Acepta el desafío de la irrupción del fenómeno de lo social en el campo de la esfera político-jurídica. Corresponde la política establecer los mecanismos necesarios para resolver la desigualdad social, atendiendo a la realización de las correspondientes políticas compensadoras y satisfactivas de las necesidades sociales. La igualdad es precondición para la libre acción política de la ciudadanía. El Estado debe promover la independencia socioeconómica de los individuos y garantizar que éstos puedan subvenir adecuadamente a sus necesidades más básicas. Teniendo en cuenta que el índice de autonomía individual no es histórico, sino modal o contrafáctico[190]. Es por ello que el republicanismo democrático cuestiona –reafirmando la República incluyente- el postulado liberal individualista de la completa neutralidad del Estado

[184] Véase Habermas, J.: *Die Einbezieung des Anderen,* Francfort, Suhrkamp, 1997, págs.253-254; Habermas, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Madrid, Trotta, 1998.

[185] Posada, A.: "Liberalismo y política social", en *La Lectura,* Tomo I, 1913, pág. 371. Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 356 y sigs., y 477 y sigs. ("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").

[186] Salmerón Y García, N.: *El contrato colectivo de trabajo,* Memoria presentada a la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas por "el pensionado" D. Nicolás Salmerón y García, Madrid, Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Anales Tomo XIII, Memoria 1ª., 1913. 178 páginas. Nicolás Salmerón realiza una defensa del "contrato colectivo de trabajo" como instrumento de solución pacífica de los conflictos laborales y como cauce de democratizar en la medida en que es un mecanismos de codecisión negocial (*Ibid.*, págs. 75 y sigs., 108 y sigs., y 132 y sigs.).

[187] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

[188] Véase Taylor, CH.: *La ética de la autenticidad,* Barcelona, Paidós, 1994; Walzer, M.: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad,* México, FCE, 1993.

[189] Véase Walzer, M.: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad,* México, FCE, 1993.

[190] Véase Pettit, PH.: *Republicanismo*, cit, pág.243, el cual desde su particular modo de concebir el republicanismo entiende que es una doctrina consecuencialista que asigna al Estado, y en particular, a las autoridades estatales, la

supuestamente basado en la separación entre la idea de justicia y la idea de bien[191]. El republicanismo permite dar voz a las preocupaciones sociales más relevantes, y hacerlo desde el carácter pluralista y dinámico del ideal republicano.

Al tiempo se trataba de instaurar una constitución democrático-social del trabajo, por contraposición a la constitución liberal individualista del trabajo. La Constitución jurídica del Estado Social trata de garantizar la plenitud de los derechos de ciudadanía. La condición fundamental de la democracia política es un estado de homogeneidad social en la pluralidad, es decir, no excluyente de la diversidad inherente a "lo social", ya que sin homogeneidad social la más radical igualdad formal se puede convertir en la más radical desigualdad y la democracia formal, en un orden político al servicio de las clases más favorecidas o de los poderes económicos dominantes[192]. En cierto sentido "embrionario" el programa político social del Partido Reformista reflejaba ya una decisión política sobre una nueva constitución jurídico-social del trabajo.

Por todo ello, es preciso atender a la diferenciación relativa entre liberalismo originario y liberalismo social (republicanismo democrático-social), por un lado, y por otro, entre la república indiferenciada (cuyas reglas de juego ocultaban el poder de las clases dominantes) y la república igualitaria (cuya centralidad, al contrario, era el principio de la igualdad formal y sustancial en un sistema democrático). Respecto a la primera, el republicanismo planteaba un modelo de ciudadanía activa y formada y una mayor atención a la regulación de "lo social" (la "cuestión social"). Y en relación a la segunda, remite al compromiso de gobierno republicano con los valores de la ciudadanía integral (la democracia activa y la justicia integral de Salmerón). La idea postulada por Salmerón era la de una República *política* que daría paso también, pero después, a una República *social*. El republicanismo optará por impulsar una política posibilista y pragmática que buscase equilibrios constitucionales y compromisos institucionales en los que las clases subalternas dejarían ya de quedar de hecho excluidas de la esfera política, excluidas sin más de la ciudadanía o sólo parcialmente integradas en una ciudadanía "débil" sin sufragio universal (el sufragio censitario era el dominante en el liberalismo de los orígenes y en los Estados autodenominados "liberales" del siglo XIX), y subordinadas en la esfera del trabajo asalariado (conformando típicas relaciones de poder interprivados) y la producción entendida como ámbito privado. Entonces las clases desposeídas no se hallarían en los márgenes de la sociedad y al margen de la esfera pública. Para ello era necesario transformar la organización global de la sociedad y "formar hombres" con plena capacidad de participar en la vida pública. La cuestión social (en su expresión más trágica de la pobreza y exclusión social de amplias masas, es decir, miseria generalizada y pauperismo industrial y agrario) irrumpió en el escenario político.

Al sistema político se le exigirá la solución de las desigualdades sociales intolerables, y la cobertura de las necesidades sociales más apremiantes, es decir: establecer un reconocimiento legal e institucional pleno y efectivo de todos los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos,

tarea de promover la libertad como no-dominación; y los individuos disfrutan de libertad como no-dominación, en la medida en que nadie está en posición de interferir arbitrariamente en sus vidas (Ibid., págs.270-271).

[191] Bajo la idea del "Estado tutelar" krausistas como Ahrens señalaron que "El Estado es la asociación que tiene por objeto suministrar los medios para que exista y de desenvuelva la sociedad y establecer los principios que mejor garanticen a cada miembros sus derechos, es decir las condiciones necesarias a sus desenvolvimiento individual y social". Cfr. Ahrens, E.: *Curso de derecho natural ó de Filosofía del Derecho,* Completado en las principales materias, con ojeadas históricas y políticas , 6ª ed., trad. Pedro Rodríguez Hortelano y D. Mariano Ricardo de Asensi, 3ª ed., española, Madrid, Carlos Bailly-Bailliere-Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, 1873.

[192] A propósito de la idea de homogeneidad social como base de una sociedad igualitaria dotada de la forma de "Estado Social de Derecho", la aportación de Hermann Heller puede considerarse como decididamente *fundacional.* Ampliamente, 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, espec., Capítulo 1.4 ("Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), págs. 67 y sigs., y Capítulo 2 ("La "Constitución política" de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller"), págs. 80 y sigs.

sociales y culturales. La satisfacción de las necesidades humanas no puede tratarse exclusivamente ya como algo encorsetado en la sociedad civil. La cuestión de la libertad real y de la igualdad social para todos se plantea ahora tanto como una pre-condición para la acción política democrática, como un objeto propio de esa acción política conformadora de un nuevo sistema social establecido. Un régimen de democracia constitucional no puede prescindir de la creación de una política de Derecho Social indispensable para la cohesión social. Y no puede prescindir porque esa política social le es consustancial (la democracia constitucional tiene una doble dimensión formal y sustancial, y ambas dimensiones le son inherentes por igual), por un lado, y por otro, porque en condiciones de sufragio universal y de garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía, la carencia de aquélla política social determina que el régimen democrático se expone a la desestabilización del orden público, toda vez que no se puede disociar estrictamente una separación estricta y insostenible entre "lo social" y "lo político". El Estado Social Derecho (forma de Estado Constitucional) tratará de resolver esa aporía absorbiendo "lo social" en el espacio político –como "problema sustancialmente político"- a través del establecimiento de una constitución jurídico-social de las clases trabajadoras basada en la garantía de los derechos sociales de la ciudadanía (derechos económicos, sociales y culturales). Esto es lo que percibieron las corrientes del liberalismo social, el socialismo democrático y el catolicismo social más avanzado[193].

Nicolás Salmerón fue partidario de un republicanismo social en el marco inspirador de la filosofía krauso-positivista y organicista que profesaba, pero en el campo de la política oficial -práctica política- su republicanismo social constituía una cuestión subordinada a la instauración de un republicanismo político de ordenación de la convivencia democrática, de política "orden" y pacificación social. De este modo, la doble faz de filósofo y de político, quedaron, en cierto sentido, disociadas en más de un aspecto cualitativo. Era radical en las ideas y prudente en los procedimientos para llevarlas a cabo, esto es, en relación al modo de materializarlas en el plano político y jurídico.

3. DIMENSIÓN FILOSÓFICA DEL PENSAMIENTO DE NICOLÁS SALMERÓN

El encuadramiento académico de Salmerón es tributario del krausismo, siendo discípulo directo de San del Río. De hecho publicaría con Federico de Castro un *Compendio de Historia Universal* con esa orientación típica de pensamiento. Dentro del enfoque liberal krausista se postuló en defensa de los derechos humanos, la libertad religiosa y los valores de la modernidad (un exponente de ello son sus ensayos críticos sobre "El Pontificado y la civilización moderna" y "La encíclica *Quanta cura* y la civilización moderna", originariamente publicados en *La Revista Democrática,* febrero de 1865). Interesa también apuntar que Salmerón fue ya en su origen un *krausista social194,* preocupado por la cuestión social de tiempo. Esa preocupación le condujo a

[193] Monereo Pérez, J.L.: *Derecho sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Primera Parte ("Política social, Estado del Bienestar y Derecho del Trabajo"), págs. 19 y sigs. ("Los modelos de Estado del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna"), 45 y sigs. ("La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica") y 159 y sigs. ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"); Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, págs. 21 y sigs., 79 y sigs., 87 y sigs., 134 y sigs., y 191 y sigs. ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora); Monereo Pérez, J.L.: *La reforma socia en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo II ("Crisis del Estado de Derecho Liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"), págs. 133-515.

[194] Para el significado ideológico-político y jurídico de esa expresión, puede consultarse por todos, Diaz, EL: *Filosofía social del krausismo español,* Madrid, Debate, 1989; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003, págs. 231 y sigs., y 356 y sigs.

postularse tempranamente como "socialista"[195], pero en el sentido amplio que solía utilizarse en la época (no se olvide que en muchos casos se llamaban socialistas a los partidarios del intervencionismo estatal, a los "socialistas de cátedra" y a los "socialistas jurídicos"). No se puede desconocer que en gran medida autores krausistas como Salmerón y Azcárate (y después Buylla y Posada) recibieron una gran influencia de estas corrientes de pensamiento, cuyo punto de encuentro era la defensa de la legitimidad ("deber" y necesidad) de la intervención del Estado en la cuestión social entendida en sentido amplio (cuestión obrera, económico-social, pedagógica y moral)[196]. Los liberales sociales krausistas, como Salmerón, Azcárate, Giner de los Ríos y después Adolfo G. Posada y Adolfo Álvarez Buylla (este acabaría transitando del "socialismo de cátedra" al "socialismo jurídico") eran –en la expresión amplia de la época- "socialistas de Estado" (partidarios del intervencionismo público en materia económica y social, en una dirección próxima a lo que transcurrido el tiempo se denominaría "capitalismo organizado" o "capitalismo de Estado"), pero sin llegar a postular un intervencionismo tan acusado como el defendido por los llamados "socialistas de cátedra" (en rigor, partidarios de un intervencionismo estatal, en funciones de gobierno de las esfera de la ordenación de la economía y del campo de "lo social").

En todo caso esa calificación originaria se insertaba dentro de los postulados krausistas –nunca abandonados por Salmerón-, y especialmente por lo que se refiere al realismo armónico y conciliador entre las clases, apostando por el diálogo para resolver los problemas sociales. Pero la filosofía positivista se utilizó instrumentalmente en apoyo de reformas democráticas y sociales. Esto significa que Salmerón no tuvo nunca un programa de reformas socialistas en sentido fuerte (estos es que cuestionara el modo de producción del capitalismo, la propiedad privada y el régimen salarial), pero si se mostraba partidario de un capitalismo organizado donde el hombre un estuviese sujeto a las fuerzas del mercado y la propiedad privada quedase funcionarizada a su utilidad social (función social), impidiendo que el propietario pudiese utilizarla para fines egoístas y antisociales. Para él la política estaba al servicio de un ideario reformador encaminado a instaurar un régimen democrático presidido por la justicia social. Esta idea formaba parte del ideal de republicanismo. En este sentido la Monarquía doctrinaria se mostraba incapaz para garantizar los principios de la civilización moderna[197].

El republicanismo institucionista convirtió en una cuestión central la defensa del régimen democrático representativo. El institucionismo elaboró un conjunto de principios políticos que reflejaban los ideales de las clases medias y de la elite intelectual que pretendía implantar un régimen democrático por vía pacífica. Por otra parte, en su desarrollo histórico los supuestos de democracia representativa en nuestro país pasaron por *dos etapas diferenciadas*. Inicialmente en la década de los setenta y ochenta del siglo XIX el institucionismo centró su atención en las bases del régimen representativo y su proyección a realidad de nuestro país. Esa orientación cristalizó en una serie estudios teóricos en los que Francisco Giner de los Ríos, *Nicolás Salmerón,* Alfredo Calderón, Gumersindo de Azcárate, Antonio Zozaya, Miguel Moya, Eduardo Pérez Puyol y Adolfo Posada, entre otros, *elaboraron una teoría de la democracia representativa, armónica y legal.* Esa visión se construía sobre la base de la filosofía del armonicismo krausista[198]. Pero de dicha actitud derivaron dos estrategias complementarias, dirigidas a instaurar un régimen representativo democrático y que

[195] Cfr. *La Discusión,* 25 de noviembre de 1864. Véase Martínez López, F.: "Nicolás Salmerón y Alonso. Entre la revolución y la política", en Moreno Luzón, J. (Coord.).: *Progresistas. Biografía de reformistas españoles (1808-1939),* Madrid, Taurus, 2005, págs.136 a 138; Castro Alfín, D.: "Unidos en la adversidad, unidos en la discordia: el Partido Demócrata, 1849-1868", en Townson, N.(ed.).: *El republicanismo en España (1830-1977),* Madrid, Alianza, 1994, pág.77.

[196] Me permito remitir nuevamente a mis dos obras, *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, y *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003.

[197] Véase Azcárate, G.De.: *El Self-government y la monarquía doctrinaria,* Madrid, Lib. De A de los Santos, 1877, pág. VIII.

[198] Suárez Cortina, M.: "El reformismo institucionista", cit., págs.49-50..

progresivamente se vencían hacia la defensa del "accidentalismo" de las formas de gobierno. Es el caso de Montero Ríos, Canalejas o Moret que se integraron en el régimen de la Restauración y en su interior trataron de implantar políticas de orientación liberal-democráticas. Es el caso igualmente de aquella otra orientación que se formuló inicialmente como republicana y que después se hace más proclive hacia el accidentalismo que encabezan Azcárate*, Salmerón,* Posada y Melquíades Álvarez durante un amplio período consecutivo a la derrota de la República de 1874. Este fracaso de la I República obligó a una redefinición de las corrientes del republicanismo español. Ello corría en paralelo con la apuesta por una vía pacífica de acceso al poder, y el rechazo a estos efectos de la revolución o de la insurrección. Esta evolución cristalizará en la formación del Partido Centralista y después ya en el siglo veinte con la creación del Partido Republicano Reformista. Estas formaciones política y sus ideólogos (Salmerón, Azcárate, González Serrano, Buylla y Posada) defendieron el reformismo político y social. De este modo, se ponía en práctica la filosofía krausopositivista y el enfoque más pragmático[199]. Es de señalar que Salmerón defendería la implantación una república descentralizada territorialmente, que alcanzaba a la forma de la República federal moderada pero que se apartaba de una república unitaria. De ahí su apoyo a Solidaridad Catalana, y la vertebración del Estado regional a través de entes locales (el municipio, el cantón, regiones)[200]. Por cierto, el apoyo de Salmerón a Solidaridad Catalana y la confrontación con Lerroux se encuentran en el origen del Partido Radical (1908), pero manifiestan la persistencia dentro de la Unión de dos culturas políticas diversas: la radical y la reformista[201]. La idea de una España unida y plural se insertaba dentro del organicismo krausista, donde los municipios y las regiones eran considerados como unidades autónomas dentro del Estado[202]. En ese período de principios de siglo, e incluso de entre los dos siglos, el republicanismo democrático está íntimamente influenciado por la política realizada por los partidos radicales y radicalsocialistas, con sus propuestas democratizadoras y de reforma social. Ya Salmerón –como también Posada- había dado el giro hacia el liberalismo social aceptando que el Estado debería de participar activamente en la solución del problema social creando las condiciones aptas para la autonomía de los individuos. Sin duda las propuestas del solidarismo jurídico-social fueron inspiradoras directas de los partidos republicanos a principios de siglo. En el plano teórico ya había sido incorporado, a la vez que otras corrientes próximas como el socialismo de cátedra y el socialismo jurídico, por autores republicanos del krausoinstitucionismo como Adolfo Posada[203]. El Partido reformista de Melquíades Álvarez (krausista de la escuela de Oviedo) tendría como artífices ideológicos precisamente a Gumersindo de Azcárate y Adolfo Posada, los que desde un republicanismo moderado y con una orientación pragmática defendían la posibilidad de una colaboración con el liberalismo dinástico más progresista; y la Conjunción republicano socialista de 1909 tendría en el centro de mira la experiencia francesa de

[199] Suárez Cortina, M.: "El reformismo institucionista", cit., págs.51.

[200] Véase la propuesta constitucional de Eduardo Chao y Nicolás Salmerón a la Tercera Asamblea Federal (1872), recogida en Pi Y Malgall, F.y Pi Arsuaga, F.: *Historia de España en el siglo XIX,* t. V., Barcelona, Seguí, 1902, págs.357 a 364.

[201] Suárez Cortina, M.: "El reformismo institucionista", cit., págs.56-57.

[202] Suárez Cortina, M.: "El reformismo institucionista", cit., pág.54.

[203] Sobre ello y la recepción española de estas corrientes de pensamiento reformista, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003; y en colaboración con Calvo González, J.: "La teoría jurídica de León Duguit", Estudio Preliminar a Duguit, L.: *Manual de Derecho constitucional,* Granada, Ed.Comares, 2005. La influencia y recepción del socialismo de cátedra por la escuela de Oviedo fue puesta ya de relieve por Velarde Fuertes, J.: "Inicio y final de la batalla del método en España, a través de las figuras de Adolfo Álvarez Buylla y Antonio Flores de Lemus", en García Delgado, J.L.(ed.): *Los orígenes culturales de la Segunda República,* Madrid, Siglo XXI, 1993, págs.199 a 235. Adolfo G. Buylla, en realidad evoluciona del "socialismo de cátedra" hacia una forma de "socialismo jurídico", véase 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 cátedra"", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 24 (2020). https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/427/469.

colaboración entre estas tendencias progresistas[204]. Lo mismo cabe decir también del Partido Radical de Lerroux, aunque éste muy pronto hará su deriva hacia el populismo[205].

Una de las virtualidades histórico-políticas de Nicolás Salmerón fue la de reconducir el republicanismo español de finales del siglo XIX por una vía democrática basada en la legitimidad legal y las reformas sociopolíticas graduales. Esta fue la apuesta del Partido Centralista. Salmerón había defendido un republicanismo de centro, de inspiración krausoinstitucionista, y desde la concepción orgánica de este postulando la instauración de una democracia parlamentaria y unidad en la pluralidad del Estado nacional[206]. La Republica sustituiría al Estado autoritario de la Restauración y llevaría a cabo una política de reformas graduales y permanentes. Este era el proyecto democratizador. El régimen republicano sería la forma política más adecuada para afrontar la solución de la cuestión social buscando la unión entre el capital y el trabajo sin fórmulas eliminatorias. Bajo esta forma política se trataría de educar ciudadanos para que desde su autonomía puedan participar en los asuntos públicos. La educación cívica debe estar orientada hacia la formación de la persona y del ciudadano consciente de su pertenencia a la comunidad política. De ahí la crítica republicana al liberalismo doctrinario[207] e individualista y, en particular, a los excesos del individualismo liberal y su negación del papel de los "cuerpos intermedios", esto es, de las asociaciones[208]. La reforma social y política se insertaría en el proceso de *evolución* pacífica y orgánica de la sociedad, en cuyo marco es consentida la pacífica sustitución de lo viejo por lo nuevo. Se basaría en los conocimientos objetivos y el progreso de las civilizaciones modernas[209]. Preside la idea de realizar reformas útiles, y dentro de una lógica posibilista reformas gradualistas y lentas, alejadas de toda idea de revolución. Se defiende una transformación gradual de las instituciones económico-sociales y jurídicas a través de procedimientos legales. En realidad, el krausoinstitucionismo en su dimensión político-social suscribiría la reflexión de Azcárate en el sentido de llevar a cabo "el lento camino de las reformas, para evitar el violento de las revoluciones"[210].

[204] Véase Robles Egea, A.: "Modernización y revolución: socialistas y republicanos en la España de entresiglos", en Álvarez Junco, J.(Comp.).: *Populismo, caudillaje y discurso demagógico,* Madrid, siglo Veintiuno, 1987; Id.: "La Conjunción Republicano-Socialista: una síntesis de liberalismo y socialismo", en revista *Ayer,* núm.54 (2004), monográfico sobre "A los 125 años de la fundación del PSOE. Las primeras políticas y organizaciones socialistas".

[205] Véase Álvarez Junco, J.: *Alejandro Lerroux. El Emperador del Paralelo,* Madrid, Editorial Síntesis, 2005.

[206] Esa idea de la unidad en la variedad no era exclusiva del krausismo, también la había defendido Pi y Margall, el cual señaló: "La descentralización es la unidad en la variedad, y la unidad en la variedad es el orden del mundo. La descentralización es la libertad, y por la libertad somos hombres. La descentralización es el llamamiento a la vida de todas las entidades sociales, y ese llamamiento a la vida es la aceleración del progreso. Somos descentralizadores, no sólo en administración, sino en política. Es decir, somos partidarios de la federación de las clases y de los pueblos; tan enemigos de la república como de la monarquía, si no es eminentemente descentralizadora…". Cfr. Pi Y Margall, F.: *Lecciones de federalismo,* recopiladas por Joaquín Pi y Arsuaga, Barcelona, Ed. Seguí, 1931, pág.49.

[207] Véase Díez Del Corral, L.: *El liberalismo doctrinario,* Madrid, CES, 1945.

[208] Recuérdese que ya Tocqueville había defendido un republicanismo asociativo. Véase Tocqueville, A.: *La democracia en Améric (1835),* Prefacio , notas y bibliografía de J.P.Mayer e Introducción de E. González Pedrero, México, FCE, 1987. Sobre la función de las asociaciones en el pensamiento de Tocqueville puede consultarse el libro de Sauca Cano, J.Mª.: *La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. Sobre la problemática de la igualdad y la "justicia social" en sociedad de individuos vinculados concebida por Tocqueville, véase Monereo Pérez, J.: «El pensamiento sociopolítico de Tocqueville: igualdad de condiciones y justicia social», estudio preliminar a Tocqueville, A.*: El Antiguo Régimen y la Revolución*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

[209] Véase González Serrano, U.: *Preocupaciones sociales,* 2ª ed., Madrid, Librería de Fernando Fe, 1889, págs.143 y sigs.; González Serrano, U.: "Spencer", en *La Lectura,* 37, enero de 1904. Sobre su pensamiento positivista de orientación social, puede consultarse Montañés Rodríguez, J.: *Urbano González Serrano y la introducción del positivismo en España,* Cáceres, 1989, págs.89 y sigs.

[210] Azcárate, G.de.: *Discurso en el Ateneo de Madrid,* 10-XI-1893.

Salmerón se inicia en la filosofía krausista con Julián Sanz del Río y bajo la versión de la filosofía krausista de autores como Henri Ahrens (*Curso de Derecho Natural o Filosofía del Derecho*)[211] y G. Tiberghien (cuya obra, "Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos", introdujo en España junto con su discípulo Urbano González Serrano[212]), pero progresivamente se produce un alejamiento del krausismo ortodoxo por influencia del positivismo en la línea del republicanismo progresista (que compartía con González Serrano, Sales y Ferré, Posada, entre otros). Progresivamente el krausismo originario va perdiendo terreno respecto al krausopositivismo, quedando el primero relegado a un "ambiente" y "espíritu" de actuación ética. El nuevo método de indagación ya es extraño a la ortodoxia krausista y se sitúa en las coordinadas del positivismo[213]. En 1875 es una fecha que marca un significativo viraje en la trayectoria del pensamiento español decimonónico[214]. Pero el proceso se había preparado progresivamente: la implantación del positivismo "no se produjo de manera repentina y abrupta, sino que tuvo lugar a través de un largo proceso en el que determinada evolución del krausismo fue facilitando la tarea, dando lugar primero a una tendencia ecléctica –krausopositivismo- que se convirtió luego en positivismo lisa y llanamente entendido"; esta transición se llevó a cabo en distintas etapas diacrónicas[215]. No obstante, es manifiesto que la corriente krausista imprimió su sello al positivismo, modulándolo y adaptándolo a su propia peculiaridad[216]. De ahí el calificativo acertado, en ese sentido, de "krausopositivismo" de la tendencia (en la que se encuadraban autores tan significativos como Salmerón, Giner de los Ríos, Posada, González Serrano, Sales y Ferré, entre otros). Ya es significativo que esta expresión afortunada para hacer referencia a este cambio de orientación se deba Adolfo Posada[217], uno de los autores más innovadores y comprometidos con la democratización y la reforma social y su realización práctica. En este giro positivista tiene una nítido protagonismo Nicolás Salmerón, especialmente con la publicación de la obra de G. Tiberghien, *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* trad. Alejo García Moreno, Prólogo, notas, comentarios y Apéndice, "Breve reseña crítica de las tendencias del pensamiento científico moderno", de Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano. En el importante -y densa- "Apéndice" a dicha obra se muestran partidarios de algunos postulados de la filosofía positiva (ley de la evolución y relatividad del conocimiento)[218],

[211] Véase Jiménez García, A.: "Los orígenes del krausismo en España: El Curso de Derecho Natural de Ahrens", en *Aporía,* núm.13/14 (1981), págs.77 a 107.

[212] Importante labor de introductor que le reconocía Vicente Piñó y Vilanova en su "Advertencia" previa al libro Tiberghien, G.: *Introducción a la filosofía y preparación a la metafísica. Estudio analítico sobre los objetos fundamentales de la ciencia. Crítica del positivismo,* trad. de D. Vicente Piño y Vilanova (licenciado en Derecho Civil y Canónico, Abogado del Ilustre Colegio de Valencia y Promotor Fiscal), Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1875, pág.VII.

[213] Así lo reconocía González Serrano, U.: voz "Krausismo", en *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias y Artes,* t. II, Barcelona, Montaner y Simón Editores, 1892, pág.432.

[214] Véase Nuñez Ruiz, D.: *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis,* Madrid, Tucar Ediciones, 1975, pág.23.

[215] Abellán, J.L.: *Historia crítica del pensamiento español.* Vol.5/I. *La crisis contemporánea (1875-1936),* Madrid, Espasa-Calpe, 1989, págs.80-81.

[216] Véase Fernández, E.: *Marxismo y positivismo en el socialismo español,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, págs.56 a 71.

[217] Véase Posada, A.: "Los fundamentos psicológicos de la educación según el Sr. González Serrano" (BILE, núm.358, 15 enero 1892, pág.4), recogido después en su libro *Ideas pedagógicas modernas,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1892. Véase Gil Cremades, J.J.: *El reformismo español,* Barcelona, Ariel, 1969, págs.183 a 301; Núñez Ruiz, D.: *La mentalidad positivista en España: desarrollo y crisis,* Madrid, Túcar Ediciones, 1975, págs.77 a 109.

[218] La influencia aquí de Spencer es manifiesta, algo detectado ya antes desde las filas del krausismo por Tiberghien, G.: *Krause et Spencer,* trad. Hermenegildo Giner de los Ríos, Madrid, Fernando Fé, 1883, págs.165 y sigs. Realmente la sociología evolucionista de Herbert Spencer (1820-1903) se había extendido por toda Europa y América. Spencer concebía a la sociedad como un organismo autorregenerador y en constante proceso de evolución. El desarrollo social es percibido como el propio de un organismo biológico, atendiendo a las exigencias de adaptación a su medio interno y externo. Véase Spencer, H.: *Principios de Sociología,* 2 tomos., trad. de Eduardo Cazorla, Madrid, Saturnino Calleja, 1883. Reeditada Spencer, H.*: Los primeros principios ;por Herbert Spencer* , traducción, Eugenio

y postulan al mismo tiempo una conciliación entre krausismo y positivismo y el abandono de toda posición dogmática y excluyente. Es de señalar, igualmente, que Salmerón mantuvo siempre una actitud abierta en la dinámica de su pensamiento. Por ello en él encuentra una manifestación paradigmática de la idea de la filosofía krausista como una corriente de pensamiento evolutiva y antidogmática, en permanente evolución.

La transformación hacia del krausopositivismo supuso también una reformación de las categorías conceptuales como se refleja en la idea de devenir que se transforma significativamente en evolución con apoyo en el desarrollo de las ciencias físico-naturales. Lo mismo cabe decir respecto del organicismo krausista que tenía en este movimiento un sentido eminentemente ético-espiritual y que se vence más hacia el organicismo biológico[219]. Los krausoinstitucionistas buscaron una reinterpretación del organicismo en términos positivistas, rechazando la versión del individualismo radical. También el monismo de carácter idealista tiende a transformarse en otro distinto de índole científico-positivo, con el predominio de enfoques más materialistas en no pocas ocasiones[220]. Ello se ha de vincular con la búsqueda de un método realista que permitiera superar el evolucionismo conservador refractario al cambio social y a la crítica social. El conocimiento científico de la realidad permitirá instrumental una política del Derecho encaminada a realizar una reforma política y social[221]. En todo caso, el organicismo viene a ser común a la actitud mental del krausismo en sus diversas fases de evolución. El organicismo social de krause se planteaba como la superación del individualismo

López, revisión, edición y estudio preliminar, "La ideología del darwinismo social y la filosofía social de Spencer", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Crítica del Derecho), 2009.

Salmerón y González Serrano destacan esa "Ley de la evolución (tomada del devenir de la filosofía hegeliana), como principio general que rige todos los fenómenos de la vida y la relatividad del conocimiento (cuya afirmación recuerda la genealogía kantiana de las modernas escuelas): he ahí los ejes principales, alrededor de los que giran todas las teorías positivistas modernas. Como éstas aceptan en el fondo la infundada división del problema científico, separando el ser del saber, parece referirse el primer término a la cuestión real, y pertenece el segundo a la formal o lógica, correspondiendo, no obstante, los momentos evolutivos del desarrollo de las cosas con el orden serial de las percepciones de la inteligencia". Salmerón, N.y González Serrano, U.: "Apéndice" sobre "el carácter general dela filosofía contemporánea", al libro de Tiberghien, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* 4 tomos, trad. de A.García Moreno, con Prólogo, notas y comentarios de Nicolás Salmerón y Alonso y Urbano González Serrano, Madrid, Góngora, s/f., pág.356. Tiberghien parte de la concepción según la cual "La filosofía es un poder social. Surge esa verdad de toda la historia de la humanidad, y brilla con nuevo esplendor en los tiempos modernos" (*Ibid.,* "Introducción. Importancia práctica de la filosofía", pág.9). Por otra parte, toma en consideración esa idea de la fuerza de las nuevas corrientes manifestación del positivismo contemporáneo (y es de realzar que lo hace en una Apéndice a un libro de un autor que defendió hasta el final el krausismo frente a la emergencia del positivismo contemporáneo) y apuesta al final una orientación conciliadora: "Y en este caso, les está claramente marcada su misión, si aspiran a hacer fecundos sus esfuerzos: que *abandonen exclusivismos escolásticos*, y que sigan la senda en parte iniciada por Wundt y otros, inquiriendo un *concierto racional entre la ciencia empírica y la filosófica*" (*Ibid*., pág.376).

[219] Aunque esa transformación no pueda, desde luego, generalizarse, piénsese en Adolfo Posada, un pensador krausoinstitucionalista que nunca se sumó al organicismo biológico, manteniendo siempre, en lo esencial, un organicismo social de tipo ético-espiritual). Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 73 y sigs.

[220] Abellán, J.L.: *Historia crítica del pensamiento español.* Vol.5/I. *La crisis contemporánea (1875-1936),* Madrid, Espasa-Calpe, 1989, pág.83.

[221] Aquí la idea de fin en el Derecho y la lucha por el Derecho tuvo una importancia extraordinaria en su recepción por el krausismo evolucionado. Véase Posada, A.: "Sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering", en *BILE,* núm.20 (1896), págs. 246 a 256. Sobre esta problemática me permito remitir a mi Estudio preliminar, "Ihering, ensayo de explicación", a Ihering, R.V.: *El espíritu del Derecho Romano,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999; y Estudio Preliminar, "Ihering y la concepción funcional del Derecho", a Ihering, R.V.: *El fin del Derecho,* trad. Diego Abad de Santillán, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000. Adolfo Posada pudo apoyarse explícitamente en estos postulados para proponer la articulación de una política social. Véase Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), (2022), 347–435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

formalista. La sociedad es entendida como una unidad superior con esencia propia más allá de la suma de las partes, de manera que lo social no es el resultado de un contrato entre individuos, sino que tiene una base orgánica de todo social. El Derecho en sí es Derecho de la sociedad no una estructura formal artificial. El Derecho para el krausismo necesariamente social, no tiene una existencia totalmente separada[222]. El Derecho es para Krause el conjunto de condiciones de posibilidad de la vida racional o de la condición humana. En lo que se refiere a las cuestiones sociales su organicismo social se traduce coherentemente en una predisposición hacia la intervención económico-social del Estado como deber de asistencia y protección social (lo que conduce a postular la garantía legal de los derechos de la persona y en particular de los derechos económico-sociales, como el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, ambos vinculados al derecho a la existencia, es decir, a disponer de las condiciones materiales necesarias para una vida digna) y hacia la autoformación de los grupos sociales operantes en el trabajo, es decir, hacia la defensa del derecho espontáneo nacido de los organismos intermedios de la sociedad, donde se agregan los individuos.

La interacción y conciliación entre krausismo y positivismo seguía la senda en parte indicada por Wundt y otros, inquiriendo un concierto racional entre la ciencia empírica y la filosofía. Se ha señalado en tal sentido que dicha propuesta encuentra su inspiración tanto en Wundt como en el pensamiento de Spencer, conforme al sentido que va a alcanzar este último dentro de las filas de los krausopositivistas españoles. La apertura hacia una filosofía positivista, más conforme con los datos de la ciencia y de la experiencia, ya había sido anticipada por Urbano González Serrano en sus tesis doctoral, *Estudio sobre los principios de la moral con relación a la doctrina positivista* (1871)", donde, partiendo de un discurso moral del reformismo, el positivismo se percibe como una reacción lógica a los excesos y disfuncionalidades sociales del idealismo metafísico[223]. El krausoinstitucionismo combinaría la concepción krausista del organicismo con el evolucionismo spenceriano como base para su propuesta de un republicanismo reformista y laico. El krausopositivismo se basó en tres rasgos fundamentales:

-Por un lado, la pretensión de conjugar en el plano filosófico dos opciones aparentemente opuestas, como son el idealismo y el positivismo, con sus métodos específicos: el especulativo (razón) y el experimental (observación), tratando de superar el dualismo racionalista de la filosofía moderna. Una tal síntesis entre racionalismo metafísico (krausismo) y observación empírica (positivismo) se contempla como una reacción contra los excesos del idealismo filosófico: la filosofía positiva intenta de legitimarse con base a los resultados de la experiencia científica.

-Por otro lado, la metafísica inductiva pretende de realizarse a través de la apelación a la Psicología experimental. Los krausopositivistas estaría especialmente atentos al desarrollo de las diversas corrientes psicológico-experimentales y a sus proyecciones filosóficas, siendo este hecho un criterio compartidos por casi todos los krausopositivistas (Giner de los Ríos, Salmerón y González Serrano).

-Por último, se afirmó un "monismo positivo" o "científico", que tendría su formulación típica en una concepción del mundo unitaria, sin perjuicio de la existencia de modulaciones en su

[222] Véase Gurvitch, G.: *La idea social,* trad. y Est.prel., de J.L.Monereo Pérez, y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., Capítulo I ("La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosófica y sociológica"), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa"), págs. 157 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) 166–273. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6323

[223] Abellán, J.L.: *Historia crítica del pensamiento español.* Vol.5/I., cit., págs.110-111.

concreción. Dentro de esos planteamientos psico-físicos captan los krausopositivistas un rechazo del dualismo de origen cartesiano con la consiguiente búsqueda de una "unidad de lo real en la dirección positiva"[224], la tendría como meta una nueva "concepción monástica de la realidad"[225]. Se afirmaba la confianza en el objetivismo científico en el conocimiento de los hechos y en el sentido de la evolución histórica: "Entre los fines racionales humanos –afirma Salmerón[226]-, toca, sin duda, a la ciencia el primer lugar como maestra y directora de la vida".

Es importante hacer notar que tales rasgos filosóficos del llamado krauso-positivismo vendría a constituir las bases doctrínales de la Institución Libre de Enseñanza. En esta se aúnan los enfoques ético-espirituales originarios del krausismo y la toma en consideración del nuevo espíritu científico (especialmente de las ciencias naturales y sociales) del positivismo. Debe destacarse que este hecho es lo que se ha de entender por *"institucionismo"* en sentido técnico; palabra que suele utilizarse haciendo referencial al espíritu de la Institución Libre de Enseñanza, pero que encuentra una mayor significación al aludir a un determinado fundamento filosófico. En realidad, el denominado "institucionismo" es típicamente krauso-positivismo e "institucionista" no concierte exclusivamente a la condición de miembro de la Institución, sino más técnicamente a una persona que asume una determinada concepción filosófica. La Institución Libre de Enseñanza estuvo ciertamente muy abierta a las corrientes positivas que trató de asimilar sin renunciar a ciertas convicciones[227].

La centralidad del pensamiento de Nicolás Salmerón viene representada, sin duda, por ser el punto de inflexión, en la deriva del krausismo hacia esquemas típicamente positivistas. En efecto, en el último tercio del siglo XIX Salmerón recibe la influencia de las concepciones orgánico-evolucionistas, gestándose lo que Posada denominó, con acierto, "krauso-positivismo"; esto es, una filosofía positivista impregnada de postulados krausistas evolucionados (lo que se reflejaría, ante todo, en la Institución Libre de Enseñanza). Se ha señalado, que "la filosofía de Salmerón no podrá entenderse nunca plenamente, si no partimos del impacto que el desarrollo del positivismo tuvo en España durante los años sesenta... a partir de 1875, la presencia del positivismo es patente en Salmerón, como lo podemos comprobar en el "Apéndice", que firma con González Serrano, a la obra de Tiberghien, *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos* (Madrid, 1875), así como en el "Prólogo" a la obra de Draper, *Historia de los conflictos entre la Religión y la ciencia* (Madrid, 1876) y en el que también puso a la de Hermenegildo Giner de los Ríos, *Filosofía y Arte* (Madrid, 1878). Los autores citados en estos escritos –G.Th. Fechner, W. Wundt, H. Spencer, E. Haeckel, A. Schopenhauer, E. Von Hartmann, C. Bernad...- son suficientemente significativos al respecto y presentan un claro contraste con las referencias del primer período: Sanz del Río, H. Ahrens, Cousin, Vacherot, Gratry, Gioberti...El impacto del positivismo en Salmerón, al que antes me refería, tiene un norte que va a marcar definitivamente el resto de su evolución intelectual: *el desarrollo y consolidación de las ciencias naturales en la segunda mitad del siglo XIX, que va a hacer evidente a los espíritus avezados la imposibilidad histórica de hacer filosofía de espaldas a la ciencia empírica.* El hecho se le hace patente en 1875, pero continúa fiel al mismo en un escrito de su última época; en 1902 escribe: "Pretender que la filosofía sea una ciencia abstracta de pura aplicación mental, lo reprobamos, porque todo lo que no tiene por base el proceso de la experimentación y de la representación, que se somete a la condición que estas verdades empíricas determinan, no tiene otro valor que el de meros fantasmas que crea la fantasía humana"[228]. En 1875, cuando firma con González Serrano el "Apéndice" a la traducción española del libro de Tiberghien, toman buena nota de la importancia del nuevo desarrollo científico. Salmerón y González Serrano aceptan el desafío de

[224] Salmerón, N.: "Sobre la enseñanza de la filosofía", en *BILE,* XIV, 1890, pág.339.
[225] Abellán, J.L.: *Historia crítica del pensamiento español.* Vol.5/I., cit., págs.111-112.
[226] Salmerón, N.: "La Universidad en el Estado", en *La enseñanza,* año 1, núm.2, 25-X-1865.
[227] Abellán, J.L: *Historia crítica del pensamiento español*, cit., págs. 111-112, con apoyo en Diego Núñez.
[228] *La filosofía de la vida,* Almería, 1902.

la ciencia moderna y de la filosofía positiva que le sirve de legitimación epistemológica, y le convierte en el *representante más caracterizado de la inflexión positiva del krausismo229.* La centralidad de la educación se refleja en los krausopositivistas, y en particular en las obras de Salmerón y en González Serrano. La creación del *Colegio Internacional* (1866-1874) se inserta en esa preocupación por la educación y la renovación pedagógica. No olvidemos que esta experiencia es un antecedente directo de la Institución Libre de Enseñanza. Se creó como institución privada, constituyó una mezcla de colegio, casa familiar y embrión de Universidad[230]. A esa inflexión positivista la denominó Adolfo Posada krausopositivismo, pero la deriva krausista hacia el positivismo se realizó sin abandonar completamente el ideario krausista originario. Esta evolución se encuentra facilitada por dos hechos relevantes. En primer lugar, el cambio de actitud que se produce, tras la Restauración, en la conciencia social española, fatigada de metafísicas idealistas, y que se orienta hacia un modo de pensar en que los conceptos más importantes será los de progreso, pragmatismo, reformismo, etcétera, y que tiende más hacia las *soluciones prácticas* de los problemas que hacia grandes visiones ideológicas, como las que proporcionaba el krausismo tradicional. También es relevante la positivación del krausismo vinculada a la creación de la Institución Libre de Enseñanza, por lo que ésta tiene de actitud abierta y receptiva hacia todas las innovaciones científicas[231]. En esa recepción social del positivismo se produce el tránsito del predominio de la mentalidad idealista a la positivista más materia y pragmática. De ahí el interés por las avances científicos y las teorías sociológicas de la evolución social. La idea de la existencia de una ley del desarrollo progresivo y gradual del mundo orgánico (Lamark)[232].

Es lo cierto que después del naufragio del sexenio revolucionario y la crisis de la metafísica idealista, se inicia un período de desintegración doctrinal del sistema krausista. Permanecerán de él durante la etapa positiva que se inaugura socialmente con la Restauración determinadas notas residuales, tales como su talante moralista, la acentuación de la vía pedagógica como cauce de reforma social –hecho provocado por la pasada experiencia de impotencia política-, su congénita tendencia a la especulación, o su organicismo jurídico y social, que, aunque positivizado en instancias naturalistas, va a continuar marcando, a modo de nota constante y explicable ante una situación social como la española, el pensamiento liberal decimonónico. La *"inflexión positiva"* de determinados sectores krausistas de cara al desarrollo del positivismo en España tendrá efectos ambivalentes[233]. El krausismo evolucionado se convirtió así en una actitud intelectual flexible y abierta a las nuevas corrientes de pensamiento científico y filosófico[234], diluyéndose como sistema doctrina específico. Es la idea-fuerza que haría explícita Salmerón, al ver en el krausismo evolucionado una doctrina abierta a las exigencias del tiempo histórico: "Cuantos directa o indirectamente han recibido su enseñanza (se refiere a su maestro Sanz del Río), si han llegado a comprenderla, se sienten más inclinados y dispuestos a ejercitar su propia reflexión, a discernir y analizar los términos del pensamiento, a reconocer auténticamente los principios de razón presentes en la conciencia, a buscar en la realidad misma y no en aprensiones subjetivas las fuentes del saber, a formar en suma conceptos en vivo; que no a tomar opiniones formadas, seguir conclusiones de ajeno discurso, propagar soluciones cerradas con presunción de últimas palabras de la ciencia, embotar el espíritu con conceptos muertos"[235]. El krauso-positivismo trataría de conciliar la razón especulativa con la experiencia y construir

[229] Nuñez, D.: *La mentalidad positiva,* cit., pág.221; Id.: *El darwinismo en España,* cit., pág.52.

[230] Cacho Viú, V.: *La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, Editorial Rialp, 1962, pág.187; Abellán, J.L.: *Historia crítica,* cit., pág.115-118.

[231] García Cué, J.R.: *Aproximación al estudio del krausismo andaluz,* Madrid, Tecnos, 1985, Cap. III ("Krausismo y positivismo"), págs.76-77.

[232] Sobre el positivismo naturalista y evolucionista y su recepción krausopositivista, veáse García Cué, J.R.: *Aproximación al estudio del krausismo andaluz,* cit., págs.80 y sigs.

[233] Nuñez Ruíz, D.: *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis,* Madrid, Tucar Ediciones, 1975, pág.79.

[234] Así lo señalaba Giner, F.: "Salmerón", en *Homenaje a la buena memoria de Don Nicolás Salmerón y Alonso,* Madrid, Imp. de la Gaceta Administrativa, 1911, pág.XI. (lo cita D.Nuñez, p.82).

[235] Salmerón, N.: "Prólogo" a la obra de Giner, H.: *Filosofía y Arte,* Madrid, Impr. De M.Minuesa de los Ríos, 1878, págs.X-XI. (lo cita D.Nuñez, 82).

formulaciones sintéticas ultraempíricas, elaboradas a modo de metafísica inductiva, se manifiesta en su común reclamo de la moderna Psicología experimental como base científica de referencia[236]. Como se ha advertido, el sentido ético-espiritual de la *organicidad* krausista es desplazado por otro de tipo biológico natural, y del *monismo* idealista especulativo se transita hacia un monismo científico o positivo, fundado en sólidos fundamentos científicos[237]. Será Salmerón una de las figuras principales en la apertura hacia las nuevas aportaciones, esto es, hacia la inflexión positiva del krausismo. Es evidente que no ha existido una sola ideología krausista, sino una tendencia doctrinal heterogénea internamente y sujeta al cambio histórico, siempre diacrónico. El mismo republicanismo krausista transitó desde una limitada conciencia social hacia un republicanismo democrático-social.

4. BIBLIOGRAFÍA

Alberto Aquilera Arjona, A.: *Salmerón,* Madrid, Tipográfica Artística, 1918.

Albornoz, Á.de.: *El Partido Republicano,* Madrid, Biblioteca Nueva, 1917.

Alvaréz Buylla Y González Alegre, A.: "La intelectualidad y la reforma social", en *La reforma social en España.* Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, Impr. Clásica Española, 1917.

Artola, M.: *Partidos y programas políticos, 1808-1936,* 2 tomos, Madrid, Aguilar, 1974-1975.

Azcárate, G. de.: *Minuta de un testamento (ideario del krausismo liberal),* Est.prel., y "Addenda-2004" de Elías Díaz, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Bark, E.: *Nicolás Salmerón. Bosquejo biográfico,* Madrid, Biblioteca Germinal, 1903.

Barón Fernández, J.: *El movimiento cantonal de 1873: (I República),* Sada, Ediciós do Castro, 1998.

Blas, A.DE.: *Tradición republican y nacionalismo español,* Madrid, Tecnos, 1991.

Burrow, J.W.: *El pensamiento europeo, 1848-1914,* Barcelona, Crítica, 2001.

Cacho Viú, V.: *La Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Rialp, 1962.

Carantoña Álvarez, F., y Aguado Cabezas, E. (Eds.): *Ideas reformistas y reformadores en la España del siglo XIX. Los Sierra Pambley y su tiempo,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2008.

Casas, J.L. y Durán, F. (Coords.): *El republicanismo en la Historia de Andalucía,* Córdoba-Priego de Córdoba, 2001.

Castelar, E.: *La fórmula del progreso-Discursos (1870/1892*), edición y estudio preliminar, «El republicanismo liberal y la idea de progreso: Emilio Castelar» (pp. VII-LVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

Cerezo Galán, P.: *El mal del siglo. El conflicto entre Ilustración y Romanticismo en la crisis finisecular del siglo XIX,* Madrid, Biblioteca Nueva-Universidad de Granada, 2003.

Comín Colomer, E.: *Historia de la Primera República,* Barcelona, AHR, 1956.

Díaz, E.: *La filosofía social del krausismo español,* Madrid, Edicusa, 1972. Reedición en Editorial Debate, Madrid, 1989.

Díaz Sánchez, J.M.: *Teoría filosófica y práctica política en Nicolás Salmerón y Alonso (1837-1908),* Murcia, 1990.

[236] NUÑEZ RUÍZ, D.: *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis,* Madrid, Tucar Ediciones, 1975, pág.91.
[237] NUÑEZ RUÍZ, D.: *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis,* cit., pág.99.

Capillán De Miguel, G.: *Gumersindo de Azcárate. Biografía intelectual y política,* Valladolid, Junta de Castilla y León, 2004.

Capitán, A.: *Republicanismo y educación en España (1873-1951),* Madrid, Dykinson, 2002.

Clemente De Diego, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (1925), edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio" (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

Conde De Romanones: *Los Cuatro Presidentes de la Primera República Española,* Madrid, Espasa Calpe, 1939.

Costas Comesaña, A.: *Apogeo del liberalismo en "La Gloriosa". La reforma económica en el Sexenio liberal (1868-1894),* Madrid, Siglo XXI, 1988.

Dardé, C.: "La biografía política de Nicolás Salmerón", en Piqueras, J.A.y Chust, M. (comp.): *Republicanos y repúblicas en España,* Madrid, Siglo XXI, 1996.

Dardé, C.: "Los partidos republicanos en la primera etapa de la Restauración, 1875-1890", en Jover Y Zamora, J.Mª. y otros.: *El siglo XIX en España: doce estudios,* Barcelona, Planeta, 1974; "Los republicanos", en Gallego, J.A. (Coord.): *Revolución y Restauración, 1868-1931,* vol. XVI-2 de la *Historia general de España y América,* Madrid, Rialp.; "La esperanza republicana", en Cruz, R. y Pérez Ledesma, M.(eds.): *Cultura y movilización en la España Contemporánea,* Madrid, Alianza, 1997.

Echenagusía Belda, S.: *La Primera República. Reformismo y revolución social,* Madrid, 1973.

Egido León, A.y Núñez Díaz-Balart, M. (eds.): *El republicanismo español. Raíces históricas y perspectivas de futuro,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.

Eiras Roel, A.: *El Partido Demócrata Español (1849-1868),* Madrid, Rialp, 1961.

Fernández, E.: *Marxismo y positivismo en el socialismo español,* Madrid, CEC, 1981.

Fernández Bastarreche, F.: *Nicolás Salmerón y Alonso,* Almería, Grafikás ediciones, 1975.

Fernández-Rúa, J.L.: *1873. La Primera República,* Madrid, Tebas, 1975.

Ferrando Badía, J.: *La Primera República,* Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1973.

Fornieles Alcaraz, J.: *Nicolás Salmerón (Republicanos e intelectuales a principios de siglo),* Almería, Zéjel editores, 1991.

García Venero, M.: *Historia del Nacionalismo catalán,* 2 Vols., Madrid, Editora Nacional, 1967.

Gierke, O.V.:*La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015.

Gierke, O.V.: *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982.

Gil Cremades, J.J.: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo,* Barcelona, Ariel, 1969.

Gil Cremades, J.J.: *Krausistas y liberales,* Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975.

Giner De Los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

González Serrano, U.: *Nicolás Salmerón. Estudio crítico-biográfico,* Madrid, Est. Tipográfico de Ricardo Fé, 1903.

Hobhouse, L.T.: *Liberalismo*, edición crítica y estudio preliminar., "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites; Leonard Trelawney Hobhouse", a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Holmes Jr, O.W.: *The Common Law,* trad. Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "Common Law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes" (pp. IX-XLIX), por J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

Salmerón Y Alonso, N.: *Preocupaciones sociales,* Madrid, Ricardo Fe, 2ª ed., 1899.

Gómez Molleda, Mª.D.: *Los reformadores de la España contemporánea* (1966)*,* Madrid, CSIC/ E.H.Mª., 1981.

Hennessy, C.A.M.: *La República Federal en España. Pi y Margall y el Movimiento Republicano Federal (1962),* Madrid, Aguilar, 1966.

Heredia Soriano, A.: *Nicolás Salmerón: Vida, obra y pensamiento,* tesis doctoral inédita, Salamanca, 1972; "Nicolás Salmerón: Base bibliográfica para su estudio con cartas inéditas", en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía,* IX, 1982.

Ihering, R.v.: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición crítica íntegra en un solo volumen, revisión técnica y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª ed. 2008, 2ª ed., 2011.

Ihering, R.v.: *La lucha por el Derecho*, traducción de Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering y la idea de la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

Jiménez-Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente,* 4 vols., Madrid, 1996.

Jover Zamora, J.M.: *Realidad y mito de la Primera República,* Madrid, Espasa-Calpe-Colección Austral, 1994.

Jover Zamora, J.M.: *Conciencia obrera u conciencia burguesa en la España contemporánea,* Madrid, Ateneo, 1952.

Jutglar Bernaus, A.: *Pi y Margall y el federalismo español,* 2 tomos, Madrid, Taurus, 1975.

Jutglar Bernaus, A.: *Federalismo y revolución. Las ideas sociales de Pi y Margall,* Prólogo de C. Seco Serrano, Barcelona, publicaciones de la Cátedra de Historia General de España, 1966.

La Internacional defendida por N.Salmerón y F. Pí y Margall, Casa Editorial-Publicaciones de la Escuela Moderna, Biblioteca Popular Los Grandes Pensadores, vol. XXIV-Segunda Serie, Barcelona-Buenos Aires, s/f.

Lacomba, J.A.: *La Primera República. El trasfondo de una revolución fallida,* Madrid, Guadiana de Publicaciones, 1973.

Lida, CL.E.y Zavala, I.M.: *La Revolución de 1868. Historia, pensamiento y literatura,* Prólogo de Vicente Llorens, Madrid, Las Americas Publishing Company, 1970.

López-Morillas, J.: *El krausismo español. Perfil de una aventura intelectual,* 2ª edición revisada, México-Madrid-Buenos Aires, FCE, 1980.

Lorenzo, A.: *El proletariado militante,* Prólogo y notas de José Álvarez Junco, Madrid, Alianza editorial, 1974.

Llopis Y Pérez, A.: *Historia política y parlamentaria de D. Nicolás Salmerón y Alonso,* Madrid, Imprenta Ediciones España, 1915.

Marcos Oteruelo, A.: *El pensamiento de Gumersindo de Azcárate,* León, Instituto de Fray Bernardino de Sahún de la Diputación Provincial de Léon, 1985.

Martínez López, F.: *El republicanismo almeriense durante la Restauración (1875-1902),* Tesis doctoral, Universidad de Granada, 1986.

Martínez López, F.: *El republicanismo almeriense durante la Restauración 1875-1902,* Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1987.

Martínez López, F. (ed.): *Congreso Nicolás Salmerón y Alonso. A propósito del centenario de la Unión Republicana de 1903. Comunicaciones*, Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2003.

Martínez López, F.: "Nicolás Salmerón y Alonso. Entre la revolución y la política", en MORENO LUZÓN, J.(Coord.): *Progresistas. Biografía de reformistas españoles (1808-1939),* Madrid, Taurus, 2005.

Martínez López, F.: "La 'redención' por el sufragio. La apuesta política de Nicolás Salmerón y Alonso en el cambio de siglo (1890-1903)", en Morales Muñoz, M.: *República y modernidad. El republicanismo en los umbrales del siglo XX,* Málaga, CEDMA, 2006.

Martínez López, F.: *Los republicanos en la política almeriense del siglo XIX,* Málaga, Servicio de Publicaciones de Unicaja, 2006.

Martínez López, F.: *"Prólogo"* a Salmerón Y Alonso, N.: *Discursos y escritos políticos,* Almería, Editorial Universidad de Almería, 2006.

Martínez López, F. (Ed.): *Nicolás Salmerón y el republicanismo parlamentario,* Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2007.

Martínez López, F.: "Nicolás Salmerón y Alonso. Entre la Revolución y la Política", Moreno Luzón, J. (Ed.): *Progresistas. Biografías de reformistas españoles (1808-1939),* Madrid, Taurus-Fundación Pablo Iglesias, 2006.

Martínez López, F.: "Las solidaridades, Nicolás Salmerón y Alonso: el combate por la Democracia, la Nación y el Pueblo en los albores del siglo XX", en Gómez-Ferrer, C. y Sánchez, R. (Eds.): *Modernizar España. Proyectos de reforma y apertura internacional (1898-1914),* Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.

Miguel González, R.: "Las culturas políticas del republicanismo histórico español", en *Ayer,* núm.53 (2004), págs.207 a 236.

Miguel González, R.: *La formación de las Culturas Políticas Republicanas Españolas, 1833-1900,* Tesis doctoral, Universidad de Cantabria, 2005.

Miguel González, R.: *La Pasión Revolucionaria. Culturas políticas republicanas y movilización popular en la España del siglo XIX,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Miguel González, R.: "Las concepciones de la representación política en la democracia republicana española del siglo XI", en *Ayer,* núm.61 (2006), págs.139 a 162.

Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Monereo Pérez, J.L.: "Reforma social y socialismo jurídico. Antón Menger y el socialismo jurídico en España, estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho Civil y los Pobres*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, págs. 7 a 112.

Monereo Pérez, J.L.: "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 134 (2007), págs. 307-358.

Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999.

Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136 (Octubre-Diciembre 2007).

Monereo Pérez, J.: El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la Política social moderna, en *Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas*, 2017, issue 11. https://econpapers.repec.org/article/ervrehipi/y_3a2017_3ai_3a11_3a03.htm

Monereo Pérez, J.: *La democracia en crisis. Harold.J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2005.

Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023.

Monereo Pérez, J. L.: "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, (2023) 1–60. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865

Monereo Pérez, J.L.: "Gumersindo de Azcárate y Menéndez (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral. (2023). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *34*, 281-330. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/712

Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II), en *Revista de derecho constitucional europeo,* núms. 15-16 (2011). *El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada,* en Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. VII-CLXIII.

Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", en *Nueva revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009).

Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara, G.(ed.): *Fernando de los Ríos y su Tiempo*, Granada, Universidad de Granada, 2000.

Monereo Pérez, J.L.: "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", Estudio Preliminar a Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Monereo Pérez, J.L.: "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, revisión y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "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, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "Sociología del "socialismo funcional" en el pensamiento de Durkheim" (pp. IX-LXXI), estudio preliminar a Durkheim, E.: *El socialismo,* trad. F. Cañadas, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "Inclusión social, división del trabajo y sistema democrático: Una reflexión sobre la teoría social de Durkheim". *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (4), (2022) 20–73. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi4.14214

Monereo Pérez, J.L.: "Filosofía política de Donoso Cortés: Teología política y crisis del sistema liberal", Estudio preliminar a Donoso Cortés, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "Antonio Alcalá Galiano y los dilemas del liberalismo originario en la España del siglo XIX", Estudio Preliminar a Alcalá Galiano, A.: *Máximas y principios de legislación y jurisprudencia,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho) , 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "El fascismo y la crisis política de Europa", Estudio preliminar a Heller, H.: *Europa y el fascismo,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007.

Monereo Pérez, J.L.: "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), págs. 543-632. https://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/13GinerRios.htm https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/10JLMonereo.htm.

Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos; organicismo y corporativismo social", en *Civistas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), págs. 279-338.

Monereo Pérez, J.L.: "Ihering, ensayo de explicación", estudio preliminar a la obra de IHERING, R.v.: *El espíritu del Derecho Romano*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª edición, 2000, 2ª edición, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "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.

Monereo Pérez, J.L.: "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.

Monereo Pérez, J.L.: "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

Monereo Pérez, J.L.: "De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch", en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales* 12(1), (2022), pp. 166-273.https://doi.org/10.46661/lexsocial.

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/427/469

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", en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (1), (2021) pp. 197-264. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

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).

Monereo Pérez, J. L.: "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

Monereo Pérez, J. L.: "EDUARDO DATO IRADIER (1856-1921): Reformismo conservador y nacimiento de los seguros sociales en España", en *Revista De Derecho de La Seguridad Social, Laborum*, (29), (2022), pp.311-350. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/543

Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: «El republicanismo liberal y la idea de progreso: Emilio Castelar» (pp. VII-LVI), estudio preliminar a Castelar, E.: *La fórmula del progreso-Discursos (1870/1892*), edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11 (2017), págs. 33-120.

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

Monereo Pérez, J.L.: "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

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

Monereo Pérez, J.L.: "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.: "El Derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke", en *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, vol. 10, núm. 2(2020). https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5080/4445

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", en Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, (1), (2021) 197-264. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

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), págs. 5-26.

Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* 2 ª ed., ampliada y revisada, Madrid, Civitas, 2009.

Moreno Luzón, J. y Martínez López, F. (eds.): *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos: nuevas perspectivas. 1. Reformismo liberal. La Institución Libre de Enseñanza y la política española*. Madrid, Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza] / Acción Cultural Española, 2012, 452 pp.

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 cátedra"", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 24 (2020). https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/427/469.

Monereo Pérez, J.L.: "Francisco Giner de los Ríos (1839-1919): El institucionismo liberal krausista y la protección social en España. (2022). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *32*, 261-324. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/613

Morales Muñoz, M.(ed.): *República y modernidad. El republicanismo en los umbrales del siglo XX,* Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006.

Núñez Ruiz, D.: *La mentalidad positivista en España: desarrollo y crisis,* Madrid, Túcar Ediciones, 1975; ID.: *El darwinismo en España,* Madrid, Editorial Castalia, 1977.

Pérez Galdós, B.: *La Primera Republica, Episodios Nacionales. Serie Final,* Madrid, Librería y Casa Editorial Hernando, 1944.

Pérez Garzón, J.S.: *La problemática de un republicano (1862-1923),* Madrid, Editorial Castalia, 1976.

Palacio Atard, V.: *La España del Siglo XIX, 1808-1898,* Madrid, Espasa-Calpe, 1978.

Peyrou, F.: *La Primera República. Auge y destrucción de una experiencia democrática,* Madrid, Akal, 2023.

Pi Y Margall, F.: *Pensamiento social,* Selección y Estudio Preliminar de J.Trias Bejarano, Madrid, Editorial Ciencia Nueva, 1968.

Piqueras, J.A. y Chust, M. (eds.): *Republicanos y repúblicas en España,* Madrid, Siglo XXI, 1996.

Piqueras, J.A.: *Cánovas y la derecha española,* Barcelona, Península, 2008.

Querol Fernández, F.: *La filosofía del Derecho de K. Ch. F. Krause,* Prólogo de E.Menéndez Ureña, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000.

Robles Egea, A.: "La Conjunción Republicano-Socialista: una síntesis de liberalismo y socialismo", en *Ayer,* núm.54 (2004), págs.97 1 127.

Romero Maura, J.: *"La Rosa de Fuego". El obrerismo barcelonés de 1899 a 1909,* Madrid, Alianza, 1989.

Ruíz Manjón Cabeza, O.: *El partido republicano radical (1908-1936),* Madrid, Tebas, 1976: "Krausismo y política en la trayectoria de Nicolás Salmerón y Alonso", en *Nicolás Salmerón y Alonso (1837-1908). Semblanzas,* Almería, Instituto de Estudios Almerienses, 2003, págs.201 a 230.

Ruggiero, G.de.: *Historia del liberalismo europeo,* trad. C.G.Posada, Granada, Ed.Comares, 2005.

Salmerón y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición y estudio preliminar, "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón" (pp. VII-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, 458 páginas.

Salmerón y Alonso, N: *Homenaje a don Nicolás Salmerón (Antología de textos y discursos),* Madrid, 1911.

Salmerón y Alonso, N.: "La cuestión económica", en *La Justicia,* 9-III-1892.

Salmerón y Alonso, N.: *Nicolás Salmerón y Alonso (1837-1908): Semblanzas,* Almería, Instituto de Estudios Almerienses, 2003.

Salmerón y Alonso, N.: *Discursos parlamentarios,* con Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Grass y Compañía, 1881.

Salmerón y Alonso, N.: *Homenaje a la buena memoria de Don Nicolás Salmerón y Alonso. Trabajos filosóficos y discursos políticos,* Madrid, Imprenta de Gaceta Administrativa, 1911.

Salmerón y Alonso, N.: "Necesidad de reconocer ley en la Historia", en *BILE,* núm.1 (1877).

Salmerón y Alonso, N.: "La religión y la educación de las clases obreras", en *BILE,* núm.11 (1887).

Salmerón y Alonso, N., y Chao, E.: *Proyecto de Bases de la Constitución Republicano-Federal de España,* Presentado a la Asamblea Federal de 1872, por Nicolás Salmerón y Alonso y Eduardo Chao, Miembros de la Comisión nombrada en la de 1874, y actuales Ministros de Justicia y Fomento (Madrid 7 de Marzo de 1872, La Subcomisión, N. Salmerón y E.Chao), Madrid, Imprenta de R. Labajos, Calle de la Cabeza, 27, 1875.

Salmerón y Alonso, N. y Azcárate, P.de. (comp.): *La cuestión universitaria,* 1875, *Epistolario de Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate y Nicolás Salmerón,* Madrid, Tecnos, 1967, y *Gumersindo de Azcárate. Estudio biográfico documental,* Madrid, Tecnos, 1969.

Salmerón y Alonso, N.: *Discursos y escritos políticos,* Prólogo y selección de Fernando Martínez López, Almería, Editorial Universidad de Almería, 2006, 274 páginas.

Savigny, F.de.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Savigny y la nostalgia de la Jurisprudencia como ciencia hegemónica", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

Savigny, F.de.: *Sistema de Derecho Romano Actual*, traducción por Jacinto Messía y Manuel Poley, revisión, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Savigny", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

Savigny, F.de.: *Tratado de la posesión*, según los principios de Derecho romano, edición y estudio preliminar, "Ciencia del Derecho en Savigny", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

Schmoller, G.: *Política social y economía política*, traducción de Lorenzo Benito, revisión, edición y estudio preliminar, "La 'Escuela Histórica Nueva' en economía y la política de reforma social", a cargo de J.L. Monereo Pérez, en Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho). 2007.

Serrano García, R. (Dir.): *España, 1868-1874. Nuevos enfoques sobre el Sexenio Democrático,* Valladolid, Junta de Castilla y León-Consejería de Educación y Cultura, 2002.

Stuart Hugues, H.: *Conciencia y sociedad. La reordenación del pensamiento social europeo, 1890-1930,* Madrid, Ed. Aguilar, 1972.

Suárez Cortina, M.:*El reformismo en España. Republicanismo y reformistas bajo la monarquía de Alfonso XIII,* Madrid, Siglo XXI, 1986.

Suárez Cortina, M.: "El republicanismo institucionista en la Restauración", en *Ayer,* núm.39, págs.77 y sigs.

Suárez Cortina, M.: *El gorro frigio. Liberalismo, Democracia y Republicanismo en la Restauración,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.

Suárez Cortina, M.: *La Federal. La Primera República española,* Madrid, Silex, 2023.

Suárez Cortina, M.(ed.): *Las máscaras de la libertad,* Madrid, Marcial Pons-Fundación Práxedes Mateo Sagasta, 2003.

Termes Ardévol, J.: *El movimiento obrero en España. La Primer Internacional (1864-1881),* Barcelona, Facultad de Filosofía y Letras, 1965.

Termes Ardévol, J.: *Anarquismo y sindicalismo en España. La Primera Internacional (1864-1881),* Barcelona, Ariel, 1972.

Termes Ardévol, J.: *Anarquismo y sindicalismo en España. La Primera Internacional (1864-1881),* Barcelona, Grijalbo, 1977, especialmente cap. I, "Orígenes de La Internacional (1864-1870)", y Cap. IV, "La Internacional durante la Primera República (1873)".

Townson, N. (Comp.): *El republicanismo en España (1830-1977),* Madrid, Alianza, 1994.

Trujillo, G.: *El federalismo español,* Madrid, 1967.

Tuñon De Lara, M.: *Medio siglo de cultura española (1885-19356),* Madrid, Tecnos, 1970.

Tuñon De Lara, M.: *La España del Siglo XIX,* Barcelona, Editorial Laia, 1973;

Tuñon De Lara, M.: *El movimiento obrero en la historia de España,* Madrid, Taurus Ediciones, 1972.

Uría, J. (Coord.): *El institucionismo y la reforma social en España: el grupo de Oviedo,* Madrid, Talasa, 2000.

VADILLO, J. (Coord.): *La rebelión cantonal en la I República. Los intentos de instaurar en España un Estado federal,* Madrid, Pinolla, 2023.

VILCHES, J.: *La Primera República española (1873-1874). De la utopía al caos,* Barcelona, Espasa-Calpe, 2023 (Parte IV: "Salmerón y el peso de la conciencia").

VV.AA.: *Nicolás Salmerón y Alonso (1837-1908). Semblanzas,* Almería, Instituto de Estudios Almerienses-Unicaja, 2003.

WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. del alemán de Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

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 38