Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2024 nº 41

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- El Mutualismo Administrativo en continuo cuestionamiento ante las orientaciones racionalizadoras de la Seguridad Social: crisis y crítica del modelo de asistencia sanitaria del mutualismo administrativo
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Sostenibilidad y mejora de las pensiones: una evaluación crítica de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 2/2023
  Mikel de la Fuente Lavín y Xabier Pérez Davila
- La pensión por incapacidad permanente y el trabajo: nuevas controversias
  Antonio Mª Puerto Barrio y Marta Tajadura Díez
- La modificacion del Régimen Jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación
  Josep Moreno Gené
- La cotización a la Seguridad Social del teletrabajo transfronterizo. Una cuestión aún pendiente en la normativa internacional
  Isabel M. Pérez Gázquez

Estudios de Doctrina Judicial

- Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado", con especial referencia a la cuestión relativa al concreto cauce procesal
  Cristina Aragón Gómez
- Comentario a la STS de 11 de abril de 2024 N.º Rec. 197/2023. La compatibilidad del trabajo y la Pensión de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez
  Daniel Toscani Giménez
- Las prestaciones a corto plazo en el sistema de seguridad social nicaragüense. Comentario a la Sentencia del Tribunal Nacional Laboral de Apelación de 7 de abril de 2022
  Luis Ernesto Alemán-Madrigal

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: una comparativa entre Italia y España
  Javier Aibar Bernad
- La enseñanza del Derecho de la Seguridad Social en las facultades de Derecho de las universidades radicadas en Washington, D.C.
  Alberto Arufe Varela

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

- Doctrina Administrativa. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Tercer trimestre de 2024
  Andrés Ramón Trillo García
- Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social
  Javier Aibar Bernad

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- La "carta global de derechos laborales" en su contexto: significación técnica y político-jurídica
  José Luis Monereo Pérez
- Condiciones laborales y de empleo en el sector cultural
  Daniel Pérez del Prado

Clásicos de la Seguridad Social

- Luis Jiménez de Asúa (1889-1970): Las bases de la política y del derecho de la Seguridad Social en la Constitución española de 1931
  José Luis Monereo Pérez

Laborum EDICIONES

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2024 Nº 41

© 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, *Catedrático (acreditado) 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, *Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la 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, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Belén del Mar López Insua, *Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*

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*
Juan Carlos Álvarez Cortes, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga*
Margarita Arenas Viruez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pablo de Olavide*
Inmaculada Benavente Torres, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Ferrán Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
María José Cervilla Garzón, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Cádiz*
María del Rosario Cristóbal Roncero, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
María Elisa Cuadros Garrido, *Profesora Contratado Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Juan Miguel Díaz Rodríguez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Francisco Javier Fernández Orrico, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Francisco Javier Garate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Santiago de Compostela*
Jordi García Viña, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
María del Carmen Grau Pineda, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de las Palmas*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*
Elena Lasaosa Irigoyen, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Magdalena Llompart Bennàssar, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Baleares*
Julen Llorens Espada, *Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
David Montoya Medina, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante*
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 Rodríguez Ramos, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Jesús Baz Rodríguez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Juan Romero Coronado, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María José Romero Ródenas, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha*
Noemí Serrano Argüello, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
Carmen Solís Prieto, Profesora *Contratada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Francisco Trujillo Pons, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*
Isabel Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Carmen Viqueira Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante*

EDITOR:
Ediciones Laborum

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

Contenido

EDITORIAL **7**

EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO EN CONTINUO CUESTIONAMIENTO ANTE LAS ORIENTACIONES RACIONALIZADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CRISIS Y CRÍTICA DEL MODELO DE ASISTENCIA SANITARIA DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO (A PROPÓSITO DE UNA CRISIS SIN PRECEDENTES PROVOCADA POR LA FALTA DE RENOVACIÓN DE LOS CONCIERTOS SANITARIOS ENTRE MUFACE Y LAS ENTIDADES PRIVADAS DE SEGURO ASISTENCIA SANITARIA) **9**
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta

ESTUDIOS DOCTRINALES **27**

SOSTENIBILIDAD Y MEJORA DE LAS PENSIONES: UNA EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 2ª DEL REAL DECRETO-LEY 2/2023 ..... **29**
Mikel de la Fuente Lavín
Xabier Pérez Davila

LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE Y EL TRABAJO: NUEVAS CONTROVERSIAS **61**
Antonio Mª Puerto Barrio
Marta Tajadura Díez

LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO ESPECIAL PARA LA RECUPERACIÓN DE COTIZACIÓN POR PERÍODOS DE PRÁCTICAS, BECAS FORMATIVAS Y BECAS DE INVESTIGACIÓN **93**
Josep Moreno Gené

LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO. UNA CUESTIÓN AÚN PENDIENTE EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL **123**
Isabel M. Pérez Gázquez

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL **145**

LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES EN TORNO AL VIEJO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y AL SUPUESTO "VARÓN DISCRIMINADO", CON ESPECIAL REFERENCIA A LA CUESTIÓN RELATIVA AL CONCRETO CAUCE PROCESAL **147**
Cristina Aragón Gómez

COMENTARIO A LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2024 N.º REC. 197/2023. LA COMPATIBILIDAD DEL TRABAJO Y LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA Y GRAN INVALIDEZ **171**
Daniel Toscani Giménez

LAS PRESTACIONES A CORTO PLAZO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL NICARAGÜENSE. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL NACIONAL LABORAL DE APELACIÓN DE 7 DE ABRIL DE 2022 179
Luis Ernesto Alemán-Madrigal

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 191

LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA COMPARATIVA ENTRE ITALIA Y ESPAÑA..... 193
Javier Aibar Bernad

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS FACULTADES DE DERECHO DE LAS UNIVERSIDADES RADICADAS EN WASHINGTON, D.C. 207
Alberto Arufe Varela

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 217
María Nieves Moreno Vida

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 259

DOCTRINA ADMINISTRATIVA. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. TERCER TRIMESTRE DE 2024 261
Andrés Ramón Trillo García

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... 265
Javier Aibar Bernad

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 281

LA "CARTA GLOBAL DE DERECHOS LABORALES" EN SU CONTEXTO: SIGNIFICACIÓN TÉCNICA Y POLÍTICO-JURÍDICA..... 283
José Luis Monereo Pérez

CONDICIONES LABORALES Y DE EMPLEO EN EL SECTOR CULTURAL..... 347
Daniel Pérez del Prado

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 371

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (1889-1970): LAS BASES DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931 373
José Luis Monereo Pérez

Editorial

Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Editorial
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 9-25

El Mutualismo Administrativo en continuo cuestionamiento ante las orientaciones racionalizadoras de la Seguridad Social: crisis y crítica del modelo de asistencia sanitaria del mutualismo administrativo
(A propósito de una crisis sin precedentes provocada por la falta de renovación de los conciertos sanitarios entre MUFACE y las entidades privadas de seguro asistencia sanitaria)

Administrative Mutualism in constant questioning in the face of the rationalising orientations regarding Social Security: crisis and critique of the health care model of administrative mutualism
(on an unprecedented crisis caused by the non-renewal of health care agreements between MUFACE and private health care insurance companies)

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum Director de la Revista de 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
Catedrático acreditado Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
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

Sumario

1. Los primeros signos de lo que veía venir
2. El inicio de la crisis del mutualismo administrativo comenzó a ser preocupante hace ya más de quince años con la LPGE para 2008: el anuncio del fin o "amortización" del Régimen de Clases Pasivas del Estado o primer paso
3. Segundo paso. El plan de acción de la revisión del gasto del conjunto de las administraciones públicas encargado a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal: el proyecto de evaluación de la asistencia sanitaria del mutualismo administrativo
4. La entrada en escena del Ministerio de Sanidad: "***MUFACE: del seguro privado al Sistema Nacional de Salud. Ministerio de Sanidad. Noviembre de 2024"***
5. Algunas reflexiones finales sobre el modelo de asistencia sanitaria del Mutualismo Administrativo

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El Mutualismo Administrativo en continuo cuestionamiento ante las orientaciones racionalizadoras de la Seguridad Social: crisis y crítica del modelo de asistencia sanitaria del mutualismo administrativo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 9-25.

> *"El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad"*
>
> Artículo 2.1 ("Principios y fines de la Seguridad Social") del R.D. Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

1. LOS PRIMEROS SIGNOS DE LO QUE VEÍA VENIR

De la denominada "Crisis de MUFACE" ya se venía hablando a primeros de 2024 y que poco a poco, antes del verano por la proximidad de la finalización del concierto de aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional, para los beneficiarios de dicha mutualidad suscrito para el período 2022-2024[1] con las entidades de seguro de asistencia sanitaria: ASISA, DKV, SEGURCAIXA ADESLAS, que tiene su vencimiento a las 24 horas del día 31 de diciembre de 2024[2] se intensifico. En este sentido véase la respuesta del Gobierno en fecha 22 de febrero de 2024[3] que trata de despejar dudas sobre la viabilidad del concierto con la aseguradoras privadas:

> *"La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) mantiene una interlocución fluida con las entidades concertadas para la prestación de la asistencia sanitaria de las personas mutualistas, ADESLAS, ASISA Y DKW.*
> *En distintas reuniones, las últimas en los meses de junio y julio de 2023, las entidades concertadas pusieron de manifiesto su preocupación por el escenario económico actual, muy diferente al de diciembre de 2021 cuando se firmó el Concierto para la asistencia sanitaria 2022-2024, solicitando el reequilibrio económico del contrato.*
> *MUFACE está estudiando dichas demandas y la forma de dar respuesta a las mismas.*
> *Por otra parte, se informa que el concierto suscrito por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) con las con las Entidades de Seguro para la asistencia sanitaria[4], tuvo como una de sus novedades y posiblemente la primordial, que se firmó para tres años, con un incremento presupuestario de 1.620 millones de euros para los tres años*
> *Cabe indicar que en el concierto vigente, al igual que en conciertos de años anteriores, las entidades que lo suscriben (ASISA y SEGURCAIXA-ADESLAS) tienen que prestar a los mutualistas una asistencia sanitaria conforme a la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con lo establecido en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en sus normas de desarrollo, en especial el 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.*
> *Además, durante el presente ejercicio se va a trabajar en la tramitación de un nuevo concierto con entidades de seguro para el ejercicio 2025 y posteriores, que garantice la cobertura sanitaria de los mutualistas en las mejores condiciones y siempre de acuerdo con lo establecido en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud".*

[1] El Concierto se publicó por Resolución de 22 de diciembre de 2021, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (BOE de 24 diciembre).

[2] El apartado 8.1.1. del capítulo 8 dispone lo siguiente: "Los efectos del presente Concierto, previa formalización del mismo, se iniciarán a las cero horas del día uno de enero del año 2022 y se extenderán hasta las veinticuatro horas del día treinta y uno de diciembre del año 2024, con independencia de la fecha de su formalización

[3] A las 12:07:30 horas del 22 de febrero, registro de salida 12545, como respuesta 184/2229 a pregunta escrita de 29 de diciembre de 2023 7882, realizada por varios miembros del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados. Accesible en https://www.congreso.es/entradap/l15p/e1/e_0012545_n_000.pdf.; [consultado en 22 noviembre de 2024]

[4] Resolución 4B0/38457/2021, de 21 de diciembre, del ISFAS, por la que se publican los conciertos suscritos con entidades de seguro para la asistencia sanitaria de titulares y beneficiarios durante los años 2022, 2023 y 2024.

Sin embargo, la dudas sobre la renovación y suscripción de un nuevo convenio estaban ahí y los diarios pronto comenzaron hacerse eco de ello, por ejemplo:

> *"Los funcionarios mutualistas de Muface pueden recibir malas noticias en 2025*[5]
> *Como cada año durante el periodo de negociación para renovar el convenio del Estado con Muface, compañías aseguradoras, sindicatos y gerentes sanitarios cuestionan este modelo al que se adscriben los funcionarios que optan por la mutualidad en vez de por la sanidad pública para recibir asistencia médica.*
> *En la actualidad unos 1,5 millones de funcionarios y familiares tienen la opción periódica de optar por la sanidad privada a través de mutuas concesionarias del Estado o bien pueden optar por la sanidad pública. El actual concierto de Muface (periodo 2022-2024) acaba el 31 de diciembre de 2024, con lo que se abre el periodo para negociar primas en un contexto en el que el servicio está bajo permanente análisis por sus condiciones deficitarias.*
> *Así, en los próximos meses deberían comenzar los trabajos de preparación del próximo concierto si es que el Gobierno decide continuar con esta colaboración en los mismos términos que ahora se contemplan.*
> *[...]*
> *Las compañías aseguradoras que optan a concesionarias exigen más financiación, mientras los usuarios demandan más calidad y cantidad en la cartera de servicios que se prestan y el Gobierno evalúa qué alternativa es la más viable en términos económicos y socio sanitarios.*
> *Las aseguradoras denuncian desde hace años la insuficiencia de la prima pagada por Muface, mientras que también desde hace décadas hay voces en contra del mutualismo y a favor de incluir la asistencia sanitaria de todos los funcionarios en la Seguridad Social, entre los que se incluyen miembros de los socios minoritarios de Gobierno [...]".*

Poco después MUFACE, en 24 de junio de 2024, presentaría su memoria anual 2023[6] en el que se comentaba entre otras el estado actual de la redacción del pliego de contratación para la futura licitación de los Conciertos de Asistencia Sanitaria 2025-2026 y por parte de la Secretaria de Estado se informaba de los avances en la tramitación del concierto:

> *"A este respecto, Clara Mapelli ha trasladado a los miembros de Consejo que "es voluntad de esta Secretaría de Estado de Función Pública la apuesta por la firma de un concierto de asistencia sanitaria para los años 2025-2026 que garantice que la atención sanitaria del colectivo de mutualistas se preste en las mejores condiciones de calidad, eficacia, eficiencia y sostenibilidad".*

Y así llegamos al Consejo de Ministros de 8 de octubre de 2024 en el que se toman los siguientes acuerdos de los Ministerios de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Defensa, Transformación Digital y de la Función Pública[7]:

[5] Véase la noticia publicada el 22 de mayo de 2024 en el Diario Expansión, autora Marga del Castillo. Accesible en https://www.expansion.com/economia/funcion-publica/2024/05/22/664c7367e5fdea54688b4576.html; [consultado en 22 noviembre de 2024]

[6] Accesible en https://www.muface.es/muface_Home/va/muface_comunicacion/hemeroteca-noticias/2024/Junio-2024/Segundo-Consejo-General-de-MUFACE-de-2024. [consultado en 22 noviembre de 2024]

[7] Noticia accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20241008-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx; [consultado en 22 noviembre de 2024].

— ACUERDO por el que se autoriza a la Mutualidad General Judicial O.A. (MUGEJU) la celebración del Concierto para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma que opten por recibirla a través de entidades de seguro, durante los años 2025 y 2026[8].

— ACUERDO por el que se autoriza al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) la celebración del Concierto para el aseguramiento del acceso a la prestación de asistencia sanitaria a los beneficiarios del mismo que opten por recibirla a través de entidades de seguro, durante los años 2025 y 2026[9].

— ACUERDO por el que se autoriza a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) la celebración de los Conciertos para el aseguramiento del acceso a la prestación de asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma que opten por recibirla a través de entidades de seguro, y para los mutualistas destinados y/o residentes en el extranjero y sus beneficiarios durante los años 2025 y 2026.

En la ampliación de contenidos y en relación con este último se indica lo siguiente:

"El Consejo de Ministros ha autorizado la licitación del concierto de Muface para los años 2025-2026, por el que se ofrece cobertura sanitaria a través de aseguradoras a parte de los funcionarios que prestan servicios en España y en 123 países.
Este acuerdo se incardina dentro de la planificación estratégica de la Secretaría de Estado de Función Pública, dirigida a modernizar y mejorar el servicio que presta la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE).
Se trata de un concierto a dos años con la finalidad de garantizar la asistencia sanitaria del colectivo cubierto, que supera los 1,5 millones de personas, entre titulares y beneficiarios. En Muface, el 65% son docentes de primaria, secundaria y universitarios y un 17% pertenece a algunos cuerpos de la Administración General del Estado.
La cuantía total de la contratación asciende a 1.337.059.970 euros en 2025 y 1.344.553.098 euros en 2026, un incremento total del nuevo concierto bianual de 303.949.078 euros respecto al último año de vigencia del concierto anterior.
Con dicha dotación, el concierto 2025-2026 ofrece una prima del 17,12%, la mayor de la historia desde que existen registros homologables, y que se distribuye en un 16,5% en 2025 y un 0,62% en 2026. En los últimos 25 años, el aumento anual de la prima ha sido de media de un 4,4%.
Tras esta subida, la prima media por mutualista al año pasará de 1.032,12 euros a 1.208,81 en 2026, lo que supone un aumento de la prima por asegurado de 176,69 euros."
Atención de nuevas necesidades. El cálculo de la prima tiene en cuenta dos conceptos. Por un lado, cubre los nuevos servicios sanitarios incluidos en la cartera del Sistema Nacional de Salud (relativos a salud bucodental, incremento del gasto en farmacia hospitalaria, medicamentos innovadores y terapias avanzadas, nuevas vacunas en el calendario, y el aumento del coste en cronicidad) y el incremento de la cuantía de los honorarios médicos.
Además, por primera vez se tiene en cuenta en el cálculo del concierto el déficit de tarifa (la diferencia entre primas abonadas y coste sanitario en el que han incurrido las entidades), incluyéndolas en el cálculo a efectos de calcular un incremento de prima que permita compensar las pérdidas y atender los nuevos gastos del sistema sanitario".

[8] En BOE de 18 de octubre de 2024 se publicó el anuncio de licitación de la Mutualidad General Judicial.
[9] En BOE de 18 de octubre de 2024, se publicó el anuncio de licitación del ISFAS.

Los anuncios de licitación presentaban como plazo para recibir ofertas el 5 y el 8 de noviembre de 2024.

¿Qué ha ocurrido? Pues en la web de MUGEJU se recoge la siguiente información:

> *"Información sobre el próximo concierto de asistencia sanitaria, actualizada a 18/11/2024*
> *Desde la mutualidad ofrecemos la siguiente información sobre el próximo concierto de MUGEJU con las entidades de seguro de asistencia sanitaria:*
> *Las entidades médicas DKV, SANITAS y MAPFRE han optado por no presentarse al próximo concierto sanitario de MUGEJU para los años 2025 y 2026 y, por tanto, las personas mutualistas adscritas a dichas entidades deberán solicitar el cambio de entidad durante el periodo ordinario del mes de enero.*
> *DKV, SANITAS y MAPFRE prestarán asistencia sanitaria a las personas mutualistas que tengan adscritas hasta el 31 de enero de 2025. Las únicas excepciones a esta fecha son las descritas en la cláusula 8.1.2 del concierto actual, ….*
> *Actualmente, conforme a las fases y plazos legalmente previstos, continúa, con las entidades que han participado en la licitación (SEGURCAIXA ADESLAS, ASISA Y NUEVA MUTUA SANITARIA), la tramitación del procedimiento que resolverá la adjudicación del concierto de asistencia sanitaria para los años 2025 y 2026. Se dará puntual información por esta misma vía sobre la citada resolución.*
> *Además, aclaramos que continúa en vigor el convenio de MUGEJU con el INSS para las personas que elijan el sistema público de salud."*

A diferencia de otras aseguradoras ADESLAS si ha manifestado su interés por los conciertos con MUGEJU e ISFAS.

Y por su parte MUFACE en web de MUFACE el mismo día 5 de noviembre de 2024 se facilitó la siguiente información[10]:

> *"Todos los mutualistas de Muface, tanto los titulares como los beneficiarios, van a continuar recibiendo la misma asistencia sanitaria que disfrutan con las condiciones actuales. Hoy terminaba el plazo para presentar las ofertas al concierto de Muface para los años 2025 y 2026 y la licitación ha quedado desierta.*
> *Los 1,5 millones de mutualistas recibirán las mismas prestaciones sanitarias y sociales que en la actualidad.*
> *Todos los mutualistas de Muface, tanto los titulares como los beneficiarios, van a continuar recibiendo la misma asistencia sanitaria que disfrutan con las condiciones actuales. Hoy terminaba el plazo para presentar las ofertas al concierto de Muface para los años 2025 y 2026 y la licitación ha quedado desierta.*
> *La atención médica y asistencial se mantendrá en los términos actuales. Con posterioridad a la fecha de finalización del concierto se garantizará la continuidad de las prestaciones sanitarias con arreglo a los mecanismos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público.*
> *El Consejo de Ministros autorizó el pasado 8 de octubre la celebración de un nuevo concierto con la finalidad de garantizar la asistencia sanitaria del colectivo cubierto, que supera los 1,5 millones de personas, entre titulares y beneficiarios. Para ello acordó incrementar la cuantía total de la contratación a 1.337.059.970 euros en 2025 y 1.344.553.098 euros en 2026, un aumento total del nuevo concierto de 303 millones*

[10] Accesible en https://www.muface.es/muface_Home/muface_comunicacion/hemeroteca-noticias/2024/Noviembre-2024/Novedades-Concierto--Muface-seguir--garantizando-atenci-n-sanitaria-a-todos-los-mutualistas.html.; [consultado en 22 noviembre de 2024]

respecto a 2024. Con dicha dotación, el concierto 2025-2026 ofrecía una prima del 17,12%, la mayor de la historia desde que existen registros homologables."

Ante esta situación, el 20 de noviembre de 2024, MUFACE inició los trámites preparatorios de una segunda licitación de los próximos Conciertos de Asistencia Nacional e Internacional de MUFACE publicándolos en la Plataforma de Contratación del Sector Público de un anuncio de apertura de plazo para sendas consultas preliminares de mercado[11], con lo que se supone que el órgano administrativo, podrá obtener una información más precisa y el procedimiento será más transparente, pero no genera ninguna obligación ni compromiso de contratar con las entidades que participen en la consulta.

Mientras tanto y hasta el día 31 de enero de 2025 si la entidad de seguros finalmente no suscribiera con MUFACE un nuevo Concierto para el año 2025, continuará obligada por el contenido del presente Concierto hasta el treinta y uno de enero de 2025, para el colectivo que tenga adscrito a treinta y uno de diciembre de 2024. Además, si a 31 de enero de 2025 continuase prestando una asistencia en régimen de hospitalización o una asistencia por maternidad (con fecha prevista de parto para el mes de febrero), la Entidad quedará obligada a seguir prestando la asistencia hasta el día en que se produzca el alta hospitalaria o se concluya la asistencia por maternidad, respectivamente. No obstante, si la necesidad de hospitalización se prolongara, la Entidad sólo asumirá su cobertura hasta finalizar el mes de marzo de 2025, fecha a partir de la cual deberá asumirla la nueva Entidad de adscripción[12].

Y esta es la "crisis mutualista" que si la centramos en sus justos términos se limita –reconociendo su relevancia- a la asistencia sanitaria prestada vía conciertos sanitarios con entidades aseguradoras privadas en territorio nacional y que afecta principalmente a MUFACE. Con respecto a MUGEJU e ISFAS ya hay una compañía privada que si ha concurrido al concierto.

En principio, limitándonos a MUFACE, debe también advertirse que *para nada al resto de competencias que tiene atribuidas* relativas a[13]: incorporación a la mutualidad, cotización, prestación

[11] Téngase en cuenta la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública que su artículo 40 dispone que: *"Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia."*. Esta previsión sería luego recogida en el artículo 115 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (LCSP), al establecer que: *«Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento».*
Según informa MUFACE el plazo de participación en las consultas preliminares estará abierto en la Plataforma de Contratación del Sector Público desde el 21 de noviembre hasta el 4 de diciembre de 2024.

[12] Apartado 8.1.2 del capítulo 8 del vigente concierto.

[13] Véanse las normas de carácter general que regulan las competencias y actividades de MUFACE en: RD 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo; Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo; Real Decreto 577/1997, de 18 de abril, de estructura de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado; Real Decreto 657/1989, de 9 de junio, por el que se adaptan los porcentajes de cotización de los mutualistas y de aportación del Estado a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, al Instituto Social de las Fuerzas Armadas

de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, incapacidad permanente, prestaciones de protección a la familia, servicios sociales y asistencia social, nada afecta. Incluso en materia de asistencia sanitaria seguirá siendo gestionada por ella la prestada fuera del territorio nacional, la gestión de la prestación farmacéutica, así como otros servicios complementarios[14].

De ahí que las noticias sobre la desaparición de MUFACE sean algo exageradas. Otra cosa es que el mutualismo administrativo tanto el de MUFACE como del ISFAS y MUGEJU pueda estar debilitado y en fase de desaparición progresiva, como se irá analizando a continuación[15]. Y conviene que sobre esto echemos una mirada hacia atrás.

2. EL INICIO DE LA CRISIS DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO COMENZÓ A SER PREOCUPANTE HACE YA MÁS DE QUINCE AÑOS CON LA LPGE PARA 2008: EL ANUNCIO DEL FIN O "AMORTIZACIÓN" DEL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO O PRIMER PASO

Una singularidad que presenta nuestro sistema Seguridad Social española en la existencia de tres Regímenes Especiales a favor de: Funcionarios Civiles del Estado; miembros de las Fuerzas Armadas y del personal na de la Administración de la Justicia[16]. Estos tres Regímenes presentan una protección singular: Las pensiones que las gestiones que ser reconocen y gestionan por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, gestionado directamente por el Ministerio de Hacienda, mientras que la asistencia sanitaria, los servicios sociales y el resto de las prestaciones económicas están a cargo

y a la Mutualidad General Judicial, conforme a lo establecido en la disposición final quinta de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989; Real Decreto 1733/1994, de 29 de julio, por el que se adecuan los procedimientos en materia de Mutualismo Administrativo y Fondo Especial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio, por la que se regula el procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; Orden APU 3554/2005, de 7 de noviembre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio en el ámbito del Mutualismo Administrativo gestionado por MUFACE; Orden APU 2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE y establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina. Anexos I, II, III y IV modificados por la Resolución de 27 de junio de 2022, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado; Orden APU 284/2004, de 2 de febrero, por la que se regula el procedimiento de ingreso de cotizaciones de los mutualistas a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado; Orden APU 95/2004, de 12 de enero, que dicta normas para la aplicación del subsidio de defunción en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; Resolución de 2 de agosto de 2022 , de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, sobre delegación de competencias; Resolución de 26 de junio de 2014 , de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional.

[14] Téngase en cuenta que MUFACE tiene también suscritos convenios para la prestación de asistencia sanitaria con el INSS en territorio nacional (el convenio actual se suscribió en fecha 26 de enero de 2018, publicado en BOE 23 marzo y estará en vigor hasta el 23 de marzo de 2026, dada la prórroga acordada en 2022 , BOE 3 marzo); con la compañía DKV para la asistencia sanitaria en el exterior; y también con los servicios de salud de las CC.AA: Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares, Castilla La Mancha, Castilla León, Cataluña, Galicia y Madrid para prestar servicios sanitarios a las personas mutualistas y beneficiarias adscritas a entidades y residentes en el medio rural.

[15] Quizás convenga recordar la respuesta del Gobierno a pregunta del Grupo Popular en 8 de noviembre, registro salida 10 de noviembre 2021 08:02:44: "*MUFACE, al igual que las otras dos mutualidades de funcionarios (ISFAS y MUGEJU), forma parte del Sistema Nacional de Salud como se recoge en la disposición adicional 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS. Desde este punto de vista, el Gobierno sigue apostando por el mantenimiento y consolidación de las mutualidades"*. Accesible en https://www.congreso.es/entradap/l14p/e16/e_0168148_n_000.pdf. [consultado en 22 noviembre de 2024].

[16] Véanse art. 10 de la LGSS y RD-legislativo 4/2000, de 23 de junio; RD- legislativo 1/2000, de 9 de junio, Fuerzas Armadas; y RD-legislativo 3/2000, de 23 de junio, personal al servicio de la Administración de Justicia

de las correspondientes Mutualidades Generales, adscritas a los correspondientes Departamentos Ministeriales.

Con el objetivo declarado de armonización de regímenes de los funcionarios públicos, la disposición adicional sexagésima segunda de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, dio un mandato al Gobierno para que, previa negociación con las organizaciones sindicales en la Mesa del Diálogo Social existente para el seguimiento y desarrollo del Pacto de Toledo, propusiese las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social.

Habrá que esperar RD-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, cuyo art. 20 vendría a disponer que[17]: *"Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquélla fecha*".

Se advertía que la a inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado 1 del art. 20 respetaría, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario[18]. Y además se indicaba personal incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha, y sin solución de continuidad, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso, o reingrese, en otro Cuerpo que hubiera motivado, en dicha fecha, su encuadramiento en el Régimen de Clases Pasivas, continuará incluido en dicho régimen[19].

Habrá que esperar a un desarrollo de tales previsiones a 2015. La disposición adicional tercera de LGSS (que trae su causa en el art. 20 del RD-ley 13/2010) prevé, con las adaptaciones que sean precisas, el respeto, para el personal militar y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado, así como de determinadas singularidades relacionadas con los tribunales médicos para la declaración de la incapacidad o inutilidad del funcionario. Lo que sería luego desarrollado por el RD 1087/2015, de 4 diciembre, con respeto al régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado supone que el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los supuestos de incapacidad permanente o fallecimiento en acto de servicio o como consecuencia de atentado terrorista, tendrá derecho a la pensión que corresponda conforme a la normativa del Régimen General de la Seguridad Social así como a un complemento extraordinario de pensión equivalente a la diferencia entre el importe de la pensión por contingencias profesionales

[17] La referencia actual entiéndase hecha a la disposición adicional tercera de la LGSS.

[18] Mayores salvedades se harían respecto del personal militar.

[19] Continuarán rigiéndose por la normativa reguladora del Régimen de Clases Pasivas del Estado los derechos pasivos que, en propio favor o en el de sus familiares, cause el personal comprendido en la letra i del artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. *(Nota del SIDI: Nuevos ministros y otros altos cargos)*
Su disposición transitoria cuarta establecería un régimen transitorio aplicable al personal incluido a 31 de diciembre de 2010 en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas, en el sentido de que los derechos pasivos causados, y los que de futuro puedan causar, los colectivos incluidos a 31 de diciembre de 2010 en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado, así como los que pudieran causar los que a esa misma fecha tuvieran la condición de alumnos de Academias y Escuelas Militares, se regirán por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y sus disposiciones de desarrollo.

de la Seguridad Social y la cuantía de la pensión extraordinaria que por el mismo hecho causante hubiere correspondido en aplicación de las normas del Régimen de Clases Pasivas del Estado. Dicho complemento extraordinario se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Además, teniendo en cuenta que la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social lo es a los exclusivos efectos de Clases Pasivas, se mantiene la acción protectora gestionada por las respectivas mutualidades de funcionarios[20].

En definitiva, los funcionarios que hayan obtenido tal condición a partir de 1 de enero de 2011 quedan integrados en el Régimen General de la Seguridad Social a los exclusivos efectos de pensiones. Y en todo lo referido al resto de contingencias (Incapacidad temporal, asistencia sanitaria, etc.) seguirán protegidos por el Mutualismo Administrativo gestionado por MUFACE, MUJEJU e ISFAS. En definitiva, se pone freno a la incorporación de nuevos funcionarios al Régimen de Clases Pasivas.

El siguiente paso relevante será el llevado a cabo RD 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, cuyo artículo 22 atribuye al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de Clases Pasivas. Posteriormente, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en sus Disposiciones Adicionales quinta, sexta, séptima y octava, Transitoria segunda y Final primera, dispusieron determinadas medidas para llevar a cabo el traspaso competencial desde el Ministerio de Hacienda al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. En dicho RD-ley se atribuye la competencia para la gestión del Régimen de Clases Pasivas al Instituto Nacional de la Seguridad Social y para el resto de ayudas y prestaciones gestionadas hasta la fecha por la Dirección General de Costes de Personal, a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Además, se establece que, transitoriamente, en tanto se culmina el proceso de adaptación de la gestión administrativa, contable, presupuestaria y financiera que permitan la asunción de la gestión de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la misma será ejercida por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

Y, por otro lado, se efectúan las modificaciones necesarias en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y en el resto de la normativa reguladora del régimen de clases pasivas, para reflejar los cambios competenciales que se han producido por el Real Decreto 2/2020 de 20 de enero.

Esta situación sería temporalmente frenada por la STC de fecha 18 de mayo de 2021, que estimaría el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversas disposiciones de dicho Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, y en consecuencia ha declarado inconstitucionales y nulas las Disposiciones Adicionales sexta y séptima, la Disposición Transitoria segunda y la Disposición Final primera del mencionado Real Decreto-ley, con el alcance establecido en su fundamento jurídico 8, por no apreciarse la extraordinaria y urgente necesidad. No obstante, para evitar perjuicios a los beneficiarios de las prestaciones del régimen de Clases Pasivas, se declarará que la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar en este caso diferida hasta el 1 de enero de 2022, a fin de que antes de que expire ese plazo se pueda proceder a sustituir la regulación declarada inconstitucional y nula (por incumplimiento del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE) por la regulación legal pertinente.

[20] Un análisis de las medidas contenidas en dicho RD puede verse en Panizo Robles, J.A.: "Completado el proceso de integración de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social: El reconocimiento de prestaciones de incapacidad, viudedad y orfandad al personal de las fuerzas armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado (Real Decreto 1087/2015, de 4 diciembre)", CEF. Laboral Social, diciembre 2015.

3. SEGUNDO PASO. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA REVISIÓN DEL GASTO DEL CONJUNTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ENCARGADO A LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL: EL PROYECTO DE EVALUACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

El 28 de diciembre de 2021, el Consejo de Ministros aprobó el nuevo ciclo de revisión del gasto público 2022-2026 a realizar la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, AAI (AIReF). Y ello en cumplimiento del compromiso adquirido en el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia (PRTR) para mejorar la calidad del gasto público.

La segunda parte del plan[21] pretende abordar el análisis del gasto derivado de la asistencia sanitaria proporcionada a través del mutualismo administrativo, llevada a través tres mutualidades: Muface, Mugeju e Isfas.

El Plan señala que el gasto sanitario del mutualismo alcanzó en 2019 los 2.230 millones de euros, de los cuales un 64,9% corresponden a MUFACE, un 31,3% a ISFAS y un 3,8% a MUGEJU. Las mutualidades se financian con las cotizaciones de los mutualistas, la aportación y la subvención del Estado, otros ingresos diversos (rendimientos de cuentas y valores, ingresos patrimoniales, etc.) y el remanente de tesorería. Con las cotizaciones de los mutualistas y la aportación del Estado se financia la asistencia sanitaria y otras prestaciones contributivas del mutualismo, como los subsidios por incapacidad temporal, prestaciones por incapacidad, etc.

La mayor parte de estos presupuestos se destina a la asistencia sanitaria. MUFACE dedica más del 82% de su presupuesto a la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica; ISFAS más del 90% y MUGEJU más del 78%.

El objetivo de esta evaluación es analizar la eficiencia técnica y económica de la asistencia sanitaria del mutualismo y, en particular, de la que se provee a través de entidades privadas. El análisis se estructurará en dos bloques. El primer bloque abordará el estudio de los servicios sanitarios proporcionados a través del mutualismo, de los que se analizará su gobernanza y eficiencia técnica, así como su eficiencia económica. El segundo bloque tratará sobre la gobernanza y eficiencia técnica de las prestaciones farmacéuticas y complementarias.

El bloque I denominado "Eficiencia técnica y económica de los servicios sanitarios", presenta dos ejes

Eje 1. Gobernanza y eficiencia técnica de la provisión de servicios sanitarios. Ello implicará el examen de los siguientes aspectos:

— Organización del mutualismo para la gestión de la asistencia sanitaria y relación con otros actores implicados en su regulación, planificación y provisión.

— Mutualistas: determinación de la población protegida por el sistema en territorio nacional y extranjero; alcance y razones de las modificaciones de cambio de adscripción a entidad de asistencia sanitaria realizadas por los mutualistas; caracterización y perfilado de los mutualistas.

[21] La primera parte va dirigida al análisis del gasto en instrumentos financieros del sector público de apoyo a los sectores productivos. Accesible en: https://www.airef.es/wp-;content/uploads/2022/03/SR/Plan_Accion_SR_FaseIII.pdf [consultado en 22 de noviembre de 2024).

— Garantía de acceso a la cartera de servicios comunes y, en su caso, otros servicios; cobertura territorial; oferta de atención sanitaria (cuadro médico y otros); infraestructura y tecnología sanitaria.

— Complejidad y calidad asistencial objetiva y subjetiva (nivel de satisfacción de los asegurados) de los servicios. Tarjeta sanitaria, disponibilidad de historial clínica, interoperabilidad.

— Gestión, evaluación y seguimiento: mecanismos para coordinar y controlar la atención sanitaria, su tipo y calidad; seguimiento del cumplimiento por las compañías de sus obligaciones de información con los beneficiarios y la mutualidad y la calidad de los datos.

Eje 2. Eficiencia económica de los servicios de asistencia sanitaria:

— Financiación del sistema.

— Fijación de precios y costes, incentivos, compensaciones.

— Sostenibilidad financiera.

El bloque II es el relativo a la "Gobernanza y eficiencia técnica de las prestaciones farmacéuticas y complementarias":

— Organización y operadores implicados en la prestación farmacéutica.

— Evaluación de la cobertura nominal y efectiva a los mutualistas. Canales de acceso a prestaciones.

— Acceso a los medicamentos y productos dietéticos en la atención primaria y en atención especializada, a tratamientos de enfermedades raras y a terapias avanzadas. Estructuras y herramientas de evaluación para la incorporación de las innovaciones farmacéuticas.

— Evolución y caracterización del gasto de receta: patrones de consumo (por ATC, genéricos y biosimilares, de marca...); herramientas de seguimiento y control del gasto y previsiones a largo plazo del gasto en medicamentos por el canal de las oficinas de farmacia.

— Copago farmacéutico: evaluación de la política de aportación de los diferentes tipos de usuarios; equidad y eficiencia del modelo; análisis complementario de los esquemas de concesión de ayudas económicas para compensar el copago.

— Modelos y calidad de prescripción y dispensación: estrategias y herramientas de control de la calidad en la prescripción, de uso racional del medicamento (URM); incentivos e indicadores de calidad de la prescripción, uso de medicamentos eficientes y por principio activo; políticas de armonización y guiada; medicamentos y terapias de alto impacto; condiciones de dispensación en casos financiados por el SNS establecidas en los conciertos; implantación de tecnologías (prescripción electrónica; receta electrónica interoperable; tarjeta sanitaria individual). Información del prescriptor sobre los medicamentos prescritos.

— Seguimiento farmacoterapéutico: implantación de programas de asistencia farmacéutica, de detección de problemas relacionados con los medicamentos y de educación orientada al uso racional de medicamentos. Control de la adherencia a los tratamientos.

— Prestaciones complementarias: mecanismos para la actualización de precios y productos, seguimiento de las prestaciones.

Y finalmente habrá un bloque III, relativo a "Propuestas que contribuyan a la eficiencia técnica y productiva de los servicios sanitarios, prestaciones farmacéuticas y complementarias".

El cronograma aprobado fijaba como plazo máximo de finalización de los trabajos, una vez aprobado el plan de acción, doce meses a partir de la efectiva incorporación de medios externo y siempre que la AIReF cuente con la información indispensable para la realización de las evaluaciones. De momento lo único que se conoce es la información que facilitó la propia AIRef a través de su directora en las Jornadas de Economía de la Salud, AES en Tenerife el 26 de julio de 2024 en las que se indicaba que la evaluación se hará pública a finales de año[22]. También puede verse la facilitada Muface (actualizada a 17 de octubre) : *"La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) ha remitido un cuestionario a cerca de 82.000 mutualistas a fin de realizar un análisis estadístico sobre cómo es su experiencia con el servicio que presta la Mutualidad. La muestra ha sido extraída del colectivo de MUFACE, y para la realización de esta actuación se ha firmado un Acuerdo entre la Autoridad Independiente y la Mutualidad para la cesión y tratamiento de datos personales necesarios, en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos y privacidad, de modo que se cumplan las garantías y requisitos de seguridad que la misma recoge*"[23].

4. LA ENTRADA EN ESCENA DEL MINISTERIO DE SANIDAD: "*MUFACE: DEL SEGURO PRIVADO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. MINISTERIO DE SANIDAD. NOVIEMBRE DE 2024"*

En la segunda quincena de noviembre de 2024 varios medios de información publicaban la siguiente noticia:

> *"Sanidad argumenta por qué se puede desmantelar Muface y asumir el número de pacientes que dejarían la sanidad privada. Un Informe elaborado por la cartera de Mónica García asume que el sistema público puede absorber las necesidades sanitarias del 67,3% de los funcionarios de Muface que elegían cobertura privada*"[24]; y *Sanidad considera viable y razonable atender a todos los funcionarios de Muface en la sanidad pública. Un informe del ministerio destaca que las comunidades autónomas ya atienden a los pacientes más graves porque los seguros médicos privados hacen una selección de riesgos*"[25].

[22] Accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2024/06/TENERIFE/260624_Presentacion_Cristina_Herrero_Jornadas_AES.pdf.

[23] Accesible en https://www.muface.es/muface_Home/muface_comunicacion/hemeroteca-noticias/2024/Septiembre-2024/Encuesta-Airef.html, [consultado en 22 noviembre de 2024].

[24] Diario El Mundo de 18 de noviembre de 2024. Noticia accesible en https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2024/11/18/673b0ec1fc6c8357168b4597.html. [consultado en 22 noviembre de 2024].

[25] Diario El País de 18 de noviembre de 2024. Noticia accesible en https://elpais.com/sociedad/2024-11-18/sanidad-considera-que-atender-en-la-sanidad-publica-a-todos-los-funcionarios-de-muface-es-viable-y-razonable.html; [consultado en 22 noviembre de 2024].

El denominado *informe,* salvo error, no figura en la web del Ministerio de Sanidad, aunque se puede localizar fácilmente en internet[26]. Se trata de un documento elaborado por la Secretaría de Estado de Sanidad[27] (su logo figura en el encabezamiento del mismo) y se divide en varias partes: introducción y contexto; impacto demográfico; indicadores generales de salud de la población mutualista; posibles cauces de acción; y conclusiones. Todo ello en un total de 17 páginas.

En realidad, con las respetos debidos, no parece que se pueda considerar como un informe resultado de un completo y riguroso análisis técnico y de política del Derecho de: a) El contexto en que se analiza el mutualismo y a la asistencia prestada dentro del mismo (servicios sanitarios, prestación farmacéutica, prestaciones complementarias, gobierno de la asistencia sanitaria del mutualismo; régimen económico y financiero de las mutualidades; evolución de los mutualistas con indicación de las características y elección de la provisión de asistencia sanitaria; el gasto sanitario en el mutualismo); b) El objetivo y alcance del informe o estudio (análisis de la provisión de servicios sanitarios y de las prestaciones farmacéuticas y complementarias, con indicación de la eficiencia técnica y económica de los servicios y prestaciones); c) La metodología que se emplea en el estudio o informe con el fin de alcanzar los objetivos; d) Fuentes y bases de datos de información que se analizan; e) Como se ordenó el estudio y si hay organismos participantes en el mismo; y, por último, f) la ordenación temporal del informe o estudio[28].

Más bien parece un Informe en que prima más la crítica la asistencia sanitaria privada ofrecida desde el mutualismo administrativo atendiendo a los datos de la experiencia y a la situación crítica actualmente generada. Pero que carece del máximo rigor exigible. Por señalar algunos aspectos problemáticos del mismo:

a) Yerra cuando indica que el *"sistema de mutualidades de MUFACE surgió en un momento en el que el Sistema Nacional de Salud eran un embrión*" (pág.1). Recuérdese el mutualismo administrativo se creó hace ya más de 42 años[29] y el Sistema Nacional de Salud en 1986[30]; o cuando afirma que derivada de cambios en el modelo de aseguramiento en 1983, el Instituto Nacional de la Seguridad Social incorporó de forma obligatoria a 400.000 autónomos a la cobertura del INSALUD (pág. 3). Los trabajadores autónomos o por cuenta propia tenían dentro de su acción protectora la asistencia sanitaria con el INSALUD si bien como cobertura voluntaria[31] y el RD 43/1984, de 4 de enero, amplió la cobertura obligatoria en el RETA de la asistencia sanitaria y la incapacidad laboral transitoria, obviamente a dispensar por la entidad gestora INSALUD.

b) Ofrece unos datos demográficos a 31 de octubre de 2024 (pág. 4) y los obtiene según indica en nota de "*Datos abierto MUFACE*" con remisión a la página web de dicha entidad, pero sin indicar fecha de consulta. Si acudimos a esa referencia que se nos da, los datos que ofrece MUFACE son a 2023 distintos de los indicados en el informe. En el informe se dice que la asistencia sanitaria mediante aseguradoras privadas alcanza 1.007.322 personas y

[26] https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/pdf/Informe_transicion_MUFACE_al_SNS.pdf [consultado en 22 noviembre de 2024].

[27] En su portada indica Ministerio de Sanidad y las páginas del mismo se recoge en el encabezado el logo del Ministerio de Sanidad y Secretaría de Estado de Sanidad.

[28] En este sentido véase el Plan de acción de la revisión del gasto del conjunto de las administraciones públicas. Instrumentos financieros de apoyo a la pyme reforzados por el PRTR y asistencia sanitaria del mutualismo administrativo. Accesible en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/03/SR/Plan_Accion_SR_FaseIII.pdf [consultado en 22 de noviembre de 2024).

[29] Véase el art. 4 de la Ley 29/1975, 27 junio, para MUFACE; art. 4 de la Ley 28/1975, 27 junio, para ISFAS y RD-ley 16/1978, 7 junio, para MUGEJU.

[30] Véase Ley 14/1986, de 25 abril.

[31] Véase Orden de 28 de julio de 1978.

sin embargo a tenor de los datos que recoge MUFACE son 1.072.265 a los que habría que añadir 8.092 más (aseguramiento DKV internacional).

c) Recoge datos de población mutualista por edad con aseguramiento privado. Aquí la fuente que utiliza es del Ministerio de Sanidad y lo refiere a31 octubre de 2024, si bien no da referencia alguna para poder ser consultada, ni tampoco se precisa si es de MUFACE o de todas las mutualidades (al menos en su pág. 5 no se concreta).

d) Del mismo modo se presentan datos sobre el impacto demográfico de la incorporación al SNS (págs.7 a 11) y de indicadores generales de salud de la población mutualista (págs. 11 y siguientes), sin que se concrete la fuente.

e) Se incluyen referencias bibliográficas a las que no se ha podido acceder (siempre de los mismos autores) y a la que se ha podido analizar se trata de una presentación para las XXXIX Jornadas de Economía de Salud, celebrada en Albacete del 12 al 14 de junio, sobre unos datos de 2017-2018.

En relación con lo que denomina "posibles cauces de acción", se inclina por dejar a un lado la celebración de nuevos conciertos. Y como alternativa se posiciona en favor ejecutar una prórroga de 9 meses del concierto actualmente en vigor, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, y plantear durante esos 9 meses un proceso de internalización de la provisión sanitaria de los mutualistas de MUFACE para que se hiciera cargo el Sistema Nacional de Salud. Y así plantea el siguiente camino:

— Durante esos 9 meses, podría plantearse una incorporación paulatina estratificada por letra de comienzo del primer apellido, edad y aseguradora prestadora de servicios, pudiendo trabajarse, singularizando su aplicación a nivel de CCAA, los siguientes elementos:

— Identificación de pacientes inmersos en procesos terapéuticos que precisen continuidad y que deban ser de los últimos en ser traspasados al sistema sanitario público. En este tipo de pacientes, en el caso de existir alguna contraindicación absoluta a la transferencia de su asistencia sanitaria (situación de final de la vida o muy alta complejidad en procesos oncológicos) se podrá valorar una vía excepcional de renegociación temporal de un aseguramiento extraordinario que permita la prórroga durante un año más allá de la extinción de la prórroga.

— Elaboración de un plan de transición y continuidad para garantizar que los pacientes atendidos por procesos crónicos de alta complejidad puedan ser atendidos con normalidad en sus centros hospitalarios de referencia del SNS sin necesidad

— Creación de un plan de transferencia de información clínica para asegurar la continuidad en la asistencia, evitar la duplicidad en la realización de pruebas diagnósticas y terapéuticas y afianzar la calidad en la prestación sanitaria.

— Compromiso "lista de espera quirúrgica cero" para que los procedimientos que sean indicados por profesionales de las aseguradoras privadas a pacientes de MUFACE durante los primeros 4 meses de la prórroga del concierto deban ser realizados por la aseguradora en cuestión.

— Plantear un plan de comunicación a nivel de la población general y la población mutualista de MUFACE que favorezca el conocimiento de la nueva situación, el plan de transición y ayudara a resolver cualquier duda que pudiera generarse para evitar dificultades.

— La financiación actual de la asistencia sanitaria destinada a la provisión de la asistencia sanitaria por parte de las aseguradoras privadas a los mutualistas de MUFACE será transferida, de manera capitativa, a las Comunidades Autónomas para su inversión, con carácter finalista durante los primeros 3 años, en los respectivos servicios autonómicos de salud.

También se pronuncia sobre el copago farmacéutico, pero también incurre en defectos antes apuntados ya que se remite a una tabla 1 que se supone recogida en el documento pero que poco tiene que ver con lo que este punto se quiere decir puesto que la que figura en el informe como tabla 1 habla de porcentaje de población mutualista por edades, pero no de población activa y pensionista.

En realidad, el propio Informe viene a reconocer una cierta precipitación en su elaboración cuando dice *"…si tomara la decisión de incorporar a esta población, habría que trabajar en estudios posteriores en mayor profundidad haciendo uso de los sistemas de información sanitaria disponibles en colaboración con las Comunidades Autónomas e* INGESA" (páginas 17 y 18).

El Informe se puede considerar bien intencionado, pero de escaso rigor en algunas de sus apreciaciones, llevado quizás por la premura en que se ha querido ofrecer un pronunciamiento de carácter político ante la crisis del modelo de asistencia sanitaria del Mutualismo Administrativo.

Por otro lado, habría que recordar que el Ministerio de Sanidad tiene competencias limitadas en aspectos relevantes que aquí se ventilan, su competencia queda acotada en los términos legales siguientes: "*Corresponde al Ministerio de Sanidad la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de salud, de planificación y asistencia sanitaria, así como el ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado para asegurar a la ciudadanía el derecho a la protección de la salud. …*"[32]. Y habrá que contar con la opinión de las entidades mutualistas, ministerios de los que dependen, entidades gestoras de la Seguridad Social que pueden verse afectadas, de la Comunidades Autónomas de las que depende la prestación del servicio de asistencia sanitaria y también de los beneficiarios (cada vez más resueltos, ciertamente, hacia la seguridad y eficiencia integral que confieren el sistema público de asistencia sanitaria).

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE EL MODELO DE ASISTENCIA SANITARIA DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

El que un colectivo protegido por el sistema de Seguridad Social pueda elegir para su atención sanitaria entre Sistema Nacional de Salud y entidades de seguro privadas es una *anomalía difícil de justificar*. Es obvio que tiene unas razones históricas como es la propia creación de las Mutualidades anteriores al Sistema Nacional de Salud, pero su mantenimiento actual no se entiende.

El incorporar a toda la población mutualista a la asistencia sanitaria pública es una opción viable y razonable pero no parece que pueda ser con esa inmediatez que se defiende por parte del Ministerio de Sanidad. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal ha llevado a cabo un estudio sobre la asistencia sanitaria del mutualismo administrativo y su eficiencia técnica y económica que según asegura su presidenta los resultados del mismo se harán públicos en diciembre de 2024. Parece oportuno, por el rigor con que se llevan a cabo sus estudios esperar a conocer sus resultados.

[32] Art. 1 RD 718/2024, de 23 julio.

La crítica a las compañías de seguros de asistencia sanitaria por no haber concurrido a los concursos de MUFACE, MUGEJU e ISFAS pese a la subida de la licitación no tiene en cuenta, con todas sus consecuencias, la lógica mercantil que le es inherente. Las compañías de seguros privado no son "hermanas de la Caridad" o "ONG" tienen ánimo de lucro en su gestión y si no alcanzan los *beneficios* que ellas pretenden pues abandonan el concierto. O no es eso lo que ocurre en ámbito del aseguramiento individual, al final de período de la póliza ambas partes son libres de prorrogarlo o no. Esto es lo que tiene operar con compañías de seguro privadas.

Dicho lo anterior las entidades de seguro privadas, que hasta ahora han dado protección a los funcionarios, también deberían de salir al paso de la verosimilitud de que ellas *están incurriendo en un criticable y disfuncional fenómeno de selección de riesgos e indirectamente en los propios sujetos protegidos que se puedan ver empujados a trasladarse a proveedores públicos de atención sanitaria.* La realidad del desvío de pacientes al sistema nacional de salud en caso de enfermedades graves con procesos sanitarios muy costosos o también los mayores al fin y al cabo a más edad normalmente mayor gasto sanitario se va a precisar. O si hay un sistema dual de acceso de los usuarios mutualistas priorizando aquellos de pago directo o de seguro voluntario adicional.

De momento parece que los mutualistas van cambiando de opinión sobre la bonanza de las entidades privadas de seguro de asistencia sanitaria y que la opción por la pública va ganando terreno. Véase el siguiente cuadro que recoge la evolución de los últimos cinco años[33]:

AÑO	ADESLAS	ASISA	DKV	INSS	DKV-INTERNACIONAL	IGULATORIO DE CANTABRIA
2023	508.703	363.946	199.619	457.307	8.092	
2022	513.405	376.670	197.416	400.813	7812	
2021	522.714	387.682	194.150	380.884	70	6.377
2020	528.900	396.923	192.666	351.251		6.442
2019	534.465	407.158	190.171	340.411	90	6.528

Se aprecia un descenso continuado en las compañías ADESLAS, ASISA y la desaparición de Igualatorio de Cantabria en 2022. De las compañías privadas solo aumenta DKV y el INSS incrementa notablemente desde 2021 su cobertura.

Por otro lado, si se optara finalmente por trasladar la cobertura mutualista al Sistema Nacional de Salud y por tanto abandonar la opción privada, habrá que tener en cuenta[34]:

— El impacto negativo que se producirá en el sector sanitario privado: para compañías aseguradoras y entidades que prestan los servicios sanitarios (singularmente en el empleo). Ahora bien, también podría suponer una reacción del sector privado ofertando seguros de salud u otros productos muchos más accesibles para los ciudadanos. En cualquier caso, interesa realzar que ello forma parte del "riesgo de empresa", es decir, asumen plenamente el riesgo y ventura de las activades que constituyen su objeto.

— Impacto sobre la sanidad pública. Habría que ver el coste que ello supondría en la prestación de la atención sanitaria (personal, infraestructuras, etc.), incidencia en listas

[33] Cuadro de elaboración propia. Datos obtenidos de DATOS ABIERTOS MUFACE. Accesible en https://www.muface.es/muface_Home/muface/DATOS-ABIERTOS.html [consultado en 22 de noviembre de 2024]

[34] Véase el informe elaborado por la Cátedra Extraordinaria Salud Sostenible y Responsable de la Universidad Complutense: "El mutualismo administrativo: Modelo predictivo sobre la elección del mutualista de su modelo sanitario y escenarios futuros" de diciembre 2023. Informe accesible e https://www.aspesanidad.es/categorias-informes/catedra-ucm/, [consultado en 22 de noviembre de 2024]

de espera y en la accesibilidad del ciudadano y del mutualista a los servicios sanitarios; continuidad en los tratamientos que se venían recibiendo, etcétera.

Junto a esta clara incidencia hay otras colaterales de las que nada se habla y que debería preverse, como: la repercusión que tendrá en el control y gestión de la incapacidad temporal que se supone recaerá en los servicios públicos (y cabe pensar que habrá que revisar los convenios de gestión del INSS con las CC.AA.); el control de las situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia natural, etcétera.

No es tan sencilla la "desaparición del mutualismo administrativo" y su integración completa en el Sistema jurídico e institucional de Seguridad Social. Ello exigiría de un estudio riguroso de su impacto en todas sus vertientes y sinergias en la gestión de un amplio conjunto de prestaciones sociales y, llegado el caso, el establecimiento de fases escalonadas para llevarla a cabo dentro de una programación coherente.

Estudios Doctrinales

Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 29-60

Sostenibilidad y mejora de las pensiones: una evaluación crítica de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 2/2023

Sustainability and improvement of pensions: a critical evaluation of the 2nd Additional Provision of Royal Decree-Law 2/2023

Mikel de la Fuente Lavín — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*
https://orcid.org/0000-0001-6099-1721

Xabier Pérez Davila — *Licenciado en Ciencias Económicas y Diplomado en Estudios Avanzados por la UNED*
https://orcid.org/0009-0001-2018-3268

Sumario

1. INTRODUCCIÓN
2. BREVE ANÁLISIS DEL PAPEL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA
3. ALGUNOS ELEMENTOS DE LAS REFORMAS RESTRICTIVAS DEL PERÍODO 2011-2023
4. LA REVISIÓN DEL PACTO DE TOLEDO DE 2020
5. EVOLUCIÓN DE LAS PREVISIONES SOBRE GASTO EN PENSIONES EN LOS AGEING REPORT
6. EL DEBATE SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DEL R.D.L. 2/2023
7. CUATRO NOTAS FINALES
8. CONCLUSIONES
9. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 15/9/2024
Fecha Revisión: 15/10/2024
Fecha Aceptación: 16/10/2024

Cita Sugerida: DE LA FUENTE LAVÍN, M. y PÉREZ DAVILA, X.: «Sostenibilidad y mejora de las pensiones: una evaluación crítica de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 2/2023». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 29-60.

Resumen

La Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 2/2023 fija una evaluación trianual de la trayectoria de gastos e ingresos del sistema público de pensiones a partir de las previsiones sobre los gastos y sobre el resultado de las medidas de ingresos en el período 2022-2050. Para ello contempla tres escenarios en función del porcentaje de los ingresos sobre el PIB y establece un abanico de posibles medidas de reducción de los gastos y/o de aumento de ingresos. Nuestro estudio realiza un análisis de la evolución previsible de gastos e ingresos, así como de las necesidades de aumento del gasto para solventar varias de las limitaciones de las actuales regulaciones, basándose para ello en la evolución del sistema de pensiones como resultado de las reformas legales implementadas desde la Ley 27/2011, así como de las posiciones de la Unión Europea a través de los Ageing Reports, la AIRef, el Gobierno de España, entidades de estudio y movimientos sociales.

Palabras clave

cuantía de las prestaciones; ingresos y gastos; pensiones; sostenibilidad del sistema de pensiones

Abstract

Additional Provision 2 of Royal Decree-Law 2/2023 establishes a three-year assessment of the expenditure and revenue trajectory of the public pension system based on expenditure forecasts and the outcome of revenue measures in the period 2022-2050. To this end, it considers three scenarios based on the percentage of revenue over GDP and sets out a range of possible measures to reduce expenditure and/or increase revenue. Our study analyses the foreseeable evolution of expenditure and revenue, as well as the need to increase expenditure in order to solve several of the limitations of the current regulations, based on the evolution of the pension system as a result of the legal reforms implemented since Law 27/2011, as well as the positions of the European Union through the Ageing Reports, the AIReF, the Spanish Government, research institutions, and social movements

Keywords

benefit levels; revenues and expenditures; pensions; sustainability of the pension system

1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas de pensiones basados en el método de reparto del modelo continental o "bismarckiano", entre los que está incluido el de España, tienen dos funciones que se cumplen en diferente grado en los diferentes Estados. La primera es la de mantener la continuidad de los ingresos cuando finaliza la actividad laboral, relación que se manifiesta en la financiación mediante cotizaciones sociales sobre los salarios o los ingresos del trabajo por cuenta propia. En las últimas décadas se tiende a reducir la ratio pensión/salario lo que atenúa esa continuidad. La segunda es la redistributiva a favor de los colectivos más precarizados, de menores salarios y carreras laborales más interrumpidas que dan lugar pensiones de menor cuantía. Este carácter redistributivo diferencia el sistema de reparto de los de capitalización en que la cuantía de la pensión depende de la capacidad individual de ahorro[1]. Numerosos regímenes de reparto están adoptando los criterios individualistas característicos de la capitalización.

En España, las limitaciones en el acceso y la cuantía de las pensiones, para una parte importante de las personas pensionistas, en unos casos se debe a razones laborales, sea por el trabajo en sectores de niveles salariales inferiores, que frecuentemente se corresponden con los más feminizados, sea por haber sido realizados en condiciones penosas, insalubres o peligrosas, que suelen ir asociados a menores esperanza media de vida y, por lo tanto, de percepción de la pensión. En otros casos la precariedad se debe a causas sociales, siendo una de ellas, la que afecta a las mujeres por la menor duración de su actividad profesional y a la mayor dificultad en la promoción profesional por la muy superior dedicación en relación con los hombres a las actividades de cuidado y atención a la crianza de hijas e hijos y a las personas dependientes.

Este artículo tiene un doble objetivo. El primero es el de sintetizar y explicar las razones por las que las reformas de las pensiones promulgadas desde el 2011 no han contribuido al cumplimiento de aquellas funciones. Por una parte, porque han ocasionado una caída de las pensiones causadas cada año en relación con los años precedentes para la mayoría de la población trabajadora y a una pérdida de poder adquisitivo de las pensiones ya causadas. Por otra parte, porque las medidas tendentes a mejorar las pensiones de los colectivos de peor inserción laboral y social han sido de menor impacto que las medidas "racionalizadoras" tales como, entre otras, la ampliación del período de cálculo y el atraso de la edad de jubilación, tanto de la ordinaria como de las anticipadas y las parciales. Las medidas positivas adoptadas para ese cometido han sido insuficientes y tardías, como ha ocurrido con el aumento de las pensiones mínimas establecida en la reforma de 2023. Además, no se han dictado para corregir las injusticias a las y los actuales pensionistas mediante su aplicación retroactiva.

Partiendo de la situación del sistema de pensiones a la luz del impacto de las reformas que se analizan en los apartados 2, 3 y 4, el segundo objetivo del artículo es el análisis de las previsiones legales sobre la evaluación de la situación financiera de las pensiones prevista para el 2025 conforme a la Disposición Adicional Segunda del R.D.L. 2/2023 (en adelante DA2ª). Mostraremos que, según el *Ageing Report* 2024 (AR24), no es necesario ningún nuevo recorte como los que reclama el entramado de organismos "independientes" del capitalismo neoliberal.

[1] La opción por el régimen de reparto para los sistemas públicos de pensiones está motivada por qué los objetivos de redistribución propios de la Seguridad Social se acomodan mejor a los regímenes de reparto que a los de capitalización (De La Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A.: *Manual de Seguridad Social,* Aranzadi, Pamplona, 1979, p.19), que configuran el derecho a pensión más como un derecho financiero que como un derecho social.

2. BREVE ANÁLISIS DEL PAPEL DE LAS PENSIONES EN ESPAÑA

El aumento de la esperanza de vida a lo largo del siglo XX y de las primeras décadas del XXI ha aumentado la relevancia de las pensiones para mantener los ingresos. Ello se acredita por la elevada cuantía del gasto en pensiones que es un elemento clave de los recursos disponibles para la gente de más edad. Las pensiones constituyen el componente mayoritario en el gasto de la seguridad social e incluso en el conjunto del gasto de la política social. En efecto, el gasto en pensiones contributivas en el 2023 ha ascendido a 161.877 millones de euros, representando el 89% de la totalidad del gasto realizado en prestaciones del nivel contributivo de la Seguridad Social[2] y aproximadamente el 36% de las obligaciones reconocidas en la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado de ese año[3], que incluyen además de la Seguridad Social, el Estado, los Organismos Autónomos y los Entes Públicos.

En junio de 2024 había 10,2 millones de pensiones contributivas y 9,2 millones de pensionistas (frente a 21,6 millones de "personas ocupadas"). La diferencia de ambas cifras se debe a que algo más del 10% de las personas pensionistas percibe dos o más pensiones de la Seguridad Social, mayoritariamente una de jubilación o invalidez y otra de viudedad y el 1% cobra una sola pensión del sistema de Seguridad Social en concurrencia con otra pensión externa al sistema. Aproximadamente 446.000 mil personas perciben pensiones no contributivas de jubilación o invalidez, que se abonan a quienes no tienen derecho a las contributivas y además disponen de muy escasos ingresos, cifra que apenas viene experimentando cambios en los últimos años.

Las instituciones privadas y públicas, estatales e internacionales, defensoras del orden social neoliberal insisten en que es necesario contener los salarios, suspender la revalorización de las pensiones e introducir reformas que reduzcan las pensiones iniciales a fin de evitar lo que califican como "excesiva generosidad" de los sistemas de pensiones. Para ello utilizan como parámetro revelador de la misma el aumento de la cuantía del conjunto de las pensiones medias –aunque cada vez menor–, obviando que ello se debe a que las pensiones que causan alta son más elevadas que las que causan baja, por corresponder a salarios más elevados de las últimas décadas (hasta la crisis del 2008) en relación con las precedentes y a la mayor duración de las cotizaciones, que las que causan baja por fallecimiento. El dato más relevante para valorar si la cuantía de las pensiones mejora o no, es ver la evolución de las pensiones nuevas de cada año en relación con las de años anteriores. Como producto de las reformas restrictivas y de la caída salarial, que se puede apreciar a través del salario medio/hora, que según un estudio en España es casi inferior en el 33% inferior a la media de la Unión Europea (UE)[4], la cuantía de las pensiones nuevas apenas está aumentando en los últimos años e incluso disminuye. Hasta 2016 la cuantía de las nuevas pensiones aumentaba de forma significativa cada año A partir de ese año empezaron a aumentar en mucha menor cuantía, por debajo de la inflación (tabla I).

[2] Cálculo de los autores en base a los datos del MISSM: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/760645bc-5296-47cf-a4bb-6d7a8607fad5/L_Sistema_Diciembre+Provisional_2023.pdf?MOD=AJPERES, p. 16, diciembre provisional 2023.

[3] Cálculo de los autores en base a los datos del DEFENSOR DEL PUEBLO: https://www.defensordelpueblo.es/transparencia/informacion-economica-presupuestaria-y-contractual/presupuestos/ejecucion-2023/, 13/3/2024.

[4] En España el salario medio/hora era en 2023 de 18,2 euros frente a 24 en la UE. Véase INFOBAE: "El mapa del salario medio en Europa: España se sitúa lejos de la media comunitaria", 24/7/2024.

Tabla I. Variación interanual de las pensiones iniciales medias. Evolución en términos reales (*)

Año	Incapacidad Permanente	Jubilación	Viudedad	Orfandad	Favor familiares	Total
2021	-1,6	-4,3	-6,6	-1,1	-2,8	-3,8
2022 (**)	-3,8	-5,5	3,9	-4,1	2,5	-5,5

(*) Calculado con el IPC medio.

(**) Variación interanual con IPC medio de 31 de julio a 31 de julio.

Fuente: Informe económico financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social 2023

Como se puede apreciar en las estadísticas de la Seguridad Social, las medias de las pensiones nuevas de jubilación en el conjunto del sistema de Seguridad Social han sido inferiores a las del año anterior en los años 2016, 2017, 2018 y 2021.

Tabla II. Evolución de las pensiones iniciales medias de jubilación, 2015 – 2024

Año	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024 junio
Pensión jubilación media inicial (€)	1343	1332	1318	1311	1346	1407	1388	1427	1453	1543
Diferencia año anterior (€)		- 11	- 14	- 7	35	61	- 18	38	26	90

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MISSM

Además, el aumento de los años 2016, 2017, 2018, 2022 y 2023 ha sido inferior a la inflación. En la tabla III comparamos la pensión inicial media real con la que resultaría de aplicar el IPC a la del año anterior.

Tabla III. Pensiones iniciales medias de jubilación, 2015 - 2024, reales y con IPC

Año	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024 junio
Pensión jubilación media inicial (€)	1 343	1 332	1 318	1 311	1 346	1 407	1 388	1 427	1 453	1 543
Más IPC año anterior		1 343	1 354	1 333	1 327	1 357	1 400	1 479	1 508	1 498
Diferencia (€)		- 11	- 35	- 22	19	50	11	- 52	- 55	45

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MISSM

Como se puede apreciar en la siguiente tabla, la caída y la desaceleración en la cuantía es mayor en el caso de los hombres, debido a la pequeña reducción en la brecha de género en estas pensiones, previsiblemente por el aumento de la duración de la vida laboral de las mujeres y por la, lenta, reducción de la brecha salarial de género. Entre 2015 y junio de 2024, la pensión media inicial de jubilación de las mujeres se ha incrementado en 8,2 puntos porcentuales más que la de los hombres.

Tabla IV. Pensión media inicial de jubilación (€), evolución brecha de género

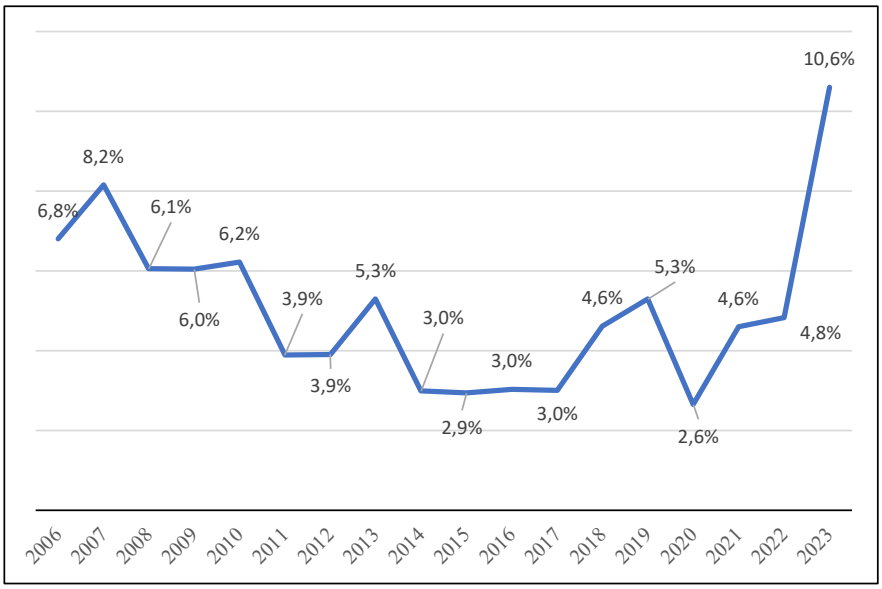
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024 junio	Δ acum.
Mujeres	1108	1134	1128	1137	1157	1236	1203	1233	1264	1353	
Δ %		2,3%	-0,5%	0,8%	1,8%	6,8%	-2,6%	2,4%	2,5%	7,1%	22,1%
Hombres	1480	1459	1445	1437	1481	1530	1524	1574	1602	1686	
Δ %		-1,5%	-0,9%	-0,6%	3,0%	3,4%	-0,4%	3,3%	1,7%	5,3%	13,9%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MISSM

A pesar del aumento del número de pensionistas, como resultado de la caída en la cuantía de las pensiones nuevas y de la revalorización en menor porcentaje que la inflación – que se comenta

en el apartado 4.1–, el aumento anual del gasto en pensiones se ha desacelerado (ver gráfico 1). Solo ha aumentado significativamente en 2023 (último presupuesto de la Seguridad Social aprobado), con un incremento del 10,6 % respecto al gasto en pensiones de 2022, debido a la revalorización de las pensiones en el 8,5% conforme al criterio de la Ley 21/2021 a la que se hará referencia, superando así el gasto efectivamente ejecutado al presupuestado en un 1% (ver tabla V).

Gráfico 1. Δ gasto en pensiones respecto año anterior, %



Fuente: Elaboración propia a partir MISSM, Sistema de la Seguridad Social. Informe de Ejecución del Presupuesto, años 2005-2023.

Tabla V. Presupuesto y Ejecución del gasto en pensiones 2023

	Presupuestado[5]	Ejecutado[6]	Δ
Pensiones contributivas	159 527	161 077	0,97%
Pensiones no contributivas y complementos a mínimos	10 056	10 313	2,55%
Total	169 783	171 390	1,07%

Fuente: Elaboración propia a partir de [4] y [5]

3. ALGUNOS ELEMENTOS DE LAS REFORMAS RESTRICTIVAS DEL PERÍODO 2011-2023

A continuación, se van a exponer algunos de los elementos relacionados con los cambios normativos que contribuyen a la reducción las pensiones. El más importante del último período es el que tuvo lugar con la reforma contenida en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

[5] Véase Andrés Molinė, E.: "El presupuesto de la Seguridad Social para 2023", *Cuadernos de Información Económica,* noviembre-diciembre 2022, pp. 31-37.

[6] MISSM, *Sistema de la Seguridad Social. Ejecución del Presupuesto 2023*.

La Ley 27/2011 ha tenido una influencia profunda y duradera sobre los principales elementos de las pensiones, que, entre otros elementos restrictivos, incluye los que se consideran más significativos que se resumen seguidamente:

— Aumento progresivo de la edad legal de jubilación hasta los 67 años en el 2027, salvo para quienes hayan cotizado periodos amplios de cotización, lo que trae consigo la reducción de las pensiones por la aplicación de coeficientes reductores de quienes no se mantienen en el empleo hasta esa edad, sea "voluntariamente" por causa física o mental o involuntariamente por despidos individuales o colectivos motivados por la política empresarial de sustituir a los trabajadores de más edad –y mayor salario- por trabajadores jóvenes que perciben salarios inferiores. Se exceptúa su aplicación a quienes tengan una larga cotización: al menos 38 años y medio en el 2027 -38 años en el 2024-, condición que no pueden cumplir quienes hayan tenido carreras más interrumpidas, señaladamente las mujeres que de forma mayoritaria se están jubilando a la edad más tardía que los hombres, como se puede apreciar en la siguiente tabla.

Tabla VI. Edad media de acceso a la jubilación

Año		2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Mujeres	Anticipadas	62,4	62,3	62,3	62,4	62,7	62,9	63,1	63,3	63,4	63,5
	Ordinarias	65,7	65,7	65,7	65,8	65,9	65,9	66,0	66,1	66,2	66,2
Hombres	Anticipadas	62,1	62,1	62,6	62,6	62,4	62,6	62,8	62,9	63,0	63,0
	Ordinarias	65,5	65,5	65,6	65,6	65,6	65,6	65,7	65,7	65,9	65,8

Fuente: Elaboración propia a partir MISSM[7]

El aumento de la edad legal de jubilación da lugar a una reducción de las pensiones de los y las trabajadores/as que pierden su empleo antes de esa edad por la aplicación de coeficientes penalizadores al jubilarse anticipadamente durante más tiempo. Para quienes se mantienen en el empleo, sobre todo si sufren malas condiciones de trabajo, ven reducido su tiempo dedicado al descanso y a actividades sociales. El atraso supone un golpe para quienes tienen una salud frágil y/o han trabajado en condiciones penosas o insalubres en un gran número de sectores productivos y modalidades de jornada de trabajo en los que no se está fijada la anticipación sin penalización. Como resultado de esta política la edad efectiva de jubilación está aumentando de forma continuada;

— Aumento del período de carencia para acceder a la pensión de jubilación contributiva hasta los 15 años de cotización efectiva, dejando sin efecto la consideración como cotizado de los periodos correspondientes a las pagas extraordinarias. Este aumento prolonga otro incremento anterior desde los 10 a los 15 años por la Ley 26/1985 y han situado al requisito del periodo cotizado entre los más elevados de la UE y, junto a otras medidas, ha contribuido a impedir el acceso a la pensión contributiva a un significativo número de mujeres;

— Aumento desde 35 a 37 años del período de cotización necesario para alcanzar el 100% de la pensión de jubilación, cambio que, en la medida en que en general la duración de la vida profesional no depende de opciones voluntariamente escogidas, también afecta especialmente a los colectivos con carreras profesionales más fragmentadas;

[7] MISSM: "Evolución de las altas de jubilación por edades", primer semestre 2024, p. 8.

— Ampliación del período de cálculo de esta pensión desde los 15 a los 25 años, que prolonga el proceso de progresiva ampliación iniciado en 1985 con el paso de 2 a 8 años en 1985 y a 15 en 1997. El efecto reductor de la ampliación se debe a que los salarios de fin de carrera suelen ser más elevados que los del inicio. Se ha pretendido enmascarar su verdadera finalidad, de reducir el importe de la gran mayoría de las pensiones con argumentos de equidad, consistentes en la correspondencia más estrecha entre cotizaciones y prestaciones (la llamada contributividad), a la vez que evita -se dice- perjudicar a los trabajadores de carreras más inestables al final de su vida laboral. Para evitar ese efecto hay una solución que evita ese inconveniente y es el de sustituir los últimos por los mejores años en valor actualizado, como se practica en algunos Estados de la UE.

Las medidas de la Ley 27/2011 fueron mantenidas por el nuevo gobierno del PP en el 2012, que añadió otras normas que empeoraron la situación de las pensiones. Así, la demora en la edad general de jubilación a los 67 años fue complementada por el R.D.L. 5/2013, que atrasó en dos años la edad de acceso a las jubilaciones anticipadas, tanto la forzosa como la voluntaria, hasta alcanzar progresivamente las edades de 63 y 65 años, a la vez que aumentaba en la mayoría de los casos la penalización por anticipo de la edad, especialmente en las jubilaciones voluntarias.

La Ley 27/2011 habrá tenido muy importantes efectos no solo en la cuantía sino también en la equidad de las pensiones[8]. De forma paralela habría producido una desaceleración del aumento del gasto en pensiones. En este último sentido es significativa la estimación en el 2012 de la Comisión Europea (CE) según la cual la reforma de 2011 produciría una reducción del aumento del gasto previsto anteriormente en pensiones para el año 2060, que pasaría del 15,1% previsto en 2009 al 13,7%[9].

La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad (FS) y del Índice de Revalorización (IRP) del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, tuvo importancia durante años en uno de sus elementos y no llegó a aplicarse en el otro. Hasta el 2013 las pensiones se revalorizaban conforme a la estimación de inflación, con posterior revisión a final de año y pago de la diferencia a inicios de año cuando la inflación acumulada fuese diferente a la prevista (casi siempre mayor). La reforma de 2013 fijó un criterio basado en los ingresos y gastos del sistema de unos años y de las previsiones de futuro de otros años, que daría lugar a un Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP), que conducía en la práctica a aumentos del 0,25% anual durante los años 2014 a 2017 incluidos.

La situación cambió con el acuerdo del PNV con el PP de junio del 2018 por el que el PNV apoyaba los Presupuestos Generales del Estado a cambio de una subida de las pensiones según el IPC en el 2018 y el 2019 y del 3% para las pensiones mínimas y de la demora hasta 2023 de la aplicación del FS, que fue derogado sin que llegase a aplicarse[10]. Entre el 2019 y el 2021 se dejó de aplicar el

[8] Un estudio inicial, pero completo, de los previsibles efectos de la reforma de 2011 se puede ver en Ochando Claramunt, C. y Salvador Cifre, C.: "Reformas paramétricas del Sistema Público de Pensiones Español (I): Efectos sobre la contributividad y la Equidad de la Ley 27/2011", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 5, 2015, pp. 255-276.

[9] EUROPEAN COMMISSION: *The 2012 Ageing Report*, European Economy*,* 2/2012, p. 142. Se compara con la cifra del *Ageing Report* de 2009. Si no imposible es al menos muy difícil estimar numéricamente la afectación precisa de esta ley en ambos elementos por cuanto en los años posteriores han tenido lugar repetidas modificaciones normativas que también inciden sobre estos elementos, así como la reducción del poder adquisitivo de la mayoría de los salarios y con ello un aumento inferior que la inflación en las bases reguladoras de las pensiones.

[10] Sobre el FS y el IRP, véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización"*, Revista de Derecho de la Seguridad Social,* nº 1, 2014, pp. 81-107.

IRP-0,25% y se volvió a aplicar el criterio del IPC estimado y posterior regularización, pero con un nuevo método de medición del IPC basado en el valor medio de las tasas de variación interanual de los precios de los doce meses previos a diciembre del año anterior. La inaplicación del 0,25% en la revalorización y la demora y finalmente derogación del FS solo se explican por la entrada como sujeto político social del movimiento pensionista, que con intensidad diversa en las diferentes comunidades autónomas pero presente en todas ellas, convirtió la necesidad de pensiones decentes en un asunto prioritario y reveló la injusticia radical de las medidas más restrictivas de las reformas de 2011 y 2013 e hizo insostenible su mantenimiento a la mayoría parlamentaria.

La función del FS era hacer pagar a las personas pensionistas el aumento de la esperanza media de vida tras la jubilación. Para ello, el FS se calcularía conforme a la evolución de la esperanza media de vida a los 67 años, por períodos de 5 años y se aplicaría a las pensiones iniciales de jubilación. La Ley 23/2013 preveía que el FS entraría en vigor en el 2019, aunque posteriormente se demoró su aplicación hasta el 2023. La revisión del Pacto de Toledo de 2020 no se pronunciaba a favor de la derogación del FS, lo que mostraba la reticencia de una mayoría parlamentaria en derogarlo aunque fuera con retoques que redujeran el enorme impacto que tenía el FS tal como estaba regulado en la Ley 23/2013. Si se hubieran mantenido las previsiones del INE sobre la esperanza de vida media a los 65 años, la aplicación del FS hubiera supuesto una muy importante reducción acumulable de las pensiones en cada década de aplicación[11]. Como esta medida se iba a aplicar de forma indiferenciada, iba a perjudicar más aún a los colectivos de trabajadores y trabajadoras cuya esperanza media de vida es inferior y por lo tanto perciben durante menos tiempo las pensiones, lo que hubiera supuesto la introducción de un elemento anti-redistributivo muy importante.

Otras medidas han tenido alcance temporal por haber sido derogadas posteriormente, pero durante el tiempo que han estado vigentes han producido efectos perniciosos para las personas afectadas, que en su gran mayoría formaban parte de los colectivos más precarizados o que habían perdido el empleo. Así, el R.D.L. 20/2012, de 13 de julio, modificó la regulación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, ampliando la edad de acceso a los 55 años, reduciendo su duración que pasó a ser la del momento en que se pudiera acceder a la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades, condicionado el requisito de rentas a las de la unidad de convivencia en lugar de las de la persona beneficiaria[12] y rebajando la cotización durante su percepción desde el 125% al 100% de la edad de jubilación. El R.D.L. 20/2012 fue modificado sustancialmente, eliminando sus medidas restrictivas, por el R.D.L. 8/2019, de 8 de marzo, pero durante sus casi siete años de vigencia contribuyó a empeorar la cuantía de las pensiones de jubilación para quienes perdieron el empleo durante los años de elevado desempleo consecutivos a la crisis iniciada en el 2008.

Otro caso paradigmático ha sido el de la supresión de la financiación por la Administración General del Estado (IMSERSO) de las cuotas a la Seguridad Social derivadas de los convenios especiales con la Tesorería General de la Seguridad Social de las personas cuidadoras no profesionales de las personas en situación de dependencia[13], cuyo número llegó a alcanzar una cifra de 180 mil, muy

[11] En ibídem, p. 89, se recogen estimaciones de Comisiones Obreras según las cuales el FS daría lugar, de entre el 2018 y 2028 a descensos de la pensión inicial de entre un 4 y un 7 por ciento en función de si la evolución se basa en las proyecciones de la Seguridad o en las del INE.

[12] Esta medida suponía dejar fuera a un porcentaje de posibles beneficiarios -que será mayor en las Comunidades Autónomas con salarios y pensiones más elevados-. Afectaría especialmente a las mujeres casadas, ya que el mayor salario medio de los hombres traería consigo que a fin de que el marido de más de 55 años pudiese acceder al subsidio la esposa trabajaría de manera no declarada, lo que durante el tiempo de vigencia de la norma dificultó el acceso no sólo a la jubilación sino a otras prestaciones de Seguridad Social.

[13] Sobre la regulación inicial de la protección social de los cuidadores no profesionales y la supresión de la financiación pública por el R.D.L. 20/2012, véase Guindo morales, S.: "La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia", nº 17, 2018, pp. 215-233.

mayoritariamente mujeres[14], que regulaba el RD 615/2007, de 11 de mayo, y que favorecía el acceso a las personas cuidadoras a las pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente. La Disposición Adicional 8ª del R.D.L. 20/2012 además de limitar la cuantía de la prestación y eliminar su retroactividad, suprimió la obligatoriedad del citado convenio especial y atribuyó la financiación de la cotización a las personas cuidadoras. Ello dio lugar a que solo se mantuviese un número muy reducido de esos convenios, lo que trajo consigo que las mujeres de menos ingresos no mantuvieran el convenio especial[15].

El R.D.L. 6/2019, de 1 de marzo, recuperó esa financiación por el IMSERSO de los convenios especiales de las personas cuidadoras, pero la carencia de cotizaciones de quienes no mantuvieron los convenios durante los casi siete años en los que se suprimió la financiación pública sin duda favoreció que un número importante de mujeres no pudiera acceder a las pensiones contributivas y a una menor pensión de las que si lo lograron por reunir los períodos de cotización requeridos. En este tema la solución más justa hubiera sido que la Administración pública hubiera dado como cotizado los convenios especiales preexistentes al R.D.L. 20/2102, así como los períodos posteriores en los que haya percibido la prestación asociada al convenio especial, la económica de cuidados en el entorno familiar.

4. LA REVISIÓN DEL PACTO DE TOLEDO DE 2020

En noviembre de 2020 se aprobó por el Pleno del Congreso la tercera revisión del Pacto de Toledo que se concretó en 22 Recomendaciones[16] que, tras la negociación con las "partes sociales", ha dado lugar a un desarrollo normativo que por el momento se ha concretado en tres normas legales, de las que en este artículo solo ve van a analizar las de 2021 y 2023, dejando de lado por razones de espacio la Ley 12/2022 de regulación para el impulso de las pensiones del sistema de empleo.

El aumento de la esperanza de vida, al dar lugar a una mayor duración de cobro de las pensiones, aumenta la importancia de sus criterios de revalorización. El basado en el aumento de los precios tiene por finalidad mantener el nivel de vida de las y los pensionistas, mientras que el que toma el salario como criterio de referencia permite mantener constante a lo largo del tiempo la cuantía relativa de la pensión en relación con el salario, tal como se establece en varios Estados de la UE[17]. Ese beneficio será mayor cuando a su vez los salarios recojan un porcentaje mayor de lo producido, revirtiendo la tendencia a la degradación de la parte salarial.

Hasta la Ley 23/2013 las pensiones se revalorizaban de forma automática al comienzo de cada año, "de acuerdo con el índice de precios al consumo previsto para dicho año". El criterio de revalorización según el IPC previsto y el abono de la diferencia a inicios del año siguiente quebró con la Ley 23/2013, a partir de la cual la revalorización pasó a depender, a través del llamado Índice

[14] https://elderecho.com/la-seguridad-social-registra-mas-40-000-convenios-especiales-cuidadores-no-profesionales

[15] Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª. N., Maldonado Molina, J.A. y González de Patto, R. Mª.:*Manual de Derecho de la Dependencia,* 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2014, p. 227.

[16] Véase sobre esta revisión del Pacto de Toledo, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº25, 2020, pp. 13-32 y De La Fuente, M.: "El Pacto de Toledo y la política de pensiones: recorte del gasto, contributividad y financiación", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021, pp. 241-261.

[17] En 16 Estados de la UE y en Noruega se toman en cuenta los salarios o una combinación de salarios y precios para la actualización de las cotizaciones abonadas en el pasado para el cálculo de las pensiones, si bien en 23 Estados la revalorización es de inferior cuantía al aumento de los salarios, con indexación pura sobre los precios en seis (España, Francia, Italia, Hungría, Austria y Eslovaquia) (EUROPEAN COMMISSION: "2024 Ageing Report Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2022-2070", *European Economy Institutional Paper 279,* abril, 2024, pp. 20-21.

de Revalorización de las Pensiones (IRP), de la evolución de ingresos y gastos de las pensiones mediante una complicada fórmula sobre la evolución de los ingresos y gastos del sistema. De haberse mantenido el IRP, la pérdida de poder adquisitivo hubiera sido sustancial y acumulativa, ya que las pensiones, aunque en teoría se revalorizarían entre un mínimo del 0,25% y un máximo del IPC más el 0,50%, en realidad se iba a aplicar siempre el 0,25% mientras se mantuviera el aumento del número de pensionistas, el desempleo masivo y la caída salarial[18]. De hecho, entre 2013 y 2017 las pensiones solo se incrementaron el 0,25% anual. Según la memoria del anteproyecto de la reforma remitida por el Gobierno Rajoy al Consejo Económico y Social (CES) la aplicación del IRP hubiera supuesto un "ahorro de·32.939,95 millones de euros acumulados entre 2014 y 2022[19].

La Ley 21/2021 sustituye el IRP por la aplicación, al comienzo de cada año, del porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual de los precios de los doce meses previos a diciembre del año anterior[20]. Hasta la Ley 21/2021, en los escasos años en que la inflación real era inferior a la prevista, tenía lugar un pequeño aumento del poder adquisitivo de las pensiones. Para evitarlo, cuando la inflación sea negativa la Ley 21/2021 dispone expresamente que la cuantía de las pensiones quedará "congelada", con la única excepción de las pensiones mínimas, y la diferencia será absorbida en los tres años siguientes. Ello supone cerrar toda posibilidad de mejorar el poder adquisitivo de las pensiones y, también, de recuperar lo perdido entre el 2013 y el 2017 (cuando se aplicó el 0,25%).

Conforme al criterio anterior a la Ley 23/2013, basado en la previsión de inflación a comienzos de año y posterior reajuste según la inflación acumulada, en este caso de noviembre de 2020 a noviembre de 2021, en 2022 habría correspondido una revalorización del 5,6%, concretada en una *paguilla* a inicios de año del 4,7% (5,6% de aumento del IPC menos el 0,9% de aumento por la inflación prevista a inicios de 2021) y un aumento de las pensiones para 2022 según la previsión de aumento del IPC para 2022. En su lugar, el nuevo método dio lugar a pérdidas importantes de poder adquisitivo en 2021 y 2022: del 7,1% para las pensiones mínimas y del 7,61% para el resto de las pensiones, que se suman a las que tuvieron lugar por las congelaciones practicadas entre 2011 y 2013, y a la aplicación del 0,25% entre 2013 y 2017.

A pesar de estas pérdidas de poder adquisitivo el criterio de revalorización de la Ley 21/2021 provocó una oleada de rechazo por parte de las instituciones opuestas al mantenimiento de un sistema de pensiones decente. Así, el responsable de pensiones de la OCDE manifestó que hay "argumentos evidentes" para incumplir la ley que liga las pensiones con el IPC medio interanual, ya que ello supondría en 2023 un coste suplementario de 10.000 millones de euros[21]. En un informe oficial posterior, la OCDE reitera esta interpretación de la justicia, que obvia el gran aumento de la renta y patrimonio de los más ricos y de los beneficios de las grandes empresas, cuando manifiesta que las pensiones de cuantía más alta deben aceptar pérdidas del poder adquisitivo y así compartir el sacrificio de la mayoría de la población[22].

---

[18] Según cálculos de Soubies, J. M. y Aguirre, J. M., *Por un sistema público de pensiones. Ética, crítica y economía,* Navarra, Ed. Pamiela. 2019, p. 65, la aplicación del IRP (FRA en el texto) hubiera supuesto que la pensión mediana de noviembre de 2019 se hubiera reducido en los 25 años siguientes de 750 a 508 euros y la pensión media de 994 a 698, en ambos casos en valor actualizado.

[19] Gómez, M.: "La reforma del PP supondrá un recorte de 33.000 millones en las pensiones", *El País,* 16/9/2013.

[20] Sobre el nuevo índice de revalorización, véase Errandonea ulazia, E.: "El nuevo índice de revalorización de pensiones contributivas introducido por la Ley 21/2021 y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* nº 32, 2022, pp. 65-82.

[21] Declaraciones recogidas en Segovia. C.: La OCDE: "Hay que suspender este año en España la ley que sube las pensiones con la inflación", *El Mundo*, 6/07/2022.

[22] OECD: *Pensions at a Glance 2023,* febrero 2024, p. 13.

La revalorización del 8,5% en 2023, en aplicación estricta de las reglas fijadas por la Ley 21/2021, redobló la ofensiva de los opositores al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, que según algunas propuestas debía limitarse a las pensiones de baja cuantía, lo que permitiría reducir drásticamente el coste de la revalorización mediante la sustitución del 8,5% por aumentos diferenciados según la cuantía de la pensión[23].

Rompiendo con la tradición de perseguir la estabilidad financiera de la Seguridad Social a través del recorte del gasto, la Ley 21/2021 sustituyó el FS por el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI), destinado a incrementar los ingresos para enfrentarse al aumento del gasto por el acceso próximo a la jubilación de las generaciones del *baby boom* y así "preservar el equilibrio entre generaciones" mediante una cotización adicional de 0,6 puntos (el 0,5 a cargo de los empresarios y el 0,1 a cargo de los trabajadores), que se ha aplicado a partir de 2023 con una duración fijada en la ley de 10 años. Además de la oposición explícita y radical de la CEOE, el MEI fue recibido con reticencias por la CE, quien con motivo del segundo pago de los fondos *Next Generation* atribuyó al MEI el aumento del déficit público e implícitamente reclamó la puesta en marcha de un nuevo FS que redujese la cuantía de las pensiones para compensar la vuelta a la revalorización según el IPC[24]. De esta forma, la CE trata de impulsar otro de los objetivos fijados en el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: el impulso de las pensiones privadas de capitalización mediante la reducción de las públicas de reparto.

Siguiendo la estela de la Ley 21/2021, el R.D.L. 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 supone un cambio en relación con las reformas limitadoras de derechos de las reformas de 2011 y 2013. Pero tiene graves limitaciones, entre ellas y quizá la más importante es el mantenimiento de aspectos clave de la Ley 27/2011, especialmente en relación con un tema tan importante y que ha supuesto grandes movilizaciones sociales en numerosos países del mundo y también de la UE (en Francia contra la reforma Macron de aumento de ¡62 a 64 años!) como es la edad de jubilación. El aumento a 67 años entraña una reducción de las pensiones a los y las trabajadores/as que pierden su empleo antes de esa edad y a quienes se aplican coeficientes penalizadores por jubilarse anticipadamente durante más tiempo. Quienes se mantienen en el empleo, sobre todo si sufren malas condiciones de trabajo, ven reducido su tiempo dedicado al descanso y a actividades sociales libres.

También mantiene, y en este caso consolida, el aumento del periodo de cálculo de la jubilación, que pasa a ser, de forma progresiva de 29 años, con la posibilidad de anular de oficio los dos peores, mediante la aplicación automática de la regla que sea más favorable. A la vez se mantiene para quienes se jubilen a partir del 1 de enero de 2026 la alternativa de los 25 años hasta la plena aplicabilidad de los 29 años, en enero de 2041. Según un estudio de economistas del Banco de España (BE) este aumento en dos años podrá dar lugar a una mayor reducción relativa que la del paso anterior de 15 a 25 años, por la toma en consideración de años laborales más precarizados (tiempo parcial y temporal, etc.)[25].

[23] Conde Ruiz, J.I. y Díaz Mendoza, M.: "Una Propuesta de Revalorización de las Pensiones más justa para los más Vulnerables y para los Jóvenes", *Apuntes Fedea*, octubre 2022, pp. 1-5.

[24] EUROPEAN COMMISSION: *Positive preliminary assessment of the satisfactory fulfilment of milestones and targets related to the second payment request submitted by the Kingdom of Spain on 30 April 2022, transmitted to the Economic and Financial Committee by the European Commission*, 27 June 2022.

[25] Muñoz-Julve, A. y Ramos, R.: *Estimaciones del impacto de variaciones en el período de cálculo de la base reguladora sobre la cuantía de las nuevas pensiones de jubilación,* Banco de España, Documentos Ocasionales, nº 2219, septiembre 2022, p. 3.

El R.D.L. 2/2023 mejora, cumpliendo tardíamente la Recomendación del Pacto de Toledo, la cuantía de las pensiones mínimas, pero no la establece en relación con el salario mínimo legal sino con el umbral de pobreza: a partir de 2027 las pensiones mínimas no deberán ser inferiores al umbral de la pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos. Los aumentos se fijan de forma diferenciada para las mínimas de jubilación "con cónyuge a cargo" y las de viudedad con cargas familiares que han sido asimiladas a las primeras, el resto de las otras pensiones mínimas y a las no contributivas. Estas últimas, una vez revalorizadas, se incrementarán adicionalmente cada año, tomando como referencia el 75% del umbral de la pobreza de un hogar unipersonal, lo que supondría 810 euros/mes.

El umbral de pobreza se calcula en base al 60% de la renta mediana, lo que rompe con la relación entre salarios y pensiones y la sustituye por una concepción asistencialista basada exclusivamente en evitar la pobreza. Además de insuficiente, el nivel del umbral de pobreza se dilata en el tiempo, ya que ese mínimo se debe cumplir solo en el 2027. Según los cálculos del MISSM, la mínima de jubilación de las personas individuales pasaría de los 743,30 euros/mes en el 2023 a 775,70 en el 2024 y en el 2027 alcanzaría la cifra de 860,70, es decir, aumentos muy escasos. En el caso de las mínimas de jubilación, únicamente en las correspondientes a pensionistas "con cónyuge a cargo", la cifra prevista para 2027 sobrepasa los 1.080 euros exigidos desde hace varios años por las organizaciones del movimiento de pensionistas. Ello mientras es crítica la necesidad de aumentar estas pensiones, que a pesar de una cierta reducción en el número de perceptores todavía eran percibidas el 31 de julio de 2022 por 2.199.266 personas, equivalentes a un 22,11% del total de pensionistas, la mayoría de los cuales eran mujeres.

En algunos casos algunos preceptos fijados por la Ley 27/2011 han sido "suavizados" por el RD Ley 2/2023. Así, la regla de las "lagunas" o períodos sin cotizar por no existir obligación derivada de una actividad sujeta a cotización, según la cual la cuantía de las bases de cotización que formasen parte de la base reguladora de las prestaciones pasaba a ser en lugar de la base mínima de cotización durante todo el período sin cotizar como se establecía en la regulación anterior a la Ley 27/2011, a aplicarse solo durante los primeros 48 meses y por la mitad de la base mínima a partir de ese período. El R.D.L. 2/2023 ha incluido una nueva Disposición Transitoria en la LGSS, la 41ª, que establece que en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5%, para el cálculo de las pensiones de jubilación por cuenta ajena, los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la 49ª hasta la 60ª, se integrarán con el 100% de la base mínima y con el 80% desde la mensualidad 60ª a la 84ª.

La mejora en relación con la situación precedente es limitada desde varios puntos de vista: a) se condiciona a que la brecha de género de las pensiones no supere el 5%; b) solo se vuelve al 100% de la base mínima hasta la 60ª mensualidad y al 80% desde la 60ª hasta la 84% y se mantiene el 50% fijado por la Ley 27/2011 a partir de ahí; c) sólo se mejora la regulación de las "lagunas" para las mujeres, mientras que una corrección adecuada de la brecha de género debiera haber partido del mantenimiento de la regulación previa a la Ley 27/2011 para todas las personas y de una ampliación para las mujeres en la base de cálculo de las pensiones de las cotizaciones atribuidas en una cuantía superior a la base mínima.

A fin de justificar ante la UE la sostenibilidad del sistema de pensiones y ante la dificultad parlamentaria y social de profundizar la vía de recorte de las prestaciones, más aún en proximidades electorales, el R.D.L. 2/2023 propone tres medidas de *aumento de los ingresos* destinados a financiar las pensiones, que según las previsiones del MISSM darán lugar a un aumento de ingresos por los tres elementos equivalente al 1% del PIB en el 2040.

Por una parte, el *MEI*, aplicable desde el 1 de enero de 2023, se prolongará hasta el 2050, su cuantía pasará progresivamente desde el 0,6% hasta el 1,2% que se alcanzará en el 2029 y sus ingresos se ingresarán en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Por otra parte, a partir de 2024 y hasta el 2050, *el tope máximo de cotización*, que en la actualidad deja sin cotizar una parte de los ingresos de aproximadamente un millón cien mil cotizantes[26], *se elevará cada año en el porcentaje de revalorización de las pensiones más el 1,2%*. Según nuestros cálculos con este aumento el valor en términos reales del tope máximo pasaría de 56.646 euros/año en 2024 a 77.244 en 2050, netamente inferior a los que están en vigor en Italia, en la mayor parte de los regímenes de Francia, de Alemania e incluso de Letonia, Grecia y la República Checa.

El tercer elemento, es la llamada *Cotización Adicional de Solidaridad*, nueva cotización que se aplicará a partir del 2025 a la masa salarial que sobrepase el tope máximo (TM), es decir a los salarios más altos. Los tipos de cotización, que empezarán por un mínimo del 0,92%, aumentarán hasta el 2045 y serán mayores para los tramos más altos. Su reparto entre empresa y trabajadores y trabajadoras será en la misma proporción que la del MEI, de 5 a 1 aproximadamente. El aumento del tope máximo de cotización se acompaña de un *aumento del tope máximo de pensiones*, en cuantía mucho más baja inicialmente (0,115% por año), que solo se compensa a partir de 2050. Esta distancia aumentará más la diferencia entre ambos topes que ya ha aumentado en los últimos años: en 2012 el tope máximo de pensiones era del 90,2% del tope máximo de cotización mientras que es del 78,5% en 2024[27]. Esta medida, unida a la cotización adicional de solidaridad, que afecta exclusivamente a los salarios más altos, no se establece por una voluntad de aumentar la necesaria redistribución del sistema de pensiones a favor de las y los asalariados de salarios más bajos sino para reducir el déficit público y así cumplir los mandatos de la UE. Contrasta con la carencia de tope alguno en las pensiones privadas incluso cuando se financian con fondos públicos, como ocurre en los Planes de Pensiones y las EPSV de la función pública.

El R.D.L. 2/2023 otorga un importante papel a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), organismo encargado de velar por el control del déficit público - para lo que suele proponer no aumentos de ingresos impositivos a los más ricos sino políticas de ajuste-, en la evaluación de la sostenibilidad financiera de las medidas sobre ingresos y gastos. Además, crea un mecanismo automático para lograr el equilibrio, con "participación de los agentes sociales".

5. EVOLUCIÓN DE LAS PREVISIONES SOBRE GASTO EN PENSIONES EN LOS AGEING REPORT

Los *Ageing Report* (AR) son los informes trianuales de referencia sobre los gastos relacionado con el envejecimiento (pensiones, salud y dependencia) en los Estados de la Unión Europea. Responsabilidad de la CE, sus análisis sirven de base para la propuesta de políticas económicas por parte de la Comisión, el Consejo y el Parlamento europeos[28]. Por eso, resulta revelador estudiar el cambio radical de las previsiones para España que se produce entre los informes de 2021, y anteriores, y el de 2024.

El AR21 Modeliza el período 2019-2070. Según sus previsiones[29] la población permanecerá prácticamente estancada, el porcentaje de personas mayores de 65 años sobre la población total se

[26] Ello supone que, en 2022, el 9,6% de la masa salarial total estaba exenta de cotización. MISSM, *Proyecciones del gasto público en pensiones España*, Madrid, 2023, p. 85.

[27] Que resulta de dividir 44.450,56 euros del tope anual máximo de pensiones por los 56.646 euros del tope máximo de cotización.

[28] Ver reverso de la portada de las sucesivas ediciones de los *AR*.

[29] EUROPEAN COMMISSION, "The 2021 Ageing Report. Economic & Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070)", *Institutional Paper 148*, May 2021, pp. 300-302.

incrementará desde el 19% hasta el 33%, la población en edad laboral (20-64 años) se reducirá en 4,5 millones de personas y el PIB se incrementará a una tasa anual media del 1,4%. El gasto en pensiones como porcentaje del PIB llegaría a un máximo del 13% en 2050 para caer hasta el 10,3% en 2070.

Utilizamos las previsiones de la CE para estudiar si implican la imposibilidad de pagar unas pensiones suficientes como se afirma en insistentes titulares periodísticos. Esto no quiere decir que las compartamos. En efecto, en las últimas décadas se está desacelerando el aumento de la esperanza media de vida al nacer en relación con los decenios precedentes. Así, según fuentes del INE, ese aumento fue de 3,77 años entre 1971 y 1980, pasó a 1,20 entre 1981 y 1990 y se estancó entre el 2011 y el 2020, con solo un aumento de 0,08 años. Incluso ha tenido lugar una reducción absoluta en algún año. Aunque es muy difícil precisar las razones de esta tendencia, vamos a señalar las que nos parecen más probables. Así, es bastante evidente el papel de las crisis económicas, que dieron lugar a un crecimiento de la esperanza media de vida casi nulo en los años 2011 y 2012. Por otra parte, las pandemias, especialmente la de la COVID 19 que ha supuesto una importante reducción de la esperanza de vida en el 2020 y una desaceleración del aumento en el 2021. Otra causa está siendo el exceso de mortalidad debida al calentamiento climático[30]. Tanto las crisis económicas derivadas del carácter caótico del capitalismo como los procesos pandémicos, ligados a las políticas mercantilizadoras de desarrollo de la agroindustria, es muy probable que, salvo que la movilización social lo impidan, se repitan e incluso se agraven. Estos elementos, que no se valoran suficientemente en las previsiones demográficas oficiales, pueden contrarrestar la tendencia al aumento de la esperanza de vida que ha caracterizado el período transcurrido desde la Revolución Industrial del siglo XIX. Por todo ello consideramos erróneas las previsiones de los *AR*.

La tabla VII recoge las previsiones tal y como figuran en el AR21, excepto en la línea correspondiente al PIB para el que hemos tomado el dato del INE para 2019 y le hemos aplicado el crecimiento medio anual del 1,4% previsto por la CE[31].

Tabla VII. Principales previsiones AR21, España

Año	2019	2030	2040	2050	2060	2070
Población total, M	47,1	48,8	49,4	49,3	48,3	47,0
Población > 65, %	19,5	24,0	29,4	32,7	32,5	32,0
Población 20-64, M	28,7	28,6	26,9	24,9	24,5	24,1
PIB, B€	1,245	1,450	1,667	1,915	2,201	2,529
Gasto pensiones, % PIB	12,3%	12,3%	12,8%	13,0%	11,7%	10,3%

Fuente: Elaboración propia a partir de AR21

En 2021, la CE preveía que entre 2019 y 2070 el PIB se multiplicaría por más de dos veces, mientras que la población permanecería estable después de un pequeño aumento que la llevaría a un máximo de 49,4 millones en 2040. Por lo tanto, en 2070 la riqueza producida, la cantidad de bienes y servicios disponibles por habitante, también se multiplicaría por 2. Al tiempo que la CE pronosticaba el bienestar general, aceptaba en su escenario base el empobrecimiento de las generaciones de trabajadores y trabajadoras jubilados en las décadas de los 40, 50, 60 y 70. La población mayor

[30] Según un estudio de *Nature Medicine* el calor extremo habría provocado en España 8.300 muertes y 47.000 en la UE, recogido en Linde, PÁG.: "El calor causó 47.000 muertos en Europa en 2023 según un estudio", *El País,* 12/8/2024. Véase en el blog de Angus, I.: *Climate&Capitalism,* 27/7/2024, un documentado análisis de las repercusiones directas en la vida humana del aumento del calor y de las indirectas a través de las pandemias producidas por la repercusión de ese aumento del calor en los animales silvestres y su transmisión a las personas.

[31] Aunque el AR21 desagrega la tasa de crecimiento anual por décadas hemos realizado el cálculo utilizando la tasa media prevista para todo el período.

de 65 años pasaría de 1 de cada 5 personas en 2019 a una de cada 3 a partir de 2040 (ver tabla VII). Sin embargo, el gasto en pensiones como porcentaje del PIB subiría apenas 7 décimas en 2050 para después contraerse hasta el 10,3% en 2070, ¡dos puntos porcentuales menos que en 2019! El resultado de esa evolución se muestra en la tabla VIII y el gráfico 2. Para simplificar los cálculos hemos supuesto que todo el gasto en pensiones se dedica a los mayores de 65 años. En realidad, las pensiones de jubilación representan el 73% del gasto en pensiones al que habría que sumarle el gasto en pensiones de viudedad percibido por mayores de 65 años. El gasto en pensiones de viudedad asciende al 17%. Las pensiones de jubilación -que incluyen las de incapacidad permanente de los mayores de 65 años- y las de viudedad suman el 90% del gasto en pensiones.

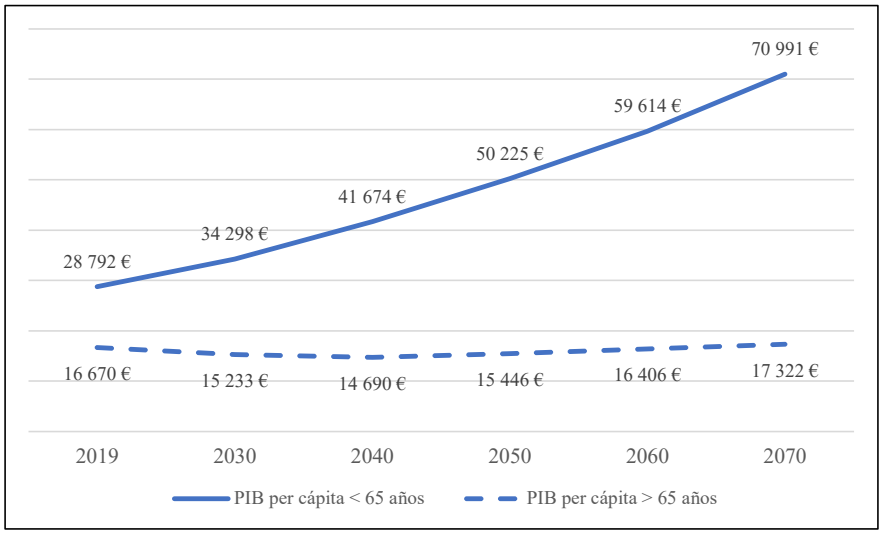
Tabla VIII. Ratio PIB per cápita (PPC) menores 65 años / mayores 65 años

	Año	**2019**	**2030**	**2040**	**2050**	**2060**	**2070**
A	PIB (M€)	1 244 757	1 450 448	1 666 793	1 915 407	2 201 105	2 529 416
B	Población total, M	47,1	48,8	49,4	49,3	48,3	47,0
C	Población > 65 a, M	9,2	11,7	14,5	16,1	15,7	15,0
D	Población < 65 a, M	37,9	37,1	34,9	33,2	32,6	32,0
E	PIB pensiones, %	12,3%	12,3%	12,8%	13,0%	11,7%	10,3%
F	PIB pensiones (M€)	153 105	178 405	213 349	249 003	257 529	260 530
G	PIB restante (A – F)	1 091 652	1 272 043	1 453 443	1 666 405	1 943 576	2 268 886
H	PPC < 65 años (G/D), €	28 792 €	34 298 €	41 674 €	50 225 €	59 614 €	70 991 €
I	PPC > 65 años (F/C), €	16 670 €	15 233 €	14 690 €	15 446 €	16 406 €	17 322 €
	Ratio H / I	1,7	2,3	2,8	3,3	3,6	4,1

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del AR21

Al aplicar el porcentaje de gasto en pensiones previsto al PIB, obtenemos el gasto en pensiones en millones de euros (F). Restándolo del PIB total obtenemos el PIB disponible para menores de 65 años (G). Dividiendo F y G entre las poblaciones de menos y más de 65 años, obtenemos los PIB per cápita (PPC) de menores y mayores de 65 años respectivamente (H, I) y ya podemos calcular la ratio entre esas dos cantidades. El PPC disponible para personas menores de 65 años aumenta un 150%, se multiplica por 2,5 veces, mientras que el PPC disponible para mayores de 65 años se incrementa en un escasísimo 4% en medio siglo. Los menores de 65 años, las cohortes productivas o en proceso de formación, dispondrán de 2,5 veces más riqueza para mantener la capacidad productiva (amortizaciones), ampliarla (inversiones en mayor capacidad productiva) y consumo. Pero, después de contribuir con su capacidad física e intelectual a la construcción de esa potencia productiva creciente, al jubilarse caerán en una pobreza que se intensificará según avancen las décadas. Si en 2019, la ratio entre el PIB disponible para los menores y mayores de 65 años era de 1,7 veces, en 2070 se elevará hasta más de 4 veces. Este empobrecimiento relativo se visualiza en el gráfico 2.

Gráfico 2. Evolución PPC menores, mayores 65 años



Fuente: elaboración propia a partir de AR21

Con las previsiones de la CE y del Gobierno español recogidas en el AR21, el PPC disponible para los mayores de 65 años podría incluso reducirse en términos absolutos hasta la década de los 60. Un horizonte de pobreza generalizada para las trabajadoras y trabajadores hoy activos cuando accediesen a la jubilación. La ficha[32] dedicada a España reiteraba obsesivamente la utilidad del IRP (citado más de 50 veces) y del FS (citado 36 veces) como motores de la contención del gasto (brutal reducción sin neolengua) sin hacer ninguna mención a la suficiencia de las pensiones para garantizar una vida digna como establece el artículo 50 de la Constitución Española, "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad". La previsión sobre la ratio entre la pensión media y el salario medio condensaba la apuesta por el empobrecimiento de las personas pensionistas realizada por las reformas de 2011 y 2013 auspiciadas por las políticas austericidas impulsadas desde la Troika como fallida respuesta a la crisis financiera global (CFG) de 2008. En el escenario base caería desde el 70% en 2020 hasta un ridículo 29% en 2070[33]. La primacía que concede la CE a la sostenibilidad de los sistemas de pensiones sobre la suficiencia se reflejaba en el número de veces que aparecen en AR21, "sustainability" (sostenibilidad) y "sustainable" (sostenible), 43; cinco veces más que las 8 que aparece "adequacy" (suficiencia). Tres años después, el AR24 dibujaba un futuro muy distinto.

El AR24 mantiene algunas previsiones semejantes al AR21. Pero contiene una modificación radical, la previsión del gasto en pensiones en las décadas que van hasta 2070[34]. La tabla IX refleja las previsiones de la CE tal y como figuran en AR24, con la excepción del PIB. Para calcularlo, hemos partido del dato estimado por el INE para 2022 y le hemos aplicado la tasa de crecimiento medio anual prevista por la CE[35].

[32] MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Ageing Report 2021. Country fiche Spain, 2021*

[33] MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, o*p. cit*, p. 26.

[34] EUROPEAN COMMISSION, *2024 Ageing Report*, pp. 270-272.

[35] Aunque el AR24 desagrega la tasa de crecimiento anual por décadas hemos realizado el cálculo utilizando la tasa media prevista para todo el período.

Tabla IX. Principales previsiones AR24, España

Año	2022	2030	2040	2050	2060	2070
Población total, M	47,7	49,3	50,3	50,4	49,2	47,7
Población > 65 años, %	22,2	23,7	29,1	32,7	32,9	33,1
Población 20-64 a, M	28,9	29,3	27,9	25,8	25,3	24,5
PIB, B€	1,346	1,481	1,669	1,880	2,118	2,387

Fuente: Elaboración propia a partir del AR24

Con respecto al AR21, aumentan ligeramente la población total, la población entre 20 y 64 años y el porcentaje de mayores de 65 años. La tasa media anual de crecimiento del PIB se reduce en dos décimas hasta el 1,2% lo que implica un PIB algo inferior. La gran diferencia radica en la previsión sobre la evolución del gasto en pensiones reflejada en la tabla X.

Tabla X. Previsión gasto en pensiones, % PIB, AR 2021-AR 2024

PIB para pensiones, %	Año 1	2030	2040	2050	2060	2070
AR2021 (año 1, 2019)	12,3%	12,3%	12,8%	13,0%	11,7%	10,3%
AR2024 (año 1, 2022)	13,1%	14,3%	16,2%	17,3%	16,9%	16,7%
Δ AR2024-AR2021	0,8%	2,0%	3,4%	4,3%	5,2%	6,4%

Fuente: elaboración propia a partir de AR21 y AR24

A diferencia de la previsión del año 2021 (y anteriores) que condenaba a las pensionistas futuras a la pobreza, ahora el gasto en pensiones aumenta según lo hace el porcentaje de mayores de 65 años sobre la población total (aunque a un ritmo inferior). La mayor diferencia, de más de 6 puntos, se produce en 2070. La publicación del AR24 fue inmediatamente saludada con augurios sobre la no sostenibilidad del sistema, apuntando a la activación de la DA2ª del R.D.L.2/2023. Sirva de ejemplo este titular de *El Economista*: "Bruselas destapa el gran agujero de las pensiones en España: cómo pagar a un 60% más de pensionistas con el mismo número de ocupados"[36]. La variante relevante para valorar la viabilidad del gasto previsto no es la relación ocupados/pensionistas, sino la relación producto total/población total. Una sociedad articulada sobre una economía absolutamente automatizada en que el número de personas ocupadas fuese cero, sería viable si la cantidad de bienes y servicios producidos fuese suficiente para satisfacer las necesidades de la población y se arbitrase una estructura de la propiedad y la distribución dirigida a la satisfacción de las necesidades de los seres humanos vivos y no del capital y en especial del capital financiero. Las previsiones de la CE, resumidas en la tabla XI, desmienten la interpretación de *El Economista*. El esquema es idéntico al de la tabla VIII, actualizado con el AR24.

[36] https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12805593/05/24/bruselas-destapa-el-gran-agujero-de-las-pensiones-en-espana-como-pagar-a-un-60-mas-de-pensionistas-con-el-mismo-numero-de-ocupados.html, 9/5/2024.

Tabla XI. Ratio PPC (PIP per cápita) 65 años / mayores 65 años

	Año	2022	2030	2040	2050	2060	2070
A	PIB (M€)	1 346 377	1 481 190	1 668 845	1 880 274	2 118 489	2 386 884
B	Población total	47,7	49,3	50,3	50,4	49,2	47,7
C	Población > 65 a	10,6	11,7	14,6	16,5	16,2	15,8
D	Población < 65 a	37,1	37,6	35,7	33,9	33,0	31,9
E	PIB para pensiones, %	13,1%	14,3%	16,2%	17,3%	16,9%	16,7%
F	PIB pensiones (M€)	176 375	211 810	270 353	325 287	358 025	398 610
G	PIB restante (A - F)	1 170 002	1 269 380	1 398 492	1 554 986	1 760 464	1 988 274
H	PPC < 65 a (G/D), €	31 527 €	33 746 €	39 214 €	45 844 €	53 326 €	62 306 €
I	PPC > 65 a (F/C), €	16 656 €	18 128 €	18 470 €	19 737 €	22 118 €	25 247 €
	Ratio H / I	1,9	1,9	2,1	2,3	2,4	2,5

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del AR24

Según las previsiones de la CE, desde 2022 a 2070, el PIB crecerá casi un 80%. En 2050 se alcanzará el máximo de gasto en pensiones. En ese año, después de destinar el 17,3% del PIB a pensiones, el producto por persona disponible para los menores de 65 años será un 45% superior al disponible en 2022 y en el año 2070 un 98% más alto. La ratio entre el PIB disponible para los menores y mayores de 65 años se eleva desde 1,9 a 2,5 veces. El carácter subsidiario que la CE concede a los sistemas de pensiones como instrumentos de protección social vuelve a reflejarse en el número de veces que se hace referencia a la sostenibilidad (33 *sustainability*, 5 *sustainable*) y a la suficiencia de las pensiones (13 *adequacy*). Como hemos analizado en el tercer apartado, el factor decisivo para modificar radicalmente las previsiones de la CE sobre la evolución del gasto en pensiones para las próximas décadas ha sido la presión social. La carta que la entonces ministra de la Seguridad Social Fátima Bañez remitió a 9 millones de pensionistas, en enero de 2018, provocó una masiva y rápida movilización que obligó a anular los dos principales instrumentos diseñados para reducirlo, el IRP y el FS. El principal motor de los intentos de disminución del importe de las pensiones públicas es abrir un espacio a las pensiones privadas de capitalización como reconocía en 2010 INVERCO, la patronal de la inversión colectiva en España.

> "el alcance de estas actividades se enfrenta a un límite muy poderoso en la extensión de la previsión social a cargo del Estado … allí donde las pensiones públicas sustituyen porcentajes elevados del salario previo a la jubilación, las pensiones privadas son más reducidas … Lo contrario sucede en países en las que las pensiones públicas tienen un carácter de prestaciones universales reducidas y las pensiones privadas toman el protagonismo en la reposición de rentas salariales tras la jubilación"[37].

Aunque se han ido aprobando reformas destinadas a reducir las pensiones iniciales, el intento de contraer radicalmente el gasto público en pensiones ha fracasado temporalmente. Ahora la batalla se ha desplazado a la interpretación de la DA2ª del R.D.L. 2/2023 cuyo contenido se esquematiza en la siguiente caja.

[37] Fundación INVERCO: *El impacto de la crisis económica y financiera en la inversión colectiva y en el ahorro-previsión*, Imprenta Modelo, Madrid 2010, pp. 233-234.

Esquema de la DA2ª del R.D.L. 2/2023

Evaluación trianual de la trayectoria de gastos e ingresos

1ª evaluación: marzo 2025

1ª variable: Gasto medio en pensiones en 2022-2050 (GMP22-50)

2ª variable: Resultado de las medidas de ingresos en 2022-2050 (MI22-50)

Informe de referencia: último AR publicado (para la primera evaluación AR24). Estudiará 3 escenarios.

1º escenario. Si el resultado de las medidas de ingreso es igual al 1,7% PIB → el GMP22-50 no podrá superar el 15% del PIB.

2º escenario. Si el resultado medidas de ingreso es superior al 1,7% PIB → el GMP22-50 podrá incrementarse hasta el 15% del PIB + (MI22-50 – 1,7%)

3º escenario. Si el resultado de las medidas de ingreso es inferior al 1,7% PIB → el GMP22-50 no podrá superar el 15% del PIB - (1,7% - MI22-50)

Es decir,

Si las medidas de ingresos superasen el 1,7% del PIB, el gasto medio en pensiones podría superar el 15% por un importe igual a ese exceso.

Si las medidas de ingresos fuesen inferiores al 1,7% del PIB, el gasto medio en pensiones no podría superar el 15% del PIB menos ese defecto.

De sobrepasarse estos límites deberán aprobarse medidas para reducir el gasto o incrementar los ingresos.

Inmediatamente se han formado tres bloques. El primero, en el que hasta ahora se alinea el MISSM, considera que no será necesario activar el mecanismo previsto para reducir el gasto o crear nuevas medidas de ingresos. El segundo, encabezado por la AIReF y Fedea, proclama que el gasto es excesivo y propone reducirlo para abrir un espacio a los fondos privados de capitalización. Por último, el Movimiento Social en Defensa de las Pensiones Públicas (MSDPP) defiende que será necesario aumentar los ingresos del sistema para garantizar un nivel de protección suficiente a las futuras generaciones de personas jubiladas.

6. EL DEBATE SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DEL R.D.L. 2/2023

En 2023, el MISSM publicó el documento[38] más completo de evaluación de las medidas de ingresos y gastos para el período 2022-2050 derivadas de la aplicación de las reformas aprobadas entre 2020 y 2023 (ver tabla XII).

[38] MISSM: *Proyecciones…,* op. cit.

Tabla XII. Efecto medio anual de las medidas de ingresos 2022-2050

Reforma RETA	Base máxima	CAS	MEI	Reforma laboral	Afloramiento de nuevos afiliados	SMI	Total
0,37	0,36	0,07	0,40	0,29	0,14	0,15	1,79

Fuente: MISSM[39]

De acuerdo con la redacción de la DA2ª del R.D.L. 2/2023, este aumento de ingresos permitiría un gasto medio en pensiones del 15,09% del PIB en el período de referencia sin necesidad de articular ninguna medida adicional ni de ingresos, ni de gastos. La evaluación debe hacerse "utilizando los mismos supuestos macroeconómicos y demográficos del último Informe de Envejecimiento publicado por la CE"[40]. El AR24, último informe publicado, se elaboró con la información disponible en mayo de 2023 y se publicó en abril de 2024. En el apartado 3.5 de la ficha dedicada a España tiene en cuenta el mayor nivel nominal del PIB en 2022 actualizado en otoño de 2023 y las fuertes presiones inflacionarias de 2023. Esta es su conclusión, "el gasto público en pensiones como porcentaje del PIB disminuye 0,5 pp. en 2050 y 0,4 pp. en 2070 con respecto al escenario base. En total, el gasto público en pensiones como porcentaje del PIB promedia el 15,6% en el período 2022-2070 y el 15,1% en el período 2022-2050" (el subrayado es nuestro). Estas previsiones tienen un fuerte respaldo por parte de los Estados miembros, "Las proyecciones han sido revisadas por pares por los demás Estados miembros y la CE en el marco del Grupo de Trabajo sobre el Envejecimiento"[41].

Frente a esta posición que no considera necesario arbitrar nuevas medidas se alza una constelación de organismos independientes de gestión de la economía capitalista en su modo de regulación neoliberal (AIReF, EFB, BE), organizaciones internacionales (OCDE, la misma CE) y laboratorios de ideas (Fedea, Group of Thirty) que actúan al unísono proponiendo las mismas recomendaciones.

La AIReF ha estimado el aumento del gasto provocado por las reformas aprobadas en 2,4 puntos del PIB en 2050 y 2,3 puntos en 2070. Las medidas de ingresos solo aportarían 1,1 y 1,0 puntos, lo que obligaría o bien a una reducción del gasto mediante nuevos recortes o a establecer nuevas fuentes de ingresos[42]. La obsesión de AIReF por los gastos relacionados con el envejecimiento se refleja en su Opinión de marzo de 2023, un documento sobre la sostenibilidad de las administraciones públicas, que señala como causa fundamental del déficit y la deuda y elemento sobre el que actuar el gasto en pensiones [43]. Estima una desviación de la regla de gasto del 0,8% del PIB.

La AIReF comparte el marco reduccionista del capitalismo neoliberal[44]: 1º. La demografía como problema ya que "condicionará el desarrollo de las variables fiscales en las próximas décadas, y en última instancia la sostenibilidad de las finanzas públicas en el largo plazo". 2º. La inexorabilidad de la distribución de la renta entre salarios y beneficios: "la disminución de la población en edad de trabajar se refleja en una menor participación de los salarios en la renta nacional… en una menor recaudación por cotizaciones sociales y en una menor contribución de la progresividad del impuesto

[39] MISSM, op. cit., p. 103.

[40] R.D.L. 2/2023 de 16 de marzo, BOE 17 de marzo de 2023, p. 39208.

[41] DIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS MACROECONÓMICO, ECONOMIC POLICY COMMITTEE, *Ageing Working Group, Spain´s Country Fiche*, 2024 Ageing Report, December 2023, pp. 7 y 41.

[42] AIReF: *Documento técnico sobre el impacto de las reformas del sistema de pensiones entre 2021 y 2023*, Documento Técnico 2/23, 24/3/2023, p.5.

[43] AIReF: *Opinión sobre la sostenibilidad de las administraciones públicas a largo plazo: la incidencia de la demografía*, Opinión 1/23, 24/3/2023, p. 123.

[44] AIReF: *Opinion* … para este párrafo pp. 122, 128, 143, 151.

sobre la renta". 3º. La imposibilidad de medidas de política económica que reviertan las reformas regresivas: "aunque los tipos impositivos que gravan la renta procedente de estos activos sean inferiores a los que recaen sobre los salarios", sin mencionar la posibilidad de recuperar un impuesto sobre la renta de carácter sintético para gravar los ingresos del capital a los mismos tipos que las rentas del trabajo. 4º. La reiterada letanía sobre las "reformas estructurales" como solución: "Las reformas estructurales tendentes a incrementar el crecimiento de largo plazo de la economía desempeñan un papel crucial a la hora de propiciar una mejora… de las finanzas públicas". 5º. La disminución del gasto social, "Por lo tanto, el gasto promedio debería ser inferior al 14,3% para cumplir con la regla de gasto".

La obsesión por el gasto asociado al envejecimiento se substancia en el último capítulo, Propuestas. De sus 5 epígrafes, dedica tres al gasto en pensiones. El primero, "Estrategia fiscal a medio y largo plazo", reitera "el envejecimiento … uno de los principales desafíos a que se enfrenta la economía española" y se refiere a la reforma del marco fiscal europeo para proponer "una senda fiscal a medio plazo que tenga en cuenta los retos asociados al envejecimiento". El segundo, "Evaluar la evolución del sistema de pensiones" afirma que "las reformas realizadas recientemente suponen un incremento del déficit como porcentaje del PIB de 1,1 puntos hasta 2050". El tercero, "Regla de gasto en pensiones", el núcleo de la Opinión, merece una lectura atenta. La AIReF reclama más poder para los organismos "independientes" de gobierno de la economía capitalista neoliberal, cuestionando las decisiones adoptadas por el legislativo: 1º. Cuestiona su decisión de establecer como niveles de referencia del gasto en pensiones y de las medidas de ingresos el 15% y el 1,7% del PIB. 2º. Cuestiona la congruencia de esta regla con el marco fiscal europeo. 3º. Reclama más "capacidad de supervisión independiente" ya que debe utilizar "las previsiones y supuestos del Informe de Envejecimiento en lugar de las propias previsiones … lo que reduce sustancialmente el ejercicio de la independencia de la AIReF". 4º. Se atribuye la iniciativa legislativa al proponer al Gobierno e indirectamente al legislativo "asegurar la coherencia y consistencia entre todas las reglas fiscales incluida la desarrollada en la disposición adicional segunda del R.D.L. 2/2023".

Lo que propone es constituir una red de organismos cuyos informe y opiniones se impongan sobre los poderes democráticos como se asevera en relación con los Planes de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) sobre los que "la evaluación es una exigencia[45] no sólo europea sino también internacional. El FMI, en el Artículo IV a España del año 2022, insiste en la importancia de la evaluación para mejorar la eficiencia del gasto público [que] debe guiarse por las revisiones del gasto… de la autoridad de responsabilidad fiscal" para terminar proponiendo un modelo de gobernanza (¿por encima del gobierno democrático?) elaborado en colaboración con la OCDE en el que deben participar "agentes independientes y externos". Un entramado en el que participan el FMI, la OCDE, el EFB y la AIReF, evocando a la Troika (FMI, CE, BCE) impulsora de las políticas responsables de los gravísimos daños sociales y económicos provocados en las sociedades del sur de Europa después de la CFG de 2008.

El Consejo Fiscal Europeo (EFB por sus siglas en inglés) interviene para evaluar las políticas fiscales, "dentro de las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento" cooperando con los Consejos Fiscales Nacionales Independientes (entre ellos, la AIReF)[46]. Entre los mensajes clave de su última evaluación seleccionamos estos dos: 1º. "En varios países de la zona del euro, se prevé que los déficits fiscales en 2024 resulten más altos de lo esperado anteriormente", la austeridad fiscal como alfa y omega de la política económica. 2º. "El Banco Central Europeo considera que es adecuado un impulso fiscal restrictivo considerable en 2025… (que) ayudaría a preservar la evaluación relativamente

[45] Los subrayados son nuestros.

[46] EUROPEAN FISCAL BOARD: *Assessment of the fiscal stance appropriate for the euro area in 2025*, July 2024.

benigna de los riesgos soberanos por parte de los mercados financieros", aceptando la subordinación de la segunda economía del mundo a las exigencias del capital financiero.

En un contexto de crisis ecológica y aceleración del calentamiento global, de aumento de la desigualdad y la precariedad del trabajo que empuja a Europa hacia la extrema derecha, ¿Por qué no financiación directa por el sistema europeo de bancos centrales de las inversiones necesarias como se hizo con las entidades financieras en la CFG o en la crisis de Silicon Valley Bank y Credit Suisse? El EFB centra sus preocupaciones en los peligros del empleo y los salarios, "Se prevé que el desempleo … se sitúe por debajo de las estimaciones actuales de la tasa de desempleo salarial no acelerada (NAWRU, por sus siglas en inglés) en 2025" y "los riesgos de efectos secundarios a través del crecimiento salarial persisten a medida que los costos laborales unitarios continúan aumentando fuertemente". El marco ideológico del EFB, como el de la AIReF, es un marco procapital y profinanzas. El EFB no oculta su desacuerdo con la ligera flexibilización de las reglas fiscales acordada por la Comisión, "El acuerdo político produjo una serie de salvaguardas para asegurar niveles mínimos de déficit y reducción de la deuda [pero] se descuidó el fortalecimiento de la exigibilidad en la práctica"[47]. En otra clara expresión de la voluntad de los organismos "independientes" de gobernar a los organismos políticos muy indirectamente procedentes de la voluntad democrática.

El Banco de España afirma que el gasto público aumentó un 6% "debido, principalmente, a la revalorización de las pensiones"[48], señalándolas como el elemento prioritario de ajuste del déficit y de la deuda pública. De acuerdo con el análisis de la AIReF cifra en 1,1 puntos del PIB la reducción necesaria, ya que el nivel de gasto en pensiones neto de las medidas de ingresos alcanzaría el 14,4% del PIB por encima del nivel del 13,3% establecido por la normativa. Una valoración de la que deduce tres propuestas: 1.- Estudiar los efectos en el mercado laboral del aumento de las cotizaciones sociales y de la equidad intergeneracional que parece apuntar a la reducción de los ingresos. 2.- Estudiar medidas alternativas al estar las tasas de sustitución "en niveles superiores a los de la media de los países de nuestro entorno" lo que parece apuntar a nuevas medidas para reducir las pensiones iniciales. 3.- Analizar la evolución del ahorro privado para la jubilación, que se inserta en el marco profinanzas de substitución del sistema de reparto por un sistema mixto con mayor peso de las pensiones de capitalización.

La Comisión Europea reconoce que "España ya no sufre desequilibrios macroeconómicos"[49], pero señala como principales motores del gasto corriente las prestaciones sociales impulsadas por la revalorización de las pensiones y el gasto en consumos intermedios impulsado por el gasto en defensa. Prevé que el gasto público se incrementará en 2024 por encima del máximo recomendado lo que podría exigir un ajuste del 0,7% del PIB y cita como posibilidad más concreta "la cláusula de cierre introducida por la reforma de las pensiones de 2023, de ser íntegramente aplicada, podría contribuir a abordar las brechas de sostenibilidad fiscal relacionadas con el gasto público en pensiones" recordando que "España se ha comprometido a llevar a cabo las revisiones del gasto elaboradas por la AIReF y a integrarlas en el proceso presupuestario anual". Otro informe de la misma fecha[50] vuelve a proponer la activación de la DA2ª del R.D.L. 2/2023, a pesar de aceptar que las reformas adoptadas han conseguido que las recomendaciones de la CE (2019-2023 CSRs) sean calificadas como substancialmente implementadas. El documento va acompañado de una recomendación[51] que

[47] EUROPEAN FISCAL BOARD: *op. cit*., p. 9.

[48] BANCO DE ESPAÑA: *Informe Anual 2023*, abril 2024. Ver epígrafe 2 del capítulo 9, Cuentas Públicas.

[49] EUROPEAN COMMISSION: *Report for the Commission. Report prepared in accordance with the Article 126 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, Spain´s Analysis*, Brussels, 19.6.2024.

[50] EUROPEAN COMMISSION*: Commission Staff Working Document, 2024 Country Report – Spain*, Brussels, 19.6.2024, SWD (2024) 609 final.

[51] EUROPEAN COMMISSION: *Recommendation for a COUNCIL RECOMMENDATION on the economic, social, employment, structural and budgetary policies of Spain*, Brussels, 19.6.2024 COM (2024) 609 final.

reitera los argumentos reclamando la activación de la cláusula de cierre sobre pensiones sin que la financiación del gasto en defensa merezca ninguna reflexión.

La OCDE, en sus Perspectivas Económicas de 2024, hace recaer sobre las pensiones la principal responsabilidad de la alta ratio de deuda y el déficit de inversiones favorable al crecimiento en España[52] y reclama un proceso de consolidación fiscal en las cuentas de 2024 y 2025. Las recomendaciones muestran un decisivo sesgo neoliberal. Propone elevar los ingresos fiscales en el impuesto sobre el valor añadido (indirecto, regresivo) y los impuestos medioambientales. Nada de volver al impuesto sintético sobre la renta, aumentar el tipo efectivo del impuesto de sociedades, o establecer nuevos impuestos sobre la riqueza y el patrimonio de los más ricos reclamados por numerosos economistas en la estela de Thomas Piketty[53] o articular una imposición efectiva de las tecnológicas.

Fedea intervino inmediatamente[54] para responder a las previsiones del MISSM con la intención evidente de defender la activación de la DA2ª del R.D.L. 2/2023, "Estos resultados sugieren que la condición que activa la cláusula de salvaguarda del MEI se cumple ya en la actualidad". Sin que se entienda la alusión al MEI, pues la disposición se refiere a "las medidas adoptadas a partir de 2020 para fortalecer los ingresos del sistema público de pensiones" que incluyen el aumento de la base máxima de cotización, la cotización adicional de solidaridad y las relacionadas con el mercado de trabajo que, efectivamente, Fedea no valora en su cuadro de la página 4. Sus efectos deben considerarse dentro de lo dispuesto por la DA2ª del R.D.L. 2/2023 pues incrementan los ingresos. La valoración de Fedea ya no sería válida al apoyarse en el AR21, cuando la referencia en marzo de 2025 será el AR24 que prevé un gasto promedio que no exigiría activar la cláusula. Entre los 16 redactores se encuentra José Antonio Hercé que en 1995 dirigió un estudio[55] con previsiones hasta 2025. En 30 años la desviación entre previsiones y datos reales llega al 20% para la población y 24% para la afiliación a la Seguridad Social lo que debe hacernos relativizar su importancia para la toma de decisiones.

Entre los miembros protectores de Fedea están los grandes bancos (Santander, BBVA, Sabadell, Caixabank, Unicaja), una importante aseguradora (Mapfre), la corporación financiera de la familia March (Corporación Financiera Alba) y empresas de infraestructuras y servicios del grupo de Florentino Pérez (Abertis, ACS). BBVA y Caixabank son tres de los cinco gestores de los fondos de capitalización de empleo creados al amparo de la Ley 12/2022, interesados en hacer sitio a las pensiones de capitalización, al igual que Mapfre. Los informes de Fedea se caracterizan por su impronta neoliberal y proximidad a los intereses de las empresas que la financian. Relacionan el aumento del SMI con la reducción del empleo, sostienen que el aumento de las cotizaciones sociales desincentiva la acumulación de capital humano y estimula el desplazamiento del trabajo cualificado hacia otras economías y reducirá la oferta laboral[56]. El incremento del SMI, aunque tímido en valor real, y de las cotizaciones sociales, ha sido acompañado de un gran aumento de la población ocupada y de la afiliación a la SS. McQuaig y Brooks realizan una exhaustiva comparación entre los países nórdicos y los anglosajones. Los primeros con un nivel de recaudación de impuestos, tasa de

[52] OECD (2024): *OECD Economic Outlook, Volume 2024 Issue 1*, No. 115, OECD Publishing, Paris, pp. 195-197.

[53] Desde *El Capital en el Siglo XXI* (Piketty, 2013) hasta la reciente propuesta de Zucman sobre imposición a los más ricos, en https://www.taxobservatory.eu//www-site/uploads/2024/06/report-g20.pdf, o las propuestas de Cruzado, C. y Mollinedo, J.M.: *Los ricos no pagan IRPF*: *Claves para afrontar el debate fiscal,* Madrid, Dykinson, 2024.

[54] FEDEA: *Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI*, Estudios sobre la Economía Española 2023/31.

[55] Hercé, J. A. y Pérez-Díaz, V. (Dirs): *La reforma del sistema de pensiones en España*, Servicio de Estudios La Caixa, 1995.

[56] FEDEA: *op. cit*., pp. 18 y 19.

sindicación y salarios muy superior consiguen resultados más favorables en pobreza, igualdad de género, seguridad económica, bienestar social, igualdad de ingresos, innovación y competitividad[57].

La posición del Grupo de los Treinta (GoTh) es interesante por la relevancia de sus miembros entre los que se encuentran expresidentes de bancos centrales de México, Singapur, Brasil, Unión Europea, Israel, China y algunos bancos federales de los Estados Unidos. En un documento de 2019 expone su visión financiera de las pensiones. El mismo título[58] (Garantizar la seguridad financiera de por vida, LFS por sus siglas en inglés) se refiere a los sistemas de pensiones no como un instrumento de protección social, sino como un mecanismo financiero. Propone un debate público entre las que designa como partes interesadas: legisladores, la sociedad y la comunidad financiera, entre las que ignora. las organizaciones representativas de la clase trabajadora y a la misma clase. Y sitúa a las finanzas a la misma altura que los poderes electos y la sociedad. Su argumento central es el aumento del porcentaje de la población mayor de 65 años sobre la población total, repitiendo el augurio del informe del BM de 1994, "Por lo tanto, como en muchos otros países, un déficit de LFS será prácticamente inevitable a menos que se adopten medidas urgentes".

Enero de 2018 contempló la irrupción en el debate de un nuevo actor, ajeno a los deseos del GoTh y de Fedea, el MSDPP. En pocas semanas consiguió la derogación de facto del IRP que suponía la congelación de las prestaciones por muchos años. Además, canceló la aplicación del FS que establecía un impuesto regresivo a la longevidad de las trabajadoras y trabajadores. No consiguió evitar la aprobación de medidas que están reduciendo las pensiones iniciales (ver apartados 3 y 4). Su principal logro ha sido introducir una nueva narración sobre el futuro de las pensiones. Hasta entonces era hegemónico el relato de las finanzas: 1º. La prolongación de la vida humana es un problema económico y financiero. 2º. Es necesario reducir el gasto en las pensiones públicas. 3º. Deben tender a convertirse en una pensión plana de subsistencia. 4º. Y ser complementadas con pensiones privadas de capitalización. La visión alternativa del MSDPP se resume así "Si aumenta el porcentaje de personas mayores de 65 años sobre la población total, habrá que dedicar un mayor porcentaje del producto social a dotarlas de capacidad de consumo para que no se empobrezcan. El instrumento más seguro para garantizar ese porcentaje es el sistema público de reparto". Abandonemos por un momento el punto de vista financiero por el del consumo de bienes y servicios. Actualmente es mayor de 65 años 1 de cada 5 personas. Para garantizar el acceso a proteínas de origen vegetal y animal para su alimentación, watios para calentar sus casas en invierno y climatizarlas en verano, ropa para vestir sus cuerpos, conexiones a internet para mantenerlas informadas y comunicadas y medios de transporte para asegurar su movilidad se dedicaba en 2022 el 13,1% del producto total. Si a partir de la década de 2040 va a ser mayor de 65 años 1 de cada 3 personas, será necesario aumentar el porcentaje del PIB dedicado a las pensiones para que tengan acceso a 1 de cada 3 proteínas, 1 de cada 3 watios destinados a los hogares y una de cada tres conexiones a internet, o a las redes que existan entonces. O se aumenta ese porcentaje, o la población jubilada se empobrecerá inexorablemente. Y de acuerdo con las previsiones de los sucesivos AR, aun aumentando ese porcentaje, la producción per cápita que quedará disponible para los menores de 65 años será considerablemente superior ya que el aumento de la productividad por hora trabajada aumentará la cantidad de bienes y servicios por habitante.

La visión de las finanzas es interesadamente estática. Se da por eterna la actual distribución de la renta entre beneficios y salarios, la estructura de la propiedad, el sistema de impuestos, los niveles de desigualdad en la distribución de la renta, para concluir a continuación que es necesario reducir el gasto en pensiones públicas y, este es su verdadero objetivo, complementarlas con sistemas de capitalización

[57] McQuaig, L. y Brooks, N.: *El problema de los supermillonarios. Cómo se han apropiado del mundo los super-ricos y cómo podemos recuperarlo*, Capitán Swing, Madrid, 2014, capítulo 3.

[58] GROUP OF THIRTY, *Executive Summary. Fixing the Pension Crisis. Ensuring Lifetime Financial Security,* November 2019 (Cómo solucionar la crisis de las pensiones. Garantizar la seguridad financiera de por vida).

de los que obtendrá suculentas comisiones. Uno de los éxitos del MSDPP ha sido normalizar la necesidad de primero establecer el nivel de gasto necesario y después articular la financiación. Otro triunfo ha sido obligar a los laboratorios de ideas de las grandes empresas capitalistas (Fedea es el buque de insignia en España) a colocar la defensa de los sistemas de capitalización en segundo plano. La labor de zapa se realiza sobre la sostenibilidad futura del sistema público de reparto. Solo cuando los segmentos de mayores salarios de la población asalariada hayan sido convencidos de que "total yo nunca cobraré una pensión" acentuarán en sus informes de "expertos" la promoción de los sistemas de capitalización como alternativa. La versión más sofisticada de este procedimiento es la del subdirector de Fedea, Conde-Ruiz.

En 2014 afirmaba que las pensiones caerían a entre el 35% y el 50% de los salarios medios sin proponer ninguna medida para evitarlo; citaba como referencia teórica a los neoliberales Modigliani y Friedman; y, este es siempre el objetivo, recomendaba fomentar el ahorro, es decir la financiarización de la protección social. Para fomentarla sugería bajar el tipo marginal del ahorro hasta el 15%, acentuando la dualidad del impuesto sobre la renta. La mayor capacidad de ahorro de las rentas más altas aumentaría la regresividad del IRPF y de la recaudación en su conjunto. La propuesta presenta una gran debilidad teórica al afirmar que en un sistema de capitalización la pensión no provendrá de los salarios de los trabajadores de la siguiente generación sino del rendimiento del capital invertido, como si el capital-dinero produjese bienes y servicios sin ser invertido en empresas que los produzcan en el tiempo de percepción de la pensión. El error se repite al escribir que los sistemas contributivos presentan el problema de "tener que destinar un porcentaje del PIB demasiado alto para el pago de las pensiones"[59]. Es obvio y trivial que para garantizar un nivel de vida semejante a las personas jubiladas los sistemas de capitalización habrán de destinar al pago de las pensiones exactamente el mismo porcentaje del PIB que los sistemas de reparto. Esto si lo entendía el Banco Mundial en 1994, "todo el mundo, viejos y jóvenes, dependen del producto actual (el subrayado es nuestro) de la economía para satisfacer las necesidades de consumo actuales"[60]. En ambos sistemas, capitalización y reparto, el consumo de las personas jubiladas depende del producto actual, no del producto pasado ni del producto futuro.

Investigaciones muy recientes identifican la promoción de los fondos de pensiones con el creciente peso de las finanzas en la economía y este con la precarización del trabajo, la caída de los salarios, el aumento de la desigualdad y la frecuencia e intensidad de crisis financieras que se trasladan a la economía real[61]. Y esta sí es una diferencia, los sistemas de reparto son más estables, seguros y redistributivos pues se basan en la capacidad legislativa de los poderes democráticos para recaudar y asignar recursos. Una década después, la defensa de los sistemas de capitalización queda en un segundo plano, ahora el objetivo es excitar un enfrentamiento artificial entre jóvenes y jubilados[62] que oculte el conflicto de clases y propiciar una rebelión juvenil contra el sistema público de reparto. En la sociedad limitada de Fedea, Marta Ortega y las trabajadoras de Inditex que se declararon en huelga para reclamar un aumento salarial de poco más de 300 euros[63] pertenecen a la misma clase social.

[59] Conde-Ruiz, J. I.: ¿Qué será de mi pensión? Como hacer sostenible nuestro futuro como jubilados, Ediciones Península, Barcelona, 2014, p. 45.

[60] WORLD BANK: *Averting the Old Age Crise, Policies to Protect the Old and Promote Growth*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 3.

[61] Entre la abundante literatura reciente sobre este diagnóstico: Palladino, Lenore, *Financialization at work: Shareholder primacy and stagnant wages in the United States*, Competition & Change, 25 (3-4), 382-400, July 2021; Braun, Benjamin, *Fueling Financialization: The Economic Consequences of Funded Pensions*, New Labor Forum 2022, Vol. 31 (I), 70-79; Hannah Brenton, *Why we should all be worried about the crisis at UK pension funds*, Politico, October 7, 2022.

[62] Conde-Ruiz, J.I y Conde Gasca, C.: *La juventud atracada. Cómo un electorado envejecido cercena el futuro de los jóvenes*, Ediciones Península, Madrid, 2023.

[63] Pérez Davila, X.: O BCE reprime os salarios e ignora os beneficios", *Nós Diario*, 9/1/2023.

7. CUATRO NOTAS FINALES

El argumento del déficit. El principal argumento de los defensores de recortar las pensiones públicas para substituirlas por un sistema mixto es el déficit del sistema. Es importante recordar que es el único que se singulariza en las cuentas públicas. Pero, lo que destaca en el sistema público de pensiones de reparto es el alto nivel de autofinanciación que refleja el mecanismo interno de solidaridad de las clases trabajadoras entre las cohortes activas y las ya jubiladas, uno de cuyos elementos es que las cotizaciones sociales financian una gran parte no solo de las pensiones sino del conjunto de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social (en 2023, el 86%).

En la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, se declaró que el Estado debía asumir íntegramente la financiación de las prestaciones no contributivas, a la vez que relacionaba las que debían considerarse como tales "a efectos de su financiación". Pero, no se especificó la fecha en la que debía entrar en vigor. La asunción estatal de la financiación de la partida más importante de la que se calificaba como prestación no contributiva a efectos de su financiación, los complementos a mínimos de las pensiones contributivas, se realizó de forma muy lenta y no fue completada hasta el 2013. Por estas razones la deuda estatal hacia la caja de la seguridad social, aunque tiene la lógica derivada de la legalidad aprobada en 1997, no tiene respaldo legal estricto, pero sí debe ser exigible por responder a un compromiso no solo del Gobierno de la época sino del Parlamento que aprobó en su momento esa ley. Así pues, el Sistema de Seguridad Social ha financiado gastos que no le correspondían legalmente. Se ha calculado que, si las cotizaciones sociales se hubiesen destinado a financiar exclusivamente las prestaciones contributivas [los autores de este artículo entienden que en el sentido establecido en la Ley 24/1997], entre 1977 y 2017 se hubiese acumulado un fondo positivo superior a 840 mil millones de euros, el 70% del PIB, lo que garantizaría sobradamente la financiación de los años en que se produjese déficit[64]. Un grupo de investigación ha calculado el efecto sobre el Fondo de Reserva de la Seguridad Social de dotarlo con los superávits íntegros a partir de 2000. Dispondría, a final de 2017, de 109 mil millones de euros, un 9,4% del PIB, frente a los solo 8 mil millones reales después de que sucesivos gobiernos destinasen los superávits a gastos no previstos por la LGSS (artículos 109, 117 y 118). El estudio califica esa diferencia de 100 mil millones como la "deuda implícita que el sistema impositivo español acumuló con la Seguridad Social entre los años 2000 y 2017"[65]. También el ex-Gobernador del BE reconocía estos superávits pasados, para un período que va desde los años 90 hasta 2011[66]. Estas evidencias obligan a calificar los "préstamos" que se conceden a la Seguridad Social en los años de déficit como asimétricos y fraudulentos y su utilización para argumentar la quiebra del sistema como interesada y parcial.

El gasto privatizado nunca es un problema. En 2019 el gasto sanitario estadounidense alcanzaba casi el 17% del PIB. Era más de 2,5 veces superior a la media de la OCDE y dejaba sin protección a decenas de millones de ciudadanos y ciudadanas, convirtiéndose en la primera causa de quiebra familiar.

---

[64] De Miguel: F. "La generación del baby boom si financió sus pensiones futuras", *Economistas Frente a la Crisis,* 1/7/2018.

[65] Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social: Devesa, J.E, Devesa Carpio, M., Encinas-Goenechea, B. y Meneu-Gaya, R.: Saldo de la Seguridad Social y Fondo de Reserva, https://www.uv.es/pensiones/docs/pensiones-jubilacion/Fondo_reserva.pdf, Universidad de Valencia, 23-I-2018.

[66] Hernández de Cos, P.: *El sistema de pensiones en España: Una actualización tras el impacto de la pandemia. Contribución del Banco de España a los trabajos de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. 2 de septiembre de 2020*, Banco de España, Documentos Ocasionales Nº 2106, 2021, p.9.

Tabla XIII. Gasto sanitario, 2019

	% PIB	$ per cápita	% media OCDE
Estados Unidos	16,8%	11 072	262%
Alemania	11,7%	6 646	157%
Suíza	11,3%	7 732	183%
Francia	11,1%	5 358	127%
Japón	11,0%	4 823	114%
Suecia	10,9%	5 782	137%
Noruega	10,5%	6 647	157%
Media OCDE (37)		4 224	100%
España	9,1%	3 616	86%

Fuente: elaboración propia a partir de OEDC Health Statistics 2020, http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SHA

Pero, ni el FMI, ni la OCDE dedicaron alarmistas informes a los riesgos del gasto sanitario privatizado. Uno de los principales motores del interés por el envejecimiento es que mientras los sistemas de pensiones sean predominantemente de reparto, no producen suficiente valor para los capitales privados. Si todo el gasto en educación, sanidad y pensiones fuese público, casi un tercio del producto total europeo no aportaría un solo euro al volumen de dividendos.

Tabla XIV. Gasto educación, salud, pensiones, % PIB UE-27

2020	Billones euros	% PIB
PIB EU-27	13,5	
Gasto en educación	0,7	5%
Gasto en salud	1,5	11%
Gasto en pensiones	1,8	14%
TOTAL	4	30%

Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat, https://ec.europa.eu/eurostat/data/database

Resta la mayor parte de ese jugosísimo 30% del PIB por convertir en manantial de beneficios. Larry Fink, presidente de BlackRock, la mayor acumulación de activos bajo gestión y primer inversor en las bolsas de valores estadounidenses y española, lo reivindica entusiasta, añadiendo un nuevo objetivo en su afán de lucrarse de la sociedad en su totalidad, las infraestructuras,

> "En esta carta, he compartido mi opinión de que los mercados de capitales van a desempeñar un papel aún más importante en la economía global. Tendrán que hacerlo si el mundo quiere abordar los desafíos en torno a las infraestructuras, la deuda y la jubilación. Estos son los principales problemas económicos de mediados del siglo XXI. Vamos a necesitar el poder del capitalismo para resolverlos"[67].

Aumentar los recursos del sistema. Como hemos visto, las cotizaciones sociales cubren el 86% del gasto en prestaciones contributivas. Sería bueno abrir la mirada más allá del estrecho marco neoliberal en que nos quieren encajonar los expertos de las finanzas. Albino Prada sugiere un sistema mixto en el que se rebajarían las cotizaciones sociales sobre los salarios y se crearía una

[67] Fink, L.: *Larry Fink´s 2024 Annual Chairman´s Letter to Investors*, marzo 2024.

nueva cotización social sobre el valor añadido de las empresas[68] reduciendo la aportación total de los sectores intensivos en trabajo (metal, hostelería) e incrementando la de los sectores intensivos en capital (energía, finanzas) con un resultado global positivo. Ya en 2010 Harribey había propuesto ampliar la base de cotización al conjunto del valor agregado, especialmente de los dividendos, aunque manteniendo el salario como base reguladora de las prestaciones[69]. Se ha subrayado la especial importancia del empleo y los salarios sin olvidar la reducción del fraude, la mayor progresividad de la recaudación fiscal y la elevación de las cotizaciones[70]. Por último, deberían intensificarse y acelerarse las medidas implantadas en la reforma de 2023.

Crecimiento indefinido del PIB, ¿la solución o el problema? En el apartado 5 de este trabajo hemos aceptado las previsiones de la CE para argumentar que en las próximas décadas se podrá aumentar el porcentaje del PIB dedicado al gasto en pensiones al tiempo que se eleva el producto per cápita disponible para las personas menores de 65 años. Sin embargo, numerosos estudios alertan de que el crecimiento indefinido del PIB es insostenible en un planeta finito sin alterar gravemente los equilibrios que hacen posible una sociedad humana civilizada[71]. Pensar en serio en un sistema de pensiones para las generaciones futuras exige pensar la transición a un modelo económico que tenga en cuenta los límites físicos del planeta y oriente la propiedad, la inversión y la producción a la satisfacción de las necesidades de los seres humanos y no a la valoración ampliada del capital. Mientras no iniciamos ese camino es imprescindible garantizar el carácter público de los servicios y prestaciones esenciales que sin duda serán elementos fundamentales de esa nueva economía para la sociedad.

8. CONCLUSIONES

Las diferentes reformas del sistema público de pensiones han servido para limitar el crecimiento de las pensiones iniciales de jubilación, de manera que en algunos años han sido inferiores en valor absoluto a las de años anteriores y en otros lo han sido en valor real al aumentar menos que la inflación. Consideramos necesario corregir los aspectos regresivos de esas reformas y especialmente: 1) volver a los 65 años como edad ordinaria de jubilación en la perspectiva de posteriores reducciones, bien generales o con un mayor énfasis para los trabajos física y/o psíquicamente más exigentes, 2) reducir el número de años sobre los que se calcula la pensión inicial, y, 3) garantizar que ninguna persona pensionista perciba menos del SMI. Estas tres medidas reducirían rápidamente la importantísima brecha de género en las pensiones de jubilación. El MSDPP ha conseguido modificar radicalmente las previsiones de los AR sobre gasto en pensiones: de un futuro de pobreza generalizada a otro en que se prevé aumentar substancialmente el gasto en pensiones al hacerlo el porcentaje de población mayor de 65 años. La reacción de los defensores del capitalismo financiarizado ha sido criticar la derogación del IRP y del FS para reclamar su reinstauración y centrarse ahora en la evaluación prevista en la DA2ª del R.D.L.2/2023. En marzo de 2025 se desarrollará una batalla sobre su interpretación. El MSDPP, un nuevo actor en el debate, reclama que se establezca un objetivo de gasto y después que se arbitren medidas de ingresos que garanticen los recursos necesarios. Del resultado de ese debate

[68] Prada, A.: *Trabajo y Capital en el siglo XXI: Mutaciones, consecuencias, alternativas*, Universidade de Vigo, 2022, https://secretaria.uvigo.gal/uv/web/publicaciones/public/show/378, pp. 103-110.

[69] Harribey, J-M., "Retraites: remettre le travail et la répartition au coeur du débat", "Le Monde Diplomatique, París, junio 2010.

[70] De la Fuente, Lavín, M. y Errandonea Ulazia, E.: "Fuentes de financiación de seguridad social" en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta,G, Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I, Ed. Laborum, Murcia, pp. 375-395.

[71] Sobre la relación entre PIB y sostenibilidad, véase EUROPEAN ENVIRONMENTAL BUREAU: *Decoupling Debunked. Evidence and Arguments Against Green Growth as a Sole Strategy for Sustainability*, July 2019.
Para una caracterización de las fronteras ambientales, Vid. VV.AA: *Safe and Just Earth system boundaries*, Nature, May 2023.

depende que se impongan los deseos de creación de activos rentables para las entidades financieras o que se mantenga el sistema público de pensiones como un instrumento fundamental de protección social.

9. BIBLIOGRAFÍA

AIREF: *Documento técnico sobre el impacto de las reformas del sistema de pensiones entre 2021 y 2023*, Documento Técnico 2/23, 24/3/2023.

AIREF: *Opinión sobre la sostenibilidad de las administraciones públicas a largo plazo: la incidencia de la demografía*, Opinión 1/23, 24/3/2023.

Angus, I.: Blog *Climate&Capitalism,* 27/7/2024.

BANCO DE ESPAÑA: *Informe Anual 2023*, abril 2024.

Bandrés Moliné, E.: "El presupuesto de la Seguridad Social para 2023", *Cuadernos de Información Económica,* noviembre-diciembre 2022, págs. 31-37.

Braun, B., *Fueling Financialization: The Economic Consequences of Funded Pensions*, New Labor Forum 2022, Vol. 31 (I), 70-79.

Conde Ruiz, J.I. y Díaz Mendoza, M.: "Una Propuesta de Revalorización de las Pensiones más justa para los más Vulnerables y para los Jóvenes", *Apuntes Fedea*, octubre 2022, pp. 1-5.

Conde Ruiz, J.I.: ¿Qué será de mi pensión? Como hacer sostenible nuestro futuro como jubilados, Ediciones Península, Barcelona, 2014.

Conde-Ruiz, J.I y Conde Gasca, C.: *La juventud atracada. Cómo un electorado envejecido cercena el futuro de los jóvenes*, Ediciones Península, Madrid, 2023.

Cruzado, C. y Mollinedo, J.M.: *Los ricos no pagan IRPF*: *Claves para afrontar el debate fiscal,* Madrid, Dykinson, 2024.

De la Fuente, Lavín, M. y Errandonea Ulazia, E.: *Fuentes de financiación de seguridad social* en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I, Ed. Laborum, Murcia, 2017, pp. 375-395.

De La Fuente, M.: "El Pacto de Toledo y la política de pensiones: recorte del gasto, contributividad y financiación", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021, pp. 241-261.

De La Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A.: *Manual de Seguridad Social,* Aranzadi, Pamplona, 1979.

Devesa, J.E., Devesa Carpio, M., Encinas-Goenechea,B. y Meneu-Gaya,R.: *Saldo de la Seguridad Social y Fondo de Reserva,* ResearchGate, 2018.

DIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS MACROECONÓMICO, ECONOMIC POLICY COMMITTEE, *Ageing Working Group, Spain´s Country Fiche*, 2024 Ageing Report, December 2023.

Errandonea Ulazia, E.: "El nuevo índice de revalorización de pensiones contributivas introducido por la Ley 21/2021 y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* nº 32, 2022, pp. 65-82.

EUROPEAN COMMISSION: "The 2021 Ageing Report. Economic & Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070)", *Institutional Paper 148*, May 2021.

EUROPEAN COMMISSION*: Commission Staff Working Document, 2024 Country Report – Spain*, Brussels, 19.6.2024, SWD (2024) 609 final.

EUROPEAN COMMISSION: *Recommendation for a COUNCIL RECOMMENDATION on the economic, social, employment, structural and budgetary policies of Spain*, Brussels, 19.6.2024 COM (2024) 609 final.

EUROPEAN COMMISSION: *Report for the Commission. Report prepared in accordance with the Article 126 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, Spain´s Analysis*, Brussels, 19.6.2024.

EUROPEAN ENVIRONMENTAL BUREAU: *Decoupling Debunked. Evidence and Arguments Against Green Growth as a Sole Strategy for Sustainability*, July 2019.

EUROPEAN FISCAL BOARD: *Assessment of the fiscal stance appropriate for the euro area in 2025*, July 2024.

FEDEA: *Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI*, Estudios sobre la Economía Española 2023/31.

Fink, L: *Larry Fink´s 2024 Annual Chairman´s Letter to Investors*, Marzo 2024.

FUNDACIÓN INVERCO: *El impacto de la crisis económica y financiera en la inversión colectiva y en el ahorro-previsión*, Imprenta Modelo, Madrid 2010.

GROUP OF THIRTY: *Executive Summary. Fixing the Pension Crisis. Ensuring Lifetime Financial Security,* November 2019.

Guindo morales, S.: "La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, n.º 17, 2018, pp. 113-131.

Harribey, J-M., "*Retraites: remettre le travail et la répartition au coeur du débat*", "Le Monde Diplomatique, París, junio 2010.

Hernández de Cos, P.: *El sistema de pensiones en España: Una actualización tras el impacto de la pandemia*. *Contribución del Banco de España a los trabajos de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. 2 de septiembre de 2020*, Banco de España, Documentos Ocasionales Nº 2106, 2021.

McQuaig, L. y Brooks, N.: *El problema de los supermillonarios. Cómo se han apropiado del mundo los super-ricos y cómo podemos recuperarlo*, Capitán Swing, Madrid, 2014, capítulo 3.

MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Ageing Report 2021. Country fiche Spain,* 2021.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, *Proyecciones del gasto público en pensiones España*, Madrid, 2023.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, *Sistema de la Seguridad Social. Ejecución del Presupuesto 2023*.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: "Evolución de las altas de jubilación por edades", primer semestre 2024.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización"*, Revista de Derecho de la Seguridad Social,* nº 1, 2014, pp. 81-107.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº25, 2020, pp. 13-32.

Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª. N., Maldonado Molina, J.A. y González de Patto, R. Mª.: *Manual de Derecho de la Dependencia,* 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2014.

Muñoz-Julve, A. y Ramos, R.: *Estimaciones del impacto de variaciones en el período de cálculo de la base reguladora sobre la cuantía de las nuevas pensiones de jubilación,* Banco de España, Documentos Ocasionales, nº 2219, septiembre 2022.

Ochando Claramunt, C. y Salvador Cifre, C.: "Reformas paramétricas del Sistema Público de Pensiones Español (I): Efectos sobre la contributividad y la Equidad de la Ley 27/2011", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 5, 2015, pp. 255-276.

OECD (2024): *OECD Economic Outlook, Volume 2024 Issue 1*, No. 115, OECD Publishing, Paris.

OECD: *Pensions at a Glance 2023,* febrero 2024.

Palladino, L.: *Financialization at work: Shareholder primacy and stagnant wages in the United States*, Competition & Change, 25 (3-4), 382-400, July 2021.

Piketty, T.: *El Capital en el Siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2014.

Prada, A.: *Trabajo y Capital en el siglo XXI: Mutaciones, consecuencias, alternativas*, Universidad de Vigo, 2022.

Soubies, J. M. y Aguirre, J. M.: *Por un sistema público de pensiones. Ética, crítica y economía,* Navarra, Ed. Pamiela. 2019.

VV.AA.: *La reforma del sistema de pensiones en España*. Hercé, J. A. y Pérez-Díaz, V. (Dirs.), Servicio de Estudios La Caixa, 1995.

VV.AA.: *Safe and Just Earth system boundaries*, Nature, May 2023.

WORLD BANK: *Averting the Old Age Crise, Policies to Protect the Old and Promote Growth*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

Zucman, G.: *A blueprint for a coordinated minimum effective taxation standard for ultra-high-net-worth individuals*, https://www.taxobservatory.eu//www-site/uploads/2024/06/report-g20.pdf.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 61-91

La pensión por incapacidad permanente y el trabajo: nuevas controversias

Permanent disability pension and work: new disputes

Antonio Mª Puerto Barrio
Médico inspector.
Doctor (biomedicina) por la Universidad de Extremadura.
Graduado en derecho
https://orcid.org/0000-0003-0404-4644

Marta Tajadura Díez
Técnico Superior de la Seguridad Social.
Licenciada en derecho.
https://orcid.org/0009-0003-4822-760X

Sumario

1. LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU CARÁCTER SUSTITUTIVO DE LAS RENTAS SALARIALES
   1.1. Las prestaciones contributivas por incapacidad
   1.2. El procedimiento de calificación en la incapacidad permanente
2. LA PROFESIÓN COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO Y REFERENCIA ESENCIAL EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN GRADO DE TOTAL
   2.1. La determinación de la profesión habitual
   2.2. La incapacidad permanente y la extinción o el mantenimiento del contrato de trabajo
3. LAS SITUACIONES DE COMPATIBILIZACIÓN ENTRE PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE Y TRABAJO
   3.1. La compatibilidad entre pensión por IP y trabajo y su evolución desde el derecho positivo y la jurisprudencia
   3.2. Compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo: perspectiva actual
   3.3. El reintegro de prestaciones indebidamente percibidas en supuestos de compatibilidad entre pensión por y trabajo
4. CONCLUSIONES
5. ABREVIATURAS
6. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 14/8/2024
Fecha Revisión: 15/10/2024
Fecha Aceptación: 16/10/2024

Cita Sugerida: PUERTO BARRIO, A.M. y TAJADURA DÍEZ, M.: «La pensión por incapacidad permanente y el trabajo: nuevas controversias». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 61-91.

Resumen

El alcance que el conjunto de estas resoluciones judiciales tiene sobre nuestro vigente sistema de calificación de la incapacidad permanente va mucho más allá de lo que, en apariencia, pueden tener consideradas por separado. La decidida redefinición efectuada por el Tribunal Supremo de las bases de la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo, unida a la obligación que se impone a los empleadores de tratar de evitar la extinción de la relación laboral del trabajador afectado por una discapacidad mediante la implementación de los "ajustes razonables" que sean necesarios en cada caso concreto, conllevan la necesidad de incorporar este mecanismo de conservación del empleo al procedimiento de calificación de la incapacidad permanente. Y además, a los procedimientos de control de la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo, de forma que no podría causarse derecho a la prestación económica si en efecto este mecanismo de preservación del empleo no hace necesaria una prestación cuya finalidad última es la sustitución de rentas porque se mantiene el empleo (y el contrato de trabajo) y, una vez causado el derecho a la pensión, ésta debe ajustarse al régimen de incompatibilidades establecido para el desarrollo de una actividad laboral.

Palabras clave

ajustes razonables; contrato de trabajo; prestaciones de incapacidad permanente

Abstract

The scope that these judicial decisions as a whole have on our current system for classifying permanent disability goes far beyond the apparent scope of what can be considered separately. The decisive redefinition by the Supreme Court of the bases of compatibility between the permanent disability pension and work, together with the obligation imposed on employers to try to avoid the termination of the employment relationship of the worker affected by a disability by implementing the 'reasonable adjustments' that are necessary in each specific case, entail the need to incorporate this mechanism for maintaining employment into the procedure for the qualification of permanent disability. Furthermore, the procedures for controlling the compatibility between the permanent disability pension and work, so that entitlement to the financial benefit could not arise if in fact this mechanism for preserving employment does not make a benefit necessary, with the ultimate aim of replacing income because employment (and the employment contract) is maintained and, once entitlement to the pension has arisen, it must be adjusted to the system of incompatibilities established for the development of an employment activity.

Keywords

reasonable adjustments; employment contract; permanent disability benefits

1. LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU CARÁCTER SUSTITUTIVO DE LAS RENTAS SALARIALES

El carácter de las prestaciones económicas contributivas de la seguridad social en general y de las prestaciones por incapacidad en particular es, esencialmente, el de rentas de sustitución. Cuando el trabajador se ve impedido para afrontar su actividad laboral por consecuencia de la enfermedad y de su impacto funcional, pierde los ingresos provenientes de su trabajo, sean éstos en forma de salario en el caso de los trabajadores por cuenta ajena o de rendimientos del trabajo en el caso de los trabajadores por cuenta propia. Surge entonces la protección de las prestaciones por incapacidad, que suplen, mediante la correspondiente prestación económica, la renta perdida procedente del desempeño de un trabajo.

Esta protección trae su causa última en el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución Española (CE)[1], que dispone la existencia de un régimen público de Seguridad Social con la finalidad de garantizar prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad entre las cuales, sin duda, se encuentra la enfermedad y sus consecuencias sobre la pérdida de la capacidad para obtener rentas del trabajo.

El carácter sustitutivo de las rentas salariales que tienen estas prestaciones por incapacidad para el trabajo se encuentra avalado por una sólida y consolidada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pudiéndose citar, entre muchas, STS 1207/2005, de veintiocho de febrero, (ECLI:ES:TS:2005:1207): "la prestación que por ella se lucra tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajo a las que el inválido no puede acceder, como consecuencia de las limitaciones funcionales derivadas de sus dolencias"[2].

1.1. Las prestaciones contributivas por incapacidad

El sistema de protección frente a la incapacidad para el trabajo prevé:

a) Una prestación, la incapacidad temporal (IT), limitada en cuanto su duración, con una duración máxima de 545 días, para aquellos casos que podrán recuperarse bajo tratamiento médico, y cuyo régimen jurídico se define en los arts. 169 y ss. de la vigente Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS – 2015)[3].

b) En aquellos supuestos en los que la pérdida funcional debida a la enfermedad se presume definitiva (o también cuando se considere médicamente como incierta o a largo plazo), la IT no responde a las necesidades concretas de esta situación, estableciéndose para proteger estos casos un marco específico y diferenciado; el de la denominada incapacidad permanente (IP), cuyos términos generales se describen en el art. 193 del TRLGSS – 2015.

[1] Constitución Española. BOE núm. 311, de 29/12/1978.

[2] Además, este carácter de rentas de sustitución ha sido reiteradamente utilizado por nuestro Tribunal Supremo a la hora de establecer la "ratio decidendi" sobre supuestos de incompatibilidad entre prestaciones que tienen la misma finalidad sustitutiva. Y así, encontramos en STS 9393/2000 de diecinueve de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9393); STS 4222/2001 de veintidós de mayo (ECLI:ES:TS:2001:4222); STS 5911/2001 de nueve de julio (ECLI:ES:TS:2001:5911) o en STS 3244/2010 de doce de mayo (ECLI:ES:TS:2010:3244). Una argumentación fundamentada en que, en nuestro ordenamiento, la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida.

[3] Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. BOE núm. 261, de 31/10/2015.

En contraste con la IT, prevista como se ha dicho para procesos de incapacidad que se prevén limitados en el tiempo y en relación con la cual no se establecen grados ni tipos más allá de la consideración que merece la contingencia de la que deriva el proceso, nuestro sistema de protección prevé distintos grados de IP en función de la gravedad de la afectación que presente cada persona. Esta graduación, que el legislador no ha considerado necesaria para procesos de corta duración protegidos por la IT, sí tiene una importancia esencial en el ámbito de procesos de incapacidad que se prevén irreversibles (o sólo reversibles a largo plazo), en los que es preciso que el sistema proporcione una protección con vocación de permanencia, pero adaptada a las particulares circunstancias de cada caso. La previsión de una incapacidad graduada y adaptada a cada caso particular es coherente con la realidad médica de que no todas las alteraciones de la salud producen una misma afectación funcional; ni siquiera la misma enfermedad se manifiesta de la misma forma en distintas personas. Se establece así un sistema de graduación de la pérdida de la capacidad funcional del trabajador, sistema que ya estaba presente en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social[4], y con arreglo al cual se definen una serie de grados de incapacidad permanente[5]:

a) Incapacidad permanente parcial (IPP) 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.

b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual (IPT): 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.

c) Incapacidad permanente absoluta (IPA) para todo trabajo: la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

d) Gran invalidez (GI): situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Según puede concluirse a partir de esta descripción, el sistema de grados de incapacidad permanente constituye una escala en la que una IPP traduce una menor afectación funcional que una IPT, en relación ambas con la profesión habitual. Y la IPA implicaría una discapacidad de tal intensidad que no sólo afectaría a la capacidad de llevar a cabo la profesión habitual, sino que alcanzaría al conjunto de actividades laborales que pudieran encontrarse en el mercado laboral.

La intensidad de las prestaciones económicas asociadas a los distintos grados de IP está directamente relacionada con la intensidad de la discapacidad que traducen, de forma que cuanto

[4] Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1963.

[5] Monereo JL, Rodríguez Iniesta G. La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (A casi 20 años de la reforma anunciada en 1997).Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum 2016; 8: 13- 33. Exponen los autores una serie de reflexiones sobre la necesidad de reordenar el régimen jurídico de la incapacidad permanente, aludiendo entre otras cuestiones a que, a la vista de una reforma del sistema de calificación anunciada ya en 1997 y "non nata" hasta el momento, no parece que el legislador tenga un modelo definido para la prestación, manteniéndose un modelo basado en grados de incapacidad permanente configurado en la década de los 60 del pasado siglo. Proponen los autores la necesidad de reordenar las situaciones protegidas y los grados de IP, poniendo de relieve, entre otros aspectos, la frontera, de difícil delimitación, entre algunos grados de IP.
Los autores identifican dificultades, bajo el modelo actualmente vigente para la calificación inicial de la incapacidad permanente y, además, a la hora de determinar si el incapacitado permanente puede trabajar mientras disfruta de las prestaciones

menor es la discapacidad del trabajador (en relación con su profesión habitual), menos intensa es la protección que dispensa el sistema. Esta consideración responde a la lógica de las prestaciones sustitutorias del salario: cuanto menor es la disminución de la capacidad funcional laboral, menos protección precisa el trabajador[6].

Son estos grados de IP los que, conforme a las definiciones expuestas, permanecen vigentes en nuestros días, ya que, aunque el art. 194 del vigente TRLGSS – 2015[7] defiera la redefinición de los grados de IP a un desarrollo reglamentario (que establecerá unos porcentajes de reducción de la capacidad laboral), lo cierto es que, a fecha de hoy, no se ha dictado aún este reglamento. Previsto este nuevo sistema de calificación ya en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social[8], hace ya por tanto más de un cuarto de siglo, podríamos sin duda afirmar sobre él que ni está ni se le espera, manteniéndose "sine die" el sistema de calificación descrito, que es el recogido en la disposición transitoria, la vigésima sexta del TRLGSS – 2015.

Mención aparte requeriría la GI, ya que, aunque parece configurarse como un grado autónomo en el que la discapacidad afecta incluso a la capacidad de desenvolverse en actos tan poco exigentes desde el punto de vista funcional como los esenciales para la vida, en realidad se trata de una situación que puede producirse sobreañadida a un grado de incapacidad de los antedichos[9]. La calificación de

[6] El art. 196 del TRLGSS – 2015 en conjunción con las disposiciones del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 28/06/1972) y del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE núm. 312, de 30/12/1966) establece la intensidad de la protección que se asocia a cada grado de incapacidad permanente:

1. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial consistirá en una cantidad a tanto alzado equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación económica por incapacidad laboral transitoria de la que se deriva la incapacidad permanente.
2. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia consistente en el 55% de la base reguladora, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.
3. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta consistirá en una pensión vitalicia calculada aplicando el 100% a la base reguladora.
4. Si el trabajador fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda.

[7] El art. 194 del TRLGSS – 2015 modifica la denominación de los grados suprimiendo las referencias a la profesión habitual en consonancia con la intención de abandonar las referencias a ésta para remitir, en su lugar, al más amplio concepto de grupo profesional.

[8] Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. BOE núm. 169, de 16 de julio de 1997.

[9] La GI, al contrario que la IPP, la IPT o la IPA, no tiene relación con la capacidad de desarrollar una actividad laboral. Está exenta del carácter profesional que se predica de la incapacidad permanente en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de su enumeración, como un grado más de incapacidad permanente en el art. 194 del TRLGSS – 2015 (y en el régimen de la DT vigésima sexta), lo cierto es que la GI habría de considerarse como una situación asociada a un grado de IP, como se desprende del tenor literal de su definición ("situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos"). Esta redacción actual proviene de la modificación del TRLGSS – 1974 por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (BOE núm. 103, de 30 de abril), que disponía en su Disposición Final quinta la modificación del artículo ciento treinta y cinco del texto refundido de la Ley de Seguridad Social por el que se exigía para la declaración de gran invalidez estar afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo; la gran invalidez no implica por tanto, necesariamente, la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo.
Hasta esta modificación, la GI era efectivamente un grado más y se situaba inmediatamente por encima de la IPA, ya que se definía la GI como la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por

una GI requiere, por tanto, un grado previo de IP, que daría lugar a la correspondiente prestación económica en forma de pensión. Sobre la cuantía de esta pensión, el gran inválido ha de percibir además el complemento regulado en el art. 196.4 del TRLGSS – 2015[10].

A efectos de valorar la capacidad residual de un trabajador afectado por un determinado proceso patológico, es necesario tener en cuenta que no basta con la mera posibilidad de realizar el trabajo, sino que el trabajador ha de poder efectuar éste con un mínimo de profesionalidad, rendimiento, eficacia, y de modo continuo, durante la jornada laboral. Así lo tiene declarado la jurisprudencia asentada, entre otras, en STS 1637/1990, de veintitrés de febrero (ECLI:ES:TS:1990:1637), STS 16403/1988, de veintidós de noviembre (ECLI:ES:TS:1988:16403) o en TS 12564/1988, de veintiuno de marzo (ECLI:ES:TS:1988:12564). Esta jurisprudencia sostiene que, incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, el trabajador ha de ofrecer unos rendimientos socialmente aceptables. Y de ahí habría que colegir que, cuando la condición patológica del trabajador impide proporcionar estos rendimientos, estaríamos ante la situación de incapacidad.

A *contrario sensu*, habríamos necesariamente de concluir que si esa capacidad residual, a pesar del proceso patológico que sufre, le permite continuar desempeñado su profesión habitual, no estaríamos ante una situación de IPT para esa profesión. Resulta evidente pues que la calificación de una IPT trasciende la mera determinación del alcance funcional de una condición patológica, precisando definir, además, el concepto de "profesión habitual"[11].

1.2. El procedimiento de calificación en la incapacidad permanente

La incapacidad vendría definida, en consonancia con lo expuesto, por la pérdida de la aptitud psicofísica necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad. Se requiere pues, para considerar que el trabajador puede llevar a cabo una actividad laboral con carácter de *rentabilidad económica*, y acudiendo a las consideraciones de la jurisprudencia, que la situación del trabajador le permita llevar a cabo tareas con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de

consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 136.6 TRLGSS – 1974).
Sin embargo, con la redacción actualmente vigente, calificada una IP, habría que preguntarse si precisa el trabajador esa asistencia de otra persona para, en caso negativo, calificar el grado que corresponda y, en caso afirmativo, calificar la GI asociada a ese grado. Se presenta así la GI como una situación que "corre en paralelo" a la de IP. Un ejemplo muy gráfico de cómo se comporta esta situación asociada de GI la encontramos en STS 4006/2016, de diecinueve de julio (ECLI:ES:TS:2016:4006), en la que la Sala argumenta que procede la calificación de una IPA ante el agravamiento que experimenta un trabajador de la ONCE tras su afiliación a la seguridad social. Ya el estado previo a la afiliación era grave desde el punto de vista funcional, pero el agravamiento producido con posterioridad a la afiliación permitía la calificación de una IPA. En cuanto a la GI, la Sala razona que ya antes de la afiliación el trabajador precisaba la asistencia de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida, por lo que, a efectos de esta asistencia, no se habría verificado agravamiento posterior a la afiliación. Este análisis por parte del TS apoya el planteamiento de esa calificación "paralela" de la situación de GI en lugar de su consideración como un grado más de IP.

[10] El hecho que la GI, según el tenor literal del art. 196.4 del TRLGSS – 2015, determine el derecho a la percepción de una pensión vitalicia, supone que no cabría un complemento por GI en el caso de una IP en grado de parcial, ya que este grado no da derecho a pensión, sino a cuantía a tanto alzado.

[11] Lo cierto es que la redacción del actual art. 194 del TRLGSS – 2015 introduce además el concepto de "grupo profesional", pero dado que este artículo no entrará en vigor hasta que no se publique un reglamento que a estas alturas, como se ha dicho, ya nadie espera, resulta más útil para la finalidad de nuestra reflexión ceñirnos a la norma vigente, la disposición transitoria vigésimo sexta del TRLGSS – 2015, que mantiene la profesión habitual como canon de referencia al que enfrentar la capacidad funcional residual del trabajador.

continuidad, eficacia y rendimiento y con la posibilidad de un ejercicio razonable continuado y no esporádico o intermitente de sus labores[12].

Es en este planteamiento legal y delimitado por la Jurisprudencia en el que debe encuadrarse la situación funcional del trabajador, que inevitablemente debe ser examinada desde los requerimientos de una "actividad laboral que pueda considerarse económicamente rentable". Como ya comentamos, la trascendencia de la discapacidad desde el punto de vista de su incidencia en el desempeño de la actividad ("limitación en la participación") viene matizada por la presencia de factores contextuales, de manera que podría atemperarse el impacto funcional de una discapacidad actuando sobre tales factores contextuales, en línea todo ello con las formulaciones de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF)[13] al respecto. Desde el punto de vista de la discapacidad laboral, ésta ha de ser evaluada desde la interacción del trabajador que la presenta y su medio laboral[14]. No obstante, esta aproximación teórica, desde la consideración jurisprudencial de la definición de incapacidad para el trabajo, debe ser matizada, de forma que, siendo exigible que se lleven a efecto todas las previsiones aplicables al caso (aquellas que sean *razonables* desde el punto de vista de su *exigibilidad al empresario*) en materia de prevención de riesgos de trabajo y adaptación del puesto que se deriven de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales (y que resultan ser la actuación sobre factores contextuales en el ámbito de la actividad laboral), serán la aptitud psicofísica residual del trabajador y el *parámetro de rentabilidad del trabajo* en el marco de los requerimientos de la profesión del trabajador los que determinen si, una vez aplicadas tales medidas de adaptación del puesto de trabajo, existe o no una incapacidad laboral en los términos en los que ésta está legalmente definida y jurisprudencialmente conceptualizada. De esta forma, ante una situación médica que requiera, para permitir la reincorporación laboral, una especial adaptación del puesto de trabajo por las eventuales empresas en las que el trabajador pudiera desempeñar su actividad, podría llegarse a la consideración de que existe una incapacidad permanente cuando esta especial adaptación, por su intensidad, fuera tal que resultara "inexigible" al empresario. Inexigibilidad que, por otra parte, había de entenderse en el marco de lo que puede considerarse rentabilidad dadas las circunstancias del mercado laboral, como venía a concluirse ya veinte años atrás en STSJ CANT 1020/2004 de ocho de junio; Fundamento Jurídico segundo). A "*contrario sensu"*, si esta adaptación de las funciones a desarrollar en el ámbito laboral se considerara como "exigible", estaríamos ante una situación en la que no podría calificarse una IPT ni, por supuesto, una IPA ni una GI.

Sobre la exigibilidad de los denominados "ajustes razonables" se pronunció también el Tribunal de Justicia Unión Europea (TJUE) mediante STJUE de 10 de febrero 2022 (ECLI:EU:C:2022:85) al interpretar el alcance del 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

[12] La aptitud para una actividad laboral por cuenta ajena no puede definirse por la mera posibilidad de un ejercicio esporádico de determinadas tareas, sino por la de llevarlas a cabo con la necesaria profesionalidad y conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que todo trabajo de estas características comporta; son múltiples las sentencias que recogen este argumento, que sin mucho esfuerzo, puede también trasladarse al trabajo por cuenta propia, que si bien con sus peculiaridades en cuanto a la capacidad de organización que comporta este tipo de trabajo, no cabe duda que debe proporcionar unos rendimientos mínimos al trabajador que lo ejerce para que pueda considerarse como una actividad laboral "rentable". Actividad que, si se ve limitada por la discapacidad, no cabe duda que ha de conducir a la calificación de una incapacidad permanente si se verifican el resto de exigencias para ello.

[13] Fernández-López JA, Fernández-Fidalgo MA, Reed G, Stucki G, Cieza A. Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento (CIF). Revista española de salud pública 2009; 83:775-783.

[14] Marfeo EE, Haley SM, Jette AM, Eisen SV, Ni P, Bogusz K, Meterko M, McDonough CM, Chan L, Brandt DE, Rasch EK. Conceptual foundation for measures of physical function and behavioral health function for Social Security work disability evaluation. Arch Phys Med Rehabil. 2013; 94(9):1645-1652.

ocupación[15], de forma que la denegación de ajustes razonables, y por lo tanto exigibles al empleador, constituye una discriminación por motivos de discapacidad.

La calificación de la incapacidad permanente debe pues hacerse teniendo en cuenta las posibilidades del trabajador de mantener su profesión habitual, aunque para ello sea preciso efectuar una redefinición de las funciones del trabajador en el marco de los denominados "ajustes razonables" y, desde luego, siempre que la adaptación realizada permita concluir que se continúa desarrollando la misma profesión que se considera como habitual y, por tanto, la que ha de tomarse en a la hora de valorar la capacidad funcional del trabajador. De esta manera, si la capacidad residual del trabajador permitiese llevar a cabo la profesión habitual aun a costa de la implementación de los ajustes razonables necesarios, no cabría, en ningún caso, la calificación de una IP en grado de total o superior. A la hora de determinar si procede o no la calificación de una incapacidad permanente no debe perderse de vista la interpretación teleológica de la norma, la finalidad de la misma, que no es otra que proporcionar al trabajador con discapacidad un medio de sustitución de rentas. Así, la inexistencia de una pérdida de rentabilidad económica en el ejercicio de la profesión habitual debería conducir necesariamente a negar la existencia del derecho a la prestación por IPT dado que, bajo esta premisa, no habría rentas que sustituir.

2. LA PROFESIÓN COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO Y REFERENCIA ESENCIAL EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN GRADO DE TOTAL

La IPT en nuestro sistema de seguridad social es de carácter eminentemente profesional; se califica para una concreta profesión. Así se ha pronunciado de forma reiterada nuestro Tribunal Supremo: STS 9395/2002, de veintiocho de enero (ECLI:ES:TS:2002:9395); STS 7696/2004, de veintiséis de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7696) o STS 2402/2005, de diecinueve de abril (ECLI:ES:TS:2005:2402). Esta concepción "eminentemente profesional" tiene una doble consecuencia en cuanto a la definición de la IP; una en sentido negativo (aquella profesión que, por causa de un deterioro de la salud, el trabajador no va a poder ejercer), y la otra en un sentido positivo (a pesar de esa alteración de la salud, mantiene capacidad funcional para poder acometer otras profesiones). Estas consecuencias delimitan la interpretación jurisprudencial del concepto de IPT, de forma que se calificaría este grado de IP ante la imposibilidad del trabajador para llevar a cabo las tareas fundamentales que exige el desarrollo de la profesión concreta que realizaba, al mismo tiempo que asume que subsiste en el trabajador capacidad laboral suficiente como para afrontar, con criterios de rentabilidad, otra actividad laboral con distinto contenido al que tenía cuando le fue calificada la incapacidad permanente en grado de total.

2.1. La determinación de la profesión habitual

En el momento de determinar cuál ha de considerarse que es la profesión habitual, la disposición transitoria 26ª del TRLGSS – 2015, que recoge el vigente sistema de calificación de la incapacidad permanente, señala que se entenderá por profesión habitual en el caso de accidente, sea éste de trabajo o no laboral, la profesión habitual será la desempeñada en el momento de producirse éste.

Para el caso de enfermedad, común o profesional, el TRLGSS – 2015 establece que la profesión habitual será aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine. Se debe acudir a la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo

[15] 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. DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (OIN)[16], como norma que cierra la referencia al desarrollo reglamentario legalmente previsto sobre el particular, para acabar de delimitar el precepto legal, de forma que, en aplicación literal de lo dispuesto en su art. 11.2, la profesión habitual en caso de enfermedad común o profesional sería aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

No obstante, esta disposición reglamentaria ha de ser matizada por su interpretación jurisprudencial en el caso de las enfermedades profesionales, de carácter insidioso, que precisan de largos períodos de tiempo para manifestarse desde la exposición a su agente causal (como es el caso de la silicosis o de la asbestosis), la profesión que ha de servir de parámetro para la declaración de invalidez es aquella que se ejercía cuando se produjo el hecho determinante de la patología incapacitante (la exposición al agenta causante de la enfermedad). Así se señala expresamente en STS 874/2007, de dieciocho de enero (ECLI:ES:TS:2007:874), que analiza pronunciamientos previos sobre la cuestión. Esta jurisprudencia sería aplicable, incluso mucho tiempo después de haber abandonado la actividad laboral causante de tal enfermedad, para el caso de enfermedades profesionales en las que el agente está claramente relacionado con el medio laboral, pero muy dudosamente en el caso de otras enfermedades profesionales en las que el agente causante podría estar también en el medio extralaboral[17].

La profesión habitual ha de entenderse, por tanto, como uno de los elementos que definen la relación entre empleador y empleado, determinando el contenido de la prestación laboral que ha de desarrollar en empleado para obtener, como contraprestación, la retribución en forma de salario. Será el poder de dirección del empleador el que, dentro de los límites derivados del contrato de trabajo, del convenio colectivo y de las disposiciones normativas de carácter general, pueda, dentro del conjunto de funciones para cuya realización se ha contratado al trabajador, determinar el contenido concreto del trabajo a desarrollar en cada momento.

Ahora bien; una vez que hemos puesto el nombre a la "profesión habitual", será preciso delimitar su contenido, sus límites, y para ello ha sido necesaria una interpretación jurisprudencial que los fije. Una muy interesante exposición de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, con cita de las numerosas resoluciones previas que la vertebran, se encuentra en la STS 5235/2023, de veintidós de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5235), destacando por su relevancia para nuestros fines determinados aspectos que resulta conveniente recoger aquí:

a) La delimitación de la profesión habitual no debe identificarse con el puesto de trabajo o la categoría profesional[18], sino con aquellos cometidos que el trabajador está cualificado

[16] Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. BOE núm. 110, de 08/05/1969.

[17] Pongamos por caso neuropatías compresivas o enfermedades infecciosas que cursan de forma larvada durante años (como puede ser el caso de la hepatitis crónica por virus C). En el caso en que se desarrollasen estas enfermedades años después de haber abandonado la actividad laboral en el seno de la cual son consideradas enfermedades profesionales, podría ser difícil sostener la causalidad trabajo – enfermedad. En el caso de una asbestosis o de una silicosis, por el contrario, el antecedente laboral y lo extraño de estas exposiciones fuera de ese medio podrían facilitar su consideración como enfermedad profesional, aunque el contacto profesional se produjese muchos años atrás.

[18] En este sentido, véase además STS 9395/2002, de veintiocho de enero (ECLI:ES:TS:2002:9395), STS 2402/2005, de diecinueve de abril (ECLI:ES:TS:2005:2402) y STS 586/2007, de doce de enero (ECLI:ES:TS:2007:586). Dictadas las tres resoluciones bajo la vigencia de la redacción original del art. 141 del TRLGSS – 1994, podemos concluir una serie de afirmaciones que contribuyen a delimitar el alcance de la resolución de IPT calificada en relación con una determinada profesión bajo esa redacción legal, resultando esclarecedoras estas conclusiones para realizar una comparación con los efectos de que tuvo la modificación del precitado artículo ex Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre

para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle haciendo uso de la movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional.

b) Para para determinar las limitaciones que en la capacidad de trabajo originan las secuelas que presenta el afectado hay que tener en cuenta la totalidad de funciones de su profesión habitual y no únicamente las funciones que desempeñaba en el momento de sufrir el accidente.

c) El ámbito de la profesión habitual que hay que considerar para establecer la valoración de la incapacidad en el proceso de revisión de grado no puede ser la segunda actividad a la que se accede tras el reconocimiento de la IPT, sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad.

Bajo estas consideraciones es posible poner un nombre a la profesión habitual; no cabe duda de ello. Ahora bien; el problema esencial no está tanto en la denominación de la que se considera profesión habitual, sino en su contenido funcional. El concepto acuñado por la jurisprudencia que hemos descrito constituye sin duda una base para la delimitación de este contenido, si bien habremos de tener en cuenta otros instrumentos para poder concretar el mismo. Así, la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO) y el profesiograma pueden aportar información relevante sobre las funciones y tareas propias de la profesión habitual del trabajador y las aptitudes y capacidades que resultan exigibles[19]. Determinar el contenido funcional de cada profesión no siempre es sencillo, y menos aun considerando los límites de la movilidad funcional que, en ocasiones, pueden ser muy amplios. Es en este punto en el que resulta útil disponer de instrumentos que, aunque sea con carácter orientativo, permiten definir un contenido funcional para las distintas profesiones, como es el caso de la Guía de valoración profesional, que a partir de la precitada CNO recoge, entre otros datos de interés, una descripción de las funciones y tareas asignadas a cada ocupación, así como las aptitudes y facultades psicofísicas que debe poseer un trabajador para desarrollarla[20].

actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE núm. 184, de 2 de agosto). Así, debemos sostener que:

a) Calificada una incapacidad para una concreta profesión, no cabe extender en sus efectos jurídicos a otras.
b) El legislador, pudiendo haber estimado que la declaración de IPT era incompatible con el desempeño de determinados trabajos, optó sin embargo por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente al desempeño de un trabajo distinto.
c) Tratándose de profesiones distintas, aunque las secuelas inhabilitantes que fueron tomas en cuenta a la hora de calificar una IPT para una determinada profesión puedan resultar también inhabilitantes para la nueva profesión que se compatibiliza con la prestación por IPT, no estaríamos ante un supuesto de incompatibilidad pensión – nueva profesión, sino ante un supuesto en el que el trabajador tiene una afectación tal que permitiría que empresario y trabajador acordasen una merma en la retribución "habitual" al amparo de lo previsto en la OIN, si bien ha de partirse de que esa merma en la retribución es una posibilidad y nunca una exigencia para poder compatibilizar, en el caso descrito, pensión y salario.

[19] Álvarez Moreno A. Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual: situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión. Medicina y Seguridad del Trabajo 2016; 62: 69-76.
Recoge la autora el problema que constituye la indeterminación legal de los parámetros que configuran el reconocimiento de una situación de incapacidad, concluyendo la necesidad de delimitar el concepto de profesión habitual.

[20] Carbajo Sotillos MD (coord.). *Guía de valoración profesional 3ª edición*. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid, 2014.
Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES
Accedido 29/06/2024.

2.2. La incapacidad permanente y la extinción o el mantenimiento del contrato de trabajo

A partir de este concepto de profesión habitual, y partiendo del carácter profesional que tiene la configuración de la IP en nuestro ordenamiento jurídico, la situación funcional del trabajador afectado por una discapacidad podrá permitir o no el desarrollo de esa profesión. Se plantea pues el debate en términos meramente dicotómicos, porque si a pesar de la discapacidad el trabajador puede seguir ejerciendo esa profesión, la existencia de una discapacidad que afectase al rendimiento pero que permitiese mantener la actividad con una adecuada rentabilidad sería a lo sumo subsidiaria de una IPP, pero nunca de una IPT.

Si la conclusión es la contraria, si la situación funcional no permite mantener la situación laboral con criterios de rentabilidad por causa de la discapacidad del trabajador, el contrato de trabajo se habrá de ver necesariamente afectado, ya que éste establece, para el trabajador, la obligación de aportar una prestación laboral con un determinado contenido; el propio de la profesión que ahora no puede desarrollar por la aparición de las consecuencias funcionales de la enfermedad. Si efectuamos una aproximación a la situación desde la perspectiva del derecho de contratos, el trabajador se verá imposibilitado para responder de las obligaciones contraídas a través del contrato de trabajo porque esa prestación deviene imposible[21], viéndose afectado también el contenido obligacional del empleador, ya que el carácter sinalagmático del contrato de trabajo implica que la obligación que asume una parte está directamente relacionada con la que asume la otra. Bajo estas consideraciones, el contrato se vería pues abocado, necesariamente, a:

a) Su extinción, ya que trabajador se verá impedido, por una causa ajena a su voluntad cual es la discapacidad que emerge, a cumplir con las exigencias del contrato en cuanto a la calidad e intensidad de la prestación laboral a la que se obliga.

b) Su novación, moderando la exigencia que del contrato nace hacia el trabajador en forma de realización de la actividad contratada con los necesarios criterios de eficacia y, por

[21] Legerén-Molina A. *La equiparación de la "dificultad extraordinaria" de cumplimiento a la imposibilidad sobrevenida de la prestación*. Análisis crítico. Anuario de Derecho Civil 2023 Tomo LXXVI, fascículo III, julio-septiembre 2023): 1085 - 1150.
El derecho romano reconocía la inexistencia de obligación sobre prestaciones imposibles: "*impossibilium nulla obligatio est*", "*ad impossibilia nemo tenetur*". Estos principios son aplicables, desde luego, a la imposibilidad sobrevenida y a las obligaciones de hacer o de no hacer.
Debemos acudir también al art.1184 del Código Civil, que establece que quedará liberado el deudor de sus obligaciones de hacer cuando la prestación resulte legal o físicamente imposible. Estamos aquí ante la imposibilidad sobrevenida de ejecutar una prestación personal cual es la realización de un trabajo. Se trata, en realidad, de una particularización de la cláusula general "*pacta sunt servanda, rebus sic stantibus*". El contrato de trabajo se pactó reuniendo el trabajador la capacidad funcional para asumir su prestación, siendo una circunstancia sobrevenida, la alteración de la salud, la que le impide responder de su obligación por una causa que, ciertamente, no le es imputable. Siendo uno de los elementos definitorios del contrato de trabajo su carácter personalísimo, "*intuitu personae*", [STS 6861/1986, de nueve de diciembre (ECLI:ES:TS:1986:6861); STS 3064/1987, de cuatro de mayo (ECLI:ES:TS:1987:3064); STS 3854/1988, de veintitrés de mayo (ECLI:ES:TS:1988:3854) o más recientemente, STS 3087/2023, de cinco de julio (ECLI:ES:TS:2023:3087) entre muchas], no resulta posible desplazar la obligación del trabajador a un tercero, por lo que la situación no deja más opciones que considerar que la prestación a la que se obliga el trabajador afectado por una IPT o una IPA, deviene imposible.
Si bien el contrato laboral es un género muy específico de la especie de los contratos, lo cierto es que los principios generales de la teoría de contratos pueden ayudar a contextualizar algunas vicisitudes del contrato de trabajo, como es el caso que estamos tratando. La imposibilidad del trabajador de responder a las exigencias del contrato comporta un desequilibrio contractual entre las partes, ya que el empleador deja de percibir el rendimiento económico que pretendía al suscribir el contrato. Cierto es que, todo ello, sobrevenido y por causa no imputable al trabajador. Y no menos cierto que bajo una regulación, la laboral, que modera el desequilibrio existente entre las posiciones de empleado y empleador, muy distante a la posición de igualdad en que se sitúan las partes contratantes en el ámbito de las relaciones contractuales sujetas al Derecho Civil.

tanto, adaptando las condiciones de la prestación laboral a las particulares condiciones del trabajador ahora afectado por una discapacidad[22].

Aunque el art. 49. 1 e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)[23] establezca que es la gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador la que determina la extinción del contrato de trabajo, lo cierto es que, más que la calificación administrativa de estas situaciones, lo que parece ser la causa de la extinción del contrato de trabajo que recoge este artículo es la discapacidad que la calificación administrativa evalúa en una intensidad tal que no resulta compatible con el mantenimiento del contrato de trabajo[24]. Se trata, por tanto, de la extinción de una relación contractual ante la imposibilidad de que una de las partes cumpla con las obligaciones derivadas del contrato. La calificación administrativa lo que hace es constatar jurídicamente esa imposibilidad, pero de ninguna manera la crea; la imposibilidad de asumir las tareas laborales es preexistente a la calificación de la IP.

La calificación de una IP es, efectivamente, un acto jurídico que a este respecto tiene un mero carácter declarativo sobre la existencia de una incapacidad, y, por tanto, de la imposibilidad del trabajador para cumplir con las exigencias contractuales. Este planteamiento parece más lógico que el atribuir los efectos extintivos a la calificación de una situación que, por otra parte, tiene lugar en el seno de la relación jurídica entre trabajador y seguridad social a la que es ajena a la empresa[25].

Ahora bien; a pesar de lo dicho sobre los efectos de la imposibilidad de cumplir la prestación laboral por parte del trabajador, lo cierto es que el derecho laboral nació para atemperar la rigurosidad

[22] Selma Penalva A. *Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual*. Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, 2016; 7:51-74.
Señala la autora que la IPT no siempre ha de determinar automáticamente la extinción del contrato de trabajo, pues cabe admitir que, en virtud de la negociación colectiva o acuerdo individual con el trabajador afectado, la empresa asuma un compromiso de reclasificación profesional. Se produciría así una novación del objeto del contrato de trabajo, de forma que el trabajador pasaría a desempeñar otro puesto en el que pueda desarrollar funciones acordes con la capacidad laboral residual que conserve.

[23] Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE núm. 255, de 24/10/2015).

[24] Atendiendo a la redacción literal del art. 49. 1 e) del TRLET, el contrato de trabajo se extinguirá por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del ET. La ubicación de la incapacidad permanente, junto a un fenómeno biológico como es la muerte, ayuda a contextualizar el sentido de las referencias a las situaciones de incapacidad permanente más en su sentido funcional (biológico) que en el jurídico.
La comparación de la redacción de este artículo con la del art. 48.2 del TRLET, relativo a la suspensión del contrato de trabajo cuando se estima la posibilidad de revisión por mejoría en plazo inferior a dos años, parece reforzar la existencia de una diferencia sustancial a la hora de considerar el antecedente fáctico que determina la consecuencia jurídica establecida por cada artículo, ya que, en el caso de la suspensión del contrato en este supuesto, es la declaración de incapacidad permanente (un acto administrativo, por tanto) en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez la que suspende el contrato de trabajo.
Encontramos pues que la propia redacción de la norma diferencia entre una extinción del contrato, que se produce por el acaecimiento de un fenómeno biológico, y una suspensión, que deriva de una declaración (acto administrativo) de incapacidad permanente en grados de total, absoluta o de gran invalidez.

[25] La consideración de interesado que el ordenamiento jurídico puede atribuir en ciertas ocasiones al empleador queda limitada a supuestos en los que la empresa pueda resultar responsable, en todo o en parte, de las prestaciones de seguridad social, circunstancia que se plantea en la contingencia profesional. Pero esta circunstancia no le otorga a la empresa más allá que una condición de interesado muy limitada (sólo puede actuar en el sentido de disminuir el "*quantum*" de su responsabilidad.
La ajenidad de la empresa a la relación que mantiene el trabajador con la seguridad social es cuestión pacífica que queda establecida ya en STC 207/1989, de 14 de diciembre (ES:TC:1989:207) o en STS 7838/1992, de veinte de octubre (ECLI:ES:TS:1992:7838).

del derecho civil sobre la parte más débil de la relación: el trabajador[26]. Es por ello que, si bien los principios generales del derecho de obligaciones estarán presentes en la relación contractual de trabajo, éstos habrán de ser matizados desde la función tuitiva del derecho laboral. Así, por ejemplo, el art. 3.1 del TRLET establece con claridad que la voluntad de las partes, articulada a través del contrato de trabajo, no podrá amparar condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos. Se establece así un límite a la autonomía de las partes contratantes, que ven constreñida la autonomía de su voluntad dentro de unos límites ciertamente más estrechos que los genéricos establecidos, en sede de contratos, por el art. 1255 del CC[27].

El efecto de la calificación de una IPT sobre el contrato laboral que articula la prestación de servicios del trabajador en el marco de la misma profesión para la que ha sido calificada la IPT ha de responder, necesariamente, a la lógica de la calificación. La constatación por el órgano de calificación de una situación funcional incompatible con el desempeño de la profesión habitual no puede establecer una realidad distinta y paralela a la que haya de marcar el destino del contrato laboral, debiendo tener la calificación (en realidad la situación de incapacidad que da lugar a la calificación), necesariamente, un efecto sobre éste. Así se pronuncia la STS 9607/2002, de dieciocho de enero (ECLI:ES:TS:2002:9607) al concluir que la calificación de una IPT no puede conducir de manera lógica a la conservación del mismo puesto de trabajo en la misma empresa, "como si nada hubiera pasado"[28]. Desde el punto de vista del derecho interno, esta extinción del contrato de trabajo

[26] Rodríguez Ennes L. La crisis de la autonomía de la voluntad y la aparición del moderno contrato de trabajo en A autonomía da vontade e as condições Gerais do contrato, de Roma ao direito actual. Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano (Fortaleza, Ceará, Brasil, 2002): 630 – 659.
El contrato de trabajo, que originariamente se presenta en forma similar al contrato civil de arrendamiento de servicios, surge como respuesta a la insuficiencia de un derecho común, basado en la igualdad de las partes contratantes, para dar respuesta a la denominada "cuestión social". En esta concepción, el derecho laboral actúa enmarcando la autonomía privada de las partes contratantes en un sistema normativo especial que tiene como finalidad la protección de los intereses de la parte más débil en la relación contractual; el trabajador.

[27] El art. 1255 del CC ampara los pactos, cláusulas y condiciones que las partes contratantes tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Esos límites son, desde luego, mucho más amplios que los que afectan al contrato de trabajo. Baste mencionar, como elemento clave en la limitación de la voluntad de las partes, la limitación que opera en el contrato de trabajo en el equivalente al precio del servicio, el salario, en relación con el cual se establece, por el Estado, un importe mínimo que no puede ser alterado por la voluntad de las partes. O la imposición al empleador y al empleado de unas cargas que, en forma de cotizaciones sociales, dan lugar a una serie de derechos prestacionales en favor del trabajador; derechos que son irrenunciables por éste y que, por lo tanto, quedan fuera del alcance de la autonomía de su voluntad. Y desde luego, de la de la voluntad del empleador.

[28] Esta sentencia admite la facultad de la Entidad Gestora para suspender una pensión incompatible, si bien esa facultad fue posteriormente enmendada por el propio Tribunal Supremo, que recondujo las posibles actuaciones de ésta a la no calificación de la IP cuando se está realizando una actividad incompatible o, si la incompatibilidad deviene por la realización de esa actividad laboral con posterioridad a la calificación de la IPT, a instar la revisión del grado por una mejoría de la capacidad funcional. O en el supuesto en el que no se objetive tal mejoría, a proceder mediante la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio del beneficiario del acto administrativo por el que se reconoce el derecho a la pensión, asumiendo que se efectuó la calificación de la IPT desde presupuestos fácticos erróneos: comprobado que no hay mejoría funcional pero que sigue desempeñando la misma profesión, sólo cabría, en buena lógica, concluir que la calificación inicial era errónea.
La STS 1721/2003, de trece de marzo (ECLI:ES:TS:2003:1721) señalaría expresamente que, a falta de previsión normativa que lo autorice, no puede el INSS suspender el abono de prestaciones por incapacidad permanente total en el curso de un proceso de revisión de la incapacidad, siempre sin perjuicio de las posibilidades de revisión de que tiene atribuidas la Entidad Gestora.
La sentencia razona que el art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social sólo prevé la suspensión para el caso de la IPA o GI por remisión al entonces art. 141.2 del TRLGSS – 1994. La evolución de ese artículo nos lleva al actual 198 del TRLGSS, con relación al cual ha cambiado radicalmente el planteamiento; no por su tenor literal, sino por la interpretación que ha de hacerse desde la más actual jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Recordemos que se interpretó por el TS una compatibilidad "amplia" entre trabajo y prestación hasta el punto de reformar el artículo que la regulaba (antiguo 141 y actual 198), de forma que, con la interpretación

tiene un régimen específico[29], ya que afecta a la concreta profesión para la que se ha calificado la IPT y no a otras eventuales profesiones que pudiera desarrollar, real o hipotéticamente, el trabajador[30] en la misma o en otra empresa[31]. Es más; se trataría de una extinción contractual especialmente protegida, que da lugar a un reingreso preferente en la última empresa en que trabajaron, en el caso de que se recupere su plena capacidad.

En todo caso, parece claro que han de ser los preceptos particulares del derecho laboral que regulan los avatares del contrato de trabajo los que tengan que establecer las precisas consecuencias de la imposibilidad del trabajador para responder de las obligaciones contraídas mediante el contrato de trabajo, de forma que éstas se encuentran positivizadas en el art. 49.1 e) del TRLET, que traslada al texto legal la consecuencia lógica que se deriva de la aplicación de los principios generales del derecho de obligaciones a la situación de incapacidad que se ha materializado, constituyéndola como causa de la extinción del contrato de trabajo que tuviera por objeto la prestación de la profesión habitual para la que se ha calificado una situación de IPT.

No obstante esta situación particular de la especie de los contratos de trabajo dentro del género de los contratos, lo cierto es que, en todo contrato, debe existir un equilibrio económico

jurisprudencial de la compatibilidad en las STS 2141/2017, de veintiséis de abril (ECLI:ES:TS:2017:2141) y STS 2985/2020, de veintitrés de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2985), relativas a la incompatibilidad de la pensión por IPT con el desempeño de la misma profesión para la que se calificó la IPT aun en "segunda actividad" y la vuelta a la jurisprudencia previa, estaríamos probablemente ante una posibilidad de suspender la pensión por IPT, tal y como se admitía en la precitada STS 9607/2002, de dieciocho de enero (ECLI:ES:TS:2002:9607).

[29] Ballester Pastor I. La Resolución del INSS declarativa de la incapacidad permanente total prevista en el art. 49.1.e) ET extingue el contrato de trabajo sin necesidad de comunicación formal de la empresa, no resultando aplicable lo preceptuado en el art. 55 ET. Revista de jurisprudencia laboral 2021; 4. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001263
Accedido 30/04/2024.
Analiza la autora la STS 142/2021, de 3 de febrero (ECLI: ES:TS:2021:408). La causa de extinción del contrato derivada de la calificación de una IPT, regulada en el art. 49.1.e) del Texto refundido del estatuto de los trabajadores (dejando a salvo aquellos casos en los que el órgano de calificación prevé mejoría en menos de dos años y establece la reserva del puesto de trabajo en los que la consecuencia de la calificación es la suspensión del contrato) tiene un carácter autónomo y es consecuencia de la resolución administrativa (y por tanto, inmediatamente ejecutiva) que califica la incapacidad permanente.
La calificación de la IPT con efectos extintivos tampoco obliga "*per se*" a la empresa a novar objetivamente el contrato ofreciéndole la realización de otro oficio en el que pudiese ser recolocado por la empresa. Es posible que se puedan continuar desempeñando servicios en la misma empresa tras la calificación de la IPT, insistiéndose en que el trabajador habría de realizar tareas distintas de la profesión para la que se calificó la IPT. Serían los convenios colectivos, el propio contrato de trabajo o el posterior acuerdo entre trabajador y empresa los que pudieran determinar una reubicación del trabajador en un puesto apropiado a su capacidad laboral residual.

[30] Rivas Vallejo P. El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo. revista de jurisprudencia laboral 2020; 10. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120
Accedido 30/04/2024.
Analiza la autora la 770/2020, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3077) y, a partir de ella, las dificultades que implica, en la práctica, un concepto de profesión habitual alejado de la realidad práctica del mercado laboral actual. La resolución judicial que se expone concluye que, cuando la empresa asigne unas funciones distintas a las que habitualmente desempeñaba un trabajador como consecuencia de la ejecución de medidas para la protección de la salud de ese trabajador con discapacidad, una resolución administrativa de declaración en situación de incapacidad permanente para aquellas funciones que ya no desempeña no tiene efecto extintivo sobre esa nueva atribución de funciones, y que el percibo de la pensión de IPT no perjudica el derecho al salario que le corresponde en su nuevo empleo.

[31] Pongamos por caso un trabajador que, en la misma o en otra empresa, mantiene contratos simultáneos. En régimen por tanto de pluriempleo, pero con distintas prestaciones laborales que, por lo demás, pueden tener requerimientos distintos. Nos valdrían como ejemplo contratos a tiempo parcial como auxiliar administrativo y como peón cargador en una empresa de trasportes. Una IPT para la profesión de peón cargador extinguiría el contrato que como tal tiene el empleado con la empresa, pero en absoluto afectaría a su contrato como auxiliar administrativo.

proporcionado entre la prestación y la contraprestación. En el contrato de trabajo, entre la prestación laboral y la contraprestación económica que, en forma de salario, se percibe por el trabajador. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, de forma indirecta cierto es, sobre la incidencia que tiene en el ámbito del empleador la disminución de la capacidad funcional del trabajador, y consecuentemente de su rendimiento laboral, en reiteradas sentencias de finales de los años 80: STS 89955/1986 de tres de febrero (ECLI:ES:TS:1986:89955); STS 16600/1988, de catorce de diciembre (ECLI:ES:TS:1988:16600); STS 4769/1989, de veintidós de septiembre (ECLI:ES:TS:1989: 4769) o STS 5941/1989, de treinta y uno de octubre (ECLI:ES:TS:1989:5941). Así, a la hora de determinar qué situaciones han de dar lugar a una calificación de incapacidad permanente, se incide en que, en toda actividad laboral, son exigibles unos mínimos de dedicación, diligencia y atención. Continúa el razonamiento señalando que no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que la situación del trabajador exija, para mantener la actividad laboral, que se den, simultáneamente, un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y, desde la perspectiva del empleador (la otra parte contratante), un grado intenso de tolerancia en el empresario.

Parece pues que, al menos en esta interpretación del concepto de incapacidad permanente (que si bien es cierto que se realiza en relación con el grado de absoluta no requiere ningún esfuerzo interpretativo predicar los mismos argumentos pero limitados a una profesión concreta en el caso del grado de total), la perspectiva del empleador también forma parte del concepto de incapacidad permanente, ya que su calificación supondría la constatación de que el trabajador no puede continuar en esa actividad profesional sin un desproporcionado afán de sacrificio, pero también que, de estar presente ese sacrificio, la otra parte del contrato, el empleador, tendría que mostrar un grado intenso de tolerancia al desequilibrio contractual resultante de la merma de capacidad productiva del empleado.

En posteriores resoluciones sobre la definición de las situaciones de incapacidad permanente, si bien bajo otra redacción, se mantiene también esa consideración del efecto que tiene la discapacidad del trabajador sobre el empleador, señalándose que la capacidad residual del trabajador debe permitir un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia y de modo continuo durante la jornada laboral: STS 1637/1990, de veintitrés de febrero (ECLI:ES:TS:1990:1637), STS 16403/1988, de veintidós de noviembre (ECLI:ES:TS:1988:16403) o en TS 12564/1988, de veintiuno de marzo (ECLI:ES:TS:1988:12564), constituyendo esas profesionalidad, rendimiento y eficacia exigencias propias del contrato laboral que se encuentran en el origen de la rentabilidad que el empleador obtiene del contrato de trabajo.

3. LAS SITUACIONES DE COMPATIBILIZACIÓN ENTRE PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE Y TRABAJO

Dejando al margen la IPP por razones obvias, ya que su definición implica que el trabajador puede continuar desarrollando su actividad laboral habitual, será preciso determinar qué destino contempla el ordenamiento jurídico para la capacidad funcional residual que pueda mantener el trabajador en lo que se refiere a la capacidad para obtener rentas salariales. Principios como la conservación del empleo, así como las implicaciones que se derivan de las normas protectoras de los derechos de las personas con discapacidad han de llevar a que, en la medida de lo posible, éstas puedan desarrollar una actividad laboral en el seno del mercado laboral, así como a que, en la medida en que se cumplan los requisitos para ello, lucrar las prestaciones por incapacidad a las que pudieran tener derecho como medida de sustitución de rentas salariales.

El reconocimiento del derecho a una pensión por IP supone una evidente medida de protección del trabajador afectado por una alteración de la salud, medida de protección que actúa en el plano de la obtención de rentas procedentes de su trabajo. La afectación de la salud que da lugar a la calificación

de alguno de los grados de IP previstos en la norma conlleva además que el trabajador verifique la definición de discapacidad recogida en el art. 2 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[32], ya que supone una limitación (o incluso un impedimento) para la participación plena y efectiva de la persona en la sociedad. Esta limitación se manifestaría, por lo que aquí nos atañe, a la capacidad para obtener rentas del trabajo en el seno del mercado laboral.

A través del reconocimiento del derecho a percibir una pensión del sistema se actúa en un plano concreto; en el económico, muy relacionado con el laboral, pero no del todo coincidente. Será por tanto necesario avanzar en un plano paralelo al económico, en el de la integración laboral de las personas con discapacidad en garantía de su derecho al trabajo, consagrado en el art. 53 de la CE. Además, en su art. 49, la CE dispone que los poderes públicos han de impulsar políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad. Y no cabe duda de que la integración laboral forma parte del ámbito objetivo de este mandato constitucional. Surge así un extenso bloque normativo que tiene por finalidad garantizar la igualdad efectiva de las personas con discapacidad a la hora de ejercer los derechos reconocidos en el Título I de la CE, entre los que se encuentra el derecho al trabajo. Igualdad efectiva en lo que al derecho al trabajo se refiere que permite a la persona con discapacidad, además, cumplir con el deber de trabajar, también derivado del texto constitucional (art. 35 CE). La incorporación del trabajador con discapacidad al mercado laboral debe ser, por tanto, un objetivo del ordenamiento jurídico, de forma que el sistema normativo debe encaminar sus preceptos hacia la eliminación de cuantas barreras se interpongan entre el trabajador con discapacidad y el mercado laboral. Siempre que, claro está, esa incorporación sea posible atendidas las circunstancias médicas del trabajador[33].

3.1. La compatibilidad entre pensión por IP y trabajo y su evolución desde el derecho positivo y la jurisprudencia

La cuestión sobre simultaneidad entre trabajo y pensión por IP debería quedar, aparentemente al menos, limitada a los supuestos en los que se ha calificado una IPT, ya que, en buena lógica, la calificación de una IPA presupone que esa capacidad funcional residual es inexistente en lo que se refiere a poder afrontar los requerimientos de una actividad laboral que pueda considerarse

[32] 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. BOE núm. 289, de 03/12/2013.
El art. 2 a) define la discapacidad, a efectos de esa Ley, como la 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.

[33] La incorporación al mercado laboral tiene unas determinadas exigencias para el trabajador, exigencias que vienen dadas por el carácter económico del mercado laboral, mercado en el que se obtiene una rentabilidad económica a cambio de la fuerza de trabajo (y es indiferente que este trabajo lo sea por cuenta ajena o por cuenta propia). Si la capacidad laboral residual del trabajador afectado por una discapacidad no permite obtener esa rentabilidad "mínima" no podremos hablar de trabajo como tal, según se ha expuesto con alusión a la Jurisprudencia sobre la cuestión.
No cabe esperar que la medicina pueda recuperar en tocos los casos la funcionalidad necesaria para el desempeño de la profesión que un trabajador con discapacidad venía desempeñando. La enfermedad es una realidad biológica que ha de asumir el Derecho en toda su amplitud, incluyendo, naturalmente, la imposibilidad de restaurar determinadas capacidades funcionales o la condición de especial sensibilidad a determinados riesgos derivados del trabajo.
Tampoco cabe esperar que sea posible realizar en todos los casos una adaptación de los requerimientos de la profesión habitual a la funcionalidad residual del trabajador.
Ha de partirse por tanto de una concepción realista sobre las posibilidades de tratamiento y recuperación, así como de las de adaptación laboral, y asumir que no en todos los casos va a ser posible esa incorporación al mercado laboral de la persona con discapacidad. El marco legal impone una obligación de medios; una exigencia de hacer lo posible por incorporar al trabajador con discapacidad al mercado laboral, pero no podrá imponer, estando de por medio la realidad biológica, una obligación de resultados.

económicamente rentable. No obstante, no ha venido ésa siendo la realidad, y lo cierto es que, a la hora de aplicar los preceptos legales que regulan la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo, los límites de la compatibilidad han llegado a ser tan amplios que la declaración de una IPA no suponía impedimento para el desarrollo, compatible, de una actividad laboral por la que se percibían las correspondientes rentas salariales. Y si así de amplios fueron los límites de la compatibilidad para la IPA, no lo han sido menos para la IPT.

Esta "concepción amplia" en cuanto a la interpretación de los preceptos legales sobre la compatibilidad entre pensión y trabajo ha sido consecuencia de la línea jurisprudencial que podemos encontrar, entre otras (y sin ánimo de exhaustividad), en STS 1644/1989, de seis de marzo (ECLI:ES:TS:1989:1644); STS 1285/2019, de veinte de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1285); STS 4429/2010, de catorce de julio (ECLI:ES:TS:2010:4429), STS 6967/2009 de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6967)[34] o en STS 1849/2008, de treinta de enero (ECLI:ES:TS:2008:1849). Los argumentos en pro de la compatibilidad de una pensión por IPA (o gran invalidez) recogidos en estas sentencias podrían resumirse en:

a) La incompatibilidad tendría efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en una situación de IPA. La suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que, con toda, seguridad habría de realizarse con considerable esfuerzo por parte del pensionista por IPA.

b) La dicción literal del art. 24.4 de la OIN establece que el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna.

c) El artículo 141.2 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 (TRLGSS – 1994)[35] (actual art. 198.2 del TRLGSS – 2015) contenía un principio general de compatibilidad entre el percibo de la prestación por incapacidad permanente y aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo. La única incompatibilidad que formularía el art. 141.2 LGSS para la pensión de IPA sería la relativa a las actividades que fuesen "incompatibles" en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado.

[34] Álvarez Cortés J C, Alonso Russi E. *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*. Temas laborales 2010; 106: 245-259.
Analizan los autores la STS 6967/2009 de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6967) y la ampliación de los márgenes de la compatibilidad. Analizan los argumentos en los que se basan estas tesis "expansivas", a los que califica de "discutibles", y reenviando el análisis de la cuestión sobre la compatibilidad a la interpretación sistemática de los preceptos que la regulan.
Establecen los autores una clara distinción entre lo que sería la pérdida de capacidad laboral, protegida desde la IPA, y la pérdida de ganancia, que estaría protegida por la IPT (habría quizás que añadir a las tesis de los autores a la IPP en este último apartado).
Concluye el análisis con cita de la sentencia que se comenta y al reconocimiento que la resolución judicial hace acerca de la complejidad de la cuestión, dejando abierta la puerta para una modificación legal que pudiera, quizás, racionalizar la compatibilización entre pensión por IP y trabajo.

[35] Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. BOE núm. 154, de 29/06/1994.
Establecía este artículo que las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Esta concepción "amplia" de la compatibilidad entre pensión por IPA y trabajo desdibujaba, si no eliminaba completamente, el carácter de sustitución de rentas de estas prestaciones, ya que permitía claramente compatibilizar trabajo y pensión más allá de lo que las denominaciones del grado de incapacidad calificado y sus implicaciones permitían deducir[36]. A pesar de ello, el principio de sustitución de rentas se mantenía en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, digamos que en el plano "teórico"[37], abarcando, lógicamente, al conjunto de pensiones por IP, y desde luego, también a las causadas en el grado de total para la profesión habitual.

El propio concepto de IPT parecía perder sus límites al modificar la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[38], el art. 141 del entonces vigente TRLGSS – 1994 (actualmente, art.198 del TRLGSS – 2015), que pasaría a recoger expresamente que la pensión vitalicia por IPT sería *compatible con el salario que pudiera percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total*. Se habían de conjugar así una situación de incapacidad determinada para una profesión con una actividad laboral compatible que se pasa a definir no a partir del concepto de profesión, sino de las concretas funciones que realiza el trabajador dentro de esa profesión, resultando de este "juego" (quizás fuese más correcto hablar de "delicado equilibrio") la posibilidad de que, calificada una IPT para una profesión determinada, la

[36] Muy esclarecedor resulta el razonamiento contenido en la citada STS 1644/1989, de seis de marzo (ECLI:ES:TS:1989:1644): si bien es cierto que la definición legal de incapacidad permanente absoluta del parece difícilmente compatible con aceptar una actividad laboral normal por parte del incapacitado, no sería menos cierto que, al mismo tiempo, el texto legal contempla la posibilidad del desarrollo por parte del perceptor de una pensión de incapacidad permanente absoluta de actividades -lucrativas o no compatibles con su estado. Al mismo tiempo, parece confirmar esa compatibilidad entre pensión por IPA y trabajo el hecho de que el art. 2.1 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo imponga a los pensionistas de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, la obligación de comunicar a la Entidad Gestora la realización de actividad laboral simultánea a la precepción de la pensión. Continúa la sentencia, señalando que " la calificación de la invalidez permanente que encierra siempre un juicio problemático sobre las expectativas de empleo desde parámetros de normalidad y bajo la subsistencia de determinadas condiciones; juicio que por su propia naturaleza no excluye la posibilidad de que, por especiales circunstancias de orden individual o social, sea posible una utilización de las capacidades residuales del inválido, incluso en supuestos objetivamente cualificados como de especial gravedad". Esta afirmación constituye, sin duda, la clave del fundamento de la compatibilidad: la calificación del grado de IPA o GI responde a la convicción del órgano calificador de que es muy improbable que desde esa situación médico – funcional pueda accederse al desempeño de una actividad laboral que pueda considerarse económicamente rentable. Pero esa convicción, basada en la objetividad del cuadro clínico residual y de las limitaciones que de él se derivan, no excluye una posibilidad remota de que efectivamente el trabajador pueda finalmente desarrollar esa actividad laboral, sea por cuenta propia o ajena. Lo que, unido a la ausencia de una incompatibilidad expresa y recogida en la Ley, lleva a admitir la compatibilización de la percepción de la pensión por IPA o GI y la simultánea realización de trabajo.

[37] Así puede concluirse a partir del FJ CUARTO D 7 de la STS 1805/2018, de veinticinco de abril (ECLI:ES:TS:2018:1805) cuando, a propósito del análisis de los efectos que han de tener las cotizaciones efectuadas al sistema mientras se compatibiliza actividad laboral y pensión por IPA, se determina que éstas han de ser tomadas en cuenta para el cálculo de las bases de ulteriores prestaciones que puedan ser reconocidas atendiendo a que esa interpretación la que mejor garantiza el debido cumplimiento de la función de sustitución de rentas de activo atribuido a la pensión de incapacidad permanente absoluta, aproximando la cuantía de la prestación a las últimas retribuciones percibidas por la trabajadora

[38] Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE núm. 184, de 02/08/2011.
Ya en su exposición de motivos, anunciaba la clarificación de la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, aludiendo expresamente a los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad. Además, también establecía la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación, por lo que, "*a sensu contrario*", se despejaba cualquier duda que pudiese existir sobre esa compatibilidad antes de la edad ordinaria de jubilación.

pensión sea compatible con la realidad de que el trabajador siga desempeñando la misma profesión, si bien con un contenido funcional distinto.

En realidad, pocas cosas cambiaba la Ley 27/2011 en cuanto a la regulación positiva de la compatibilidad; desde el art. 24 de la OIN (allá por 1969) hasta nuestros días se mantienen redacciones prácticamente idénticas en el régimen de compatibilidad (salvo esa "aclaración" que, en favor de la compatibilidad, pretendía hacer la Ley 27/2011). Ya entonces, en 1969, la dicción literal de la norma permitía compatibilizar el salario obtenido en un "nuevo puesto" (en la misma o en otra empresa) y la pensión por IPT[39]. No obstante, la redacción del art. 24 OIN asumía que, en un mercado laboral "ordinario", no le sería posible al trabajador mantener la misma actividad laboral, estableciendo un remedio salomónico como mecanismo para paliar la pérdida de rentabilidad de un trabajador en relación con el cual se había declarado que su situación de salud le impedía el desarrollo de las tareas fundamentales de su profesión habitual: una reducción del salario, que habría de entenderse respondería, proporcionalmente, a su pérdida de rentabilidad y, en ningún caso, podría ser inferior al salario mínimo para cualquier actividad[40].

Se planteaba pues por la OIN una medida que suponía una auténtica novación contractual "tutelada", imponiendo que el contrato resultante que se suscriba para sustentar esta novación debe tener supervisión administrativa. Ha de entenderse que para asegurar la adecuada tutela del trabajador. Afecta la novación planteada por la OIN a las dos partes del contrato; trabajador y empleador, tratando de mantener el equilibrio económico del mismo, ya que la nueva (y disminuida) capacidad funcional del trabajador es retribuida con un menor salario. Se tratan de conjugar así los principios de mantenimiento de la relación laboral y el del equilibrio económico del contrato mediante una "*reductio ad aequitatem*" de la exigencia de rendimiento al trabajador y de la correspondiente retribución.

En esencia pues, se mantiene vigente el régimen jurídico previsto para la compatibilidad entre pensión por IPT y salario, y no hay norma que haya derogado expresamente la OIN en lo en ella previsto sobre compatibilidad. Tendríamos que preguntarnos no obstante si la solución de una reducción de salario, respetando desde luego los límites del salario mínimo interprofesional sería viable en el marco de la compatibilización entre pensión por IPT y trabajo. Nada parece impedirlo y, de hecho, en STS 586/2007, de doce de enero (ECLI:ES:TS:2007:586); STS 2402/2005, de diecinueve de abril (ECLI:ES:TS:2005:2402); STS 368/2005, de veintisiete de enero (ECLI:ES:TS:2005:368) y otras que las preceden se señala expresamente que esta posibilidad de reducir el salario en estos casos según la norma responde a una medida dirigida a fomentar la ocupación de estos trabajadores.

[39] Sobre este particular, como veremos (pero conviene anticipar aquí a efectos de clarificar la interpretación que ha de darse la redacción, vigente, de la OIN) tendría ocasión de pronunciarse la STS 2141/2017, de veintiséis de abril (ECLI:ES:TS:2017:2141). Si se admitiese, razona la sentencia, la premisa de que el nuevo puesto desempeñado puede ser parte de esa profesión para la que se ha calificado la IPT, se incurriría en una interpretación excesivamente literal de un precepto reglamentario muy lejano en el tiempo (1969) y fuera ya de su contexto normativo, alcanzándose así una conclusión que aceptaría una plena compatibilidad, pero que sería contraria a la finalidad de la norma de seguridad social, basada en la sustitución de rentas.

[40] El actualmente conocido como salario mínimo interprofesional tiene su origen en la dictadura del General Franco. Concretamente, en el desarrollo de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre convenios colectivos sindicales (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958) mediante el Decreto 5/1963, de 17 de enero, sobre establecimiento de salarios mínimos y su conexión con los establecidos por convenios colectivos sindicales o mejoras voluntarias (BOE nº 17, de 19 de enero de 1963) .

No se contempla como excepción a ese salario mínimo la disminución de retribución prevista en la OIN, de forma que el salario mínimo operaría como límite a esa reducción de salario pactada como consecuencia de la situación de incapacidad permanente total del trabajador para una profesión que continúa ejerciendo. No obstante, el salario mínimo se establecía para la jornada completa

A este ensanchamiento de los límites de la compatibilidad entre pensión por IPT y actividad laboral contribuyó de manera importante la litigiosidad derivada de calificaciones de IPT en profesiones muy exigentes que tienen establecida mediante normas jurídicas una variante más liviana de la misma, denominada "segunda actividad". En estas profesiones, la inhabilidad para mantener un rendimiento que ya se ha descrito como muy exigente daba lugar a la calificación de IPT por entenderse que no podrían ejecutarse esas tareas fundamentales de elevada exigencia. Esta calificación respondía a la constatación de la existencia de una discapacidad, y al mismo tiempo, esta discapacidad constatada daba acceso a ese trabajador a la segunda actividad, con lo cual sucedía que unos mismos hechos, la existencia de unas lesiones discapacitantes que minoraban la capacidad laboral del trabajador en su profesión habitual, daban lugar por una parte a una adaptación laboral que permitía el mantenimiento del empleo (y por tanto, la conservación de las retribuciones) y, al mismo tiempo, hacía surgir el derecho a percibir una prestación económica cuya finalidad era precisamente sustituir esas rentas salariales que no se habían dejado de percibir[41].

Estas interpretaciones fueron finalmente recogidas por el legislador al introducir una modificación del régimen de compatibilidad de la pensión por IP que, al menos aparentemente, positivizaba las líneas interpretativas de la jurisprudencia a través la precitada Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. El resultado final de los caminos por los que discurrían la jurisprudencia y la voluntad del legislador y que perseguían ampliar los límites de la compatibilidad entre trabajo y pensión por IP, condujeron en la práctica a que, como se ha dicho, a pesar de su supervivencia en las formulaciones teóricas, se llegase a perder la noción de sustitución de rentas en las prestaciones por IP en lo referido a la compatibilidad con el trabajo. La reforma de 2011 parecía ir a contracorriente de la lógica evolutiva que debiera haber seguido el concepto de profesión habitual habida cuenta de la progresiva flexibilidad funcional a la que se somete a los trabajadores[42], de forma que la interpretación jurisprudencial en pro de la compatibilidad no se trasladó al proceso de calificación, y así se seguía calificando una IPT a pesar de que se iba a continuar desempeñando la misma profesión[43], y una vez calificada y manteniéndose la actividad laboral, no se determinaba que existiese incompatibilidad.

[41] La STS 7459/2012, de dos de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7459), referida a una calificación de IPT efectuada en 2006 y revisada por mejoría al grado de IPP en 2009, analiza la situación y recoge pronunciamientos previos en el mismo sentido, reiterando la doctrina contenida en éstos.
En síntesis, la argumentación descansa en que la calificación de la IPT ha de hacerse en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional según el concepto de profesión habitual), efectuando una separación estricta entre el criterio profesional que rige la calificación de la IPT y las eventuales decisiones que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo, como es el caso de la adaptación del contenido del trabajo a la capacidad residual del trabajador. Se abría así la puerta a la compatibilidad entre el ejercicio de la profesión habitual en esa segunda actividad y el derecho al percibo de la pensión por IPT que se había calificado para esa misma profesión habitual.

[42] Pérez-Beneyto Abad José Joaquín. La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: del Estado del bienestar al Estado asistencial. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2012; 29 - 30: 234 – 256.
La inacabada reforma del sistema de calificación supondría la coexistencia de conceptos no sustituibles entre sí: grupo profesional, profesión habitual y puesto de trabajo. La vigente legislación sobre incapacidad permanente hace referencia a la profesión habitual, a cuyos requerimientos hay que enfrentar la capacidad funcional residual del trabajador para determinar si existe o no una IP. Aventuraba el autor un endurecimiento de las condiciones para acceder a la pensión por IPT ante la nueva redacción legal que refería la IPT a una situación en la que se constataba imposibilidad de desarrollar la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada. No obstante, esa reforma, como se ha dicho, continúa todavía pendiente de llevarse a cabo.
No obstante, aun en el marco legal vigente, lo cierto es que, manteniendo el concepto de profesión habitual, la flexibilidad funcional dentro de ésta podría no hacer necesaria la calificación de una IPT, ya que se dirigiría al trabajador hacia funciones que, encontrándose dentro de la profesión habitual, y aunque fuesen distintas de las que venía realizando con anterioridad, permitirían mantener su capacidad de obtener rentas salariales.

[43] La precitada STS 7459/2012, de dos de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7459) insistía en que la calificación de la IPT ha de venir regida por la determinación de la profesión habitual y la afectación de la capacidad para llevarla a cabo (criterio profesional: la calificación ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran esa

En términos estrictos, la posición jurisprudencial sobre la cuestión de la sustitución de rentas tendría pues que haber operado siempre de forma que el derecho a la prestación de seguridad social surgiría de una menor capacidad laboral (o si se quiere, rentabilidad laboral). Dicho en otras palabras: la disminución de la fuerza de trabajo que el trabajador está en situación de "arrendar" le reportaría, por causa de su discapacidad, un menor rendimiento económico, y ese menor rendimiento sería el compensado desde la prestación económica del sistema contributivo. Encontramos una aclaración muy gráfica sobre este particular en STS 3047/2006, de diecisiete de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3047), cuando en su Fundamento de Derecho Segundo aclara que la doctrina de la Sala asienta sobre la interpretación del art. 137 del entonces Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS 1994)[44], dedicado a los grados de IP. Esta interpretación vincula la incapacidad permanente total a la imposibilidad del trabajador para llevar a cabo que el desarrollo de la profesión concreta que realizaba, percibiendo una prestación de la Seguridad Social que compensa esa imposibilidad y los trastornos que ocasiona en su vida laboral, desde el momento en que ya no está en condiciones de realizar las labores básicas de la misma[45].

No obstante estas tesis favorables a la compatibilidad amplia entre pensión por IP y trabajo, en los últimos años se ha venido produciendo una reorientación de la jurisprudencia en el sentido de reconducir la situación hacia la lógica derivada del principio de sustitución de rentas. Y hasta tal punto ha sido intensa esta reorientación jurisprudencial que se ha llegado, mediante un ejercicio hermenéutico basado en la interpretación sistemática y teleológica de los preceptos legales sobre compatibilidad entre pensión por IP y trabajo, a que aquella positivización de las tesis jurisprudenciales previas, tendentes a facilitar la compatibilidad entre pensión y trabajo, se haya visto neutralizada por la reinterpretación de lo que era una norma redactada para facilitar la compatibilidad. Norma que, bajo esta nueva interpretación, se convierte ahora en una norma restrictiva de la compatibilidad entre pensión por IP y trabajo[46].

profesión habitual, no sólo a las que se puedan desempeñar como consecuencia de una adaptación de funciones), desvinculando totalmente el proceso de calificación con las adaptaciones del contenido del trabajo a la capacidad residual del trabajador que pueda haber efectuado el empleador. Inciden en este planteamiento otras muchas resoluciones del Alto Tribunal: STS 7459/2012, de dos de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7459); STS 7633/2012, de dieciséis de octubre (ECLI:ES:TS:2012:7633); STS 6799/2011, de diez de octubre (ECLI:ES:TS:2011:6799).

[44] Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. BOE núm. 154, de 29/06/1994.

[45] El concepto de sustitución de rentas salariales ha de contextualizarse, en el caso de la IPT, a las rentas procedentes del desempeño de la profesión habitual. Se trata por lo tanto de una sustitución de rentas "relativa a esa profesión habitual", sin que deban tenerse en cuenta las rentas que proceden de actividad distinta a efectos de la compatibilidad. Se pronunciaba ya en estos términos, la STS 9395/2002, de veintiocho de enero (ECLI:ES:TS:2002:9395), que hacía alusión a los "trastornos" que la situación de IPT producía en la vida laboral del trabajador (que se veía obligado a cambiar de profesión a causa de sus limitaciones), bastando para establecer la compatibilidad entre pensión por IPT y trabajo que la profesión habitual para la que se calificó la IPT y la que se ejerce sean distintas.

[46] La lectura atenta del FJ SÉPTIMO de la STS 2141/2017, de veintiséis de abril (ECLI:ES:TS:2017:2141) es sin duda un claro ejemplo de la realidad del dicho: "la Ley no dice no dice lo que dice, sino lo que el Tribunal Supremo dice que dice". El razonamiento que vertebra la "*ratio decidendi*" que sigue la sentencia se basa en que una pretendida clarificación del régimen de compatibilidad entre pensión por IP y trabajo no puede arrojar un resultado contradictorio con la lógica del sistema. Existiendo una posible interpretación de la norma positiva que conduzca a considerar incompatible la pensión por IPT con el desempeño de la profesión para la que se calificó esa IPT, esa interpretación debe ser la correcta. Por encima de una pretendida interpretación basada en la hipotética pretensión del legislador que pretendiera aumentar los márgenes de la compatibilidad (por mucho que la exposición de motivos de la Ley explicase que era intención de la norma "clarificar" el sistema de compatibilidad).
El razonamiento completo, que no reproducimos en su integridad por lo prolijo y extenso, merece desde luego una muy atenta lectura. A nuestro juicio, resulta una exégesis sólidamente fundamentada en los principios de la hermenéutica jurídica (que la propia sentencia se encarga de recoger y analizar), y que se reiterarían en la STS 2985/2020, de veintitrés de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2985).

Para llegar a entender el cambio de orientación en la posición del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad entre pensión por incapacidad y trabajo, debemos dibujar un nuevo terreno de juego, terreno que podría enmarcarse en las líneas delimitadas según se describe a continuación:

a) Incompatibilidad del desempeño de la misma profesión en régimen de "segunda actividad" con el percibo de la prestación económica por IPT. Sobre este particular, se pronunciaron, entre otras STS 2141/2017, de veintiséis de abril (ECLI:ES:TS:2017:2141)[47] o STS 2985/2020, de veintitrés de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2985). Si bien los pronunciamientos en ambas resoluciones se producen en el contexto de profesiones con una "segunda actividad" reglada, lo cierto es que los principios jurídicos sobre los que se asienta la decisión resultarían extrapolables a profesiones en los que la adaptación de funciones da lugar, "*de facto*", a una "segunda actividad"[48].

b) Incompatibilidad de la prestación económica por IPT con el salario percibido en la misma profesión para la que se califica esa IPT: efectos económicos de la pensión. STS 2342/2024, de diecisiete de abril (ECLI:ES:TS:2024:2342). Una vez calificada una IPT para una determinada profesión, mientras se sigue desempeñando la misa profesión, aunque sea con funciones adaptadas a las condiciones psicofísicas del trabajador con discapacidad, la pensión por IPT no puede tener efectos económicos[49]. Este razonamiento asienta, lógicamente, sobre el carácter de rentas de sustitución (FJ SEXTO 4), retomando los argumentos de la STS 356/2017, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2017:2141): la pensión de IPT tiene una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual[50].

[47] Luján Alcaraz J, Selma Penalva A. *Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total.¿ Compatibilidad o abuso?(STS 26 ABRIL 2017)*. Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum 2017; 13: 207-214.
Señalan los autores la necesidad de diferenciar claramente supuestos en los que el trabajador calificado con una IPT sigue desempeñando la misma profesión u otra distinta, aludiendo a que ignorar esta diferencia aboca a un contrasentido que llevaría a reconocer prestación por IPT a un trabajador que ni ha dejado su profesión habitual, ni ha sufrido merma alguna de ingresos que deban ser compensados.

[48] Profesiones como la de bombero o policía, que tienen unos requerimientos ciertamente exigentes, cuentan por lo general con reglamentos específicos que regulan el pase a una "segunda actividad" en la que el nivel de exigencia psicofísica es menor. Encontramos una regulación de este tipo, por ejemplo, en el Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre, de desarrollo y aplicación de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía (BOE núm. 244, de 12/10/1995). O en Decreto foral 43/2018, de 30 de mayo, por el que se regula la situación de segunda actividad del personal que desempeñe puestos de trabajo de bombero o cabo de bomberos en el servicio de bomberos de navarra-nafarroako suhiltzaileak (BON N.º 129 - 05/07/2018; corr. err., BON 1/08/2019). En estos casos en los que el contenido de esa segunda actividad viene determinado mediante una norma jurídica, podríamos decir que esa "segunda actividad" viene definida "*de iure*".
No obstante, la falta de previsión de una norma específica que regule una adaptación de las funciones a desarrollar en el contexto de una profesión determinada no impide que, "*de facto*", en cualquier "profesión habitual" puedan definirse adaptaciones de las funciones a desarrollar de manera que se excluyan aquellas funciones que no pueden desarrollarse adecuadamente por causa de una insuficiencia de facultades psicofísicas consecuencia de una situación de discapacidad, de forma que se puede continuar desarrollando esa "profesión habitual" aunque sea en un espectro funcional más limitado (pero siempre dentro de lo que comprende esa profesión habitual).

[49] En STS 2342/2024, de diecisiete de abril (ECLI:ES:TS:2024:2342) se analiza el caso de un conductor de autobús urbano calificado en situación de IPT para esa profesión mediante sentencia del juzgado de lo social. Antes de que se efectuase la calificación de esa IPT, la empresa le había asignado funciones de conductor auxiliar (adaptación de funciones que se realiza dentro de las inherentes a la profesión de conductor de autobuses). De esta forma, la calificación de la IPT sobreviene mientras está efectuando estas funciones "adaptadas", pero se mantiene como profesión en el contrato de trabajo la de "conductor de autobuses". El Tribunal Supremo mantiene que la IPT no tendrá efectos económicos hasta que no se produzca el cese en la profesión de conductor de autobuses.

[50] Es particularmente interesante la referencia a los principios contenidos en la STS 356/2017, de 26 de abril, referida a un policía local en segunda actividad, principios que aplica sin dificultad a una relación laboral en la que no existe una regulación específica para una "segunda actividad".

c) Incompatibilidad entre la pensión por IPA y el mantenimiento de una actividad laboral que da origen a la obligación de alta en la seguridad social, contenida en la STS 1996/2024 de once de abril (ECLI:ES:TS:2024:1996).

A la interpretación de nuestro derecho interno por parte de nuestro Tribunal Supremo, hemos de añadir además las consecuencias que se derivan de la STJUE de 18 de enero de 2024 en el asunto C-631/22 (ECLI:EU:C:2024:53). Según el razonamiento del TJUE, la previsión del TRLET en su art. 49 e) que prevé la extinción del contrato de trabajo ante la calificación de una IPT, IPA o GI resulta discriminatoria hacia las personas con discapacidad. Según se había expuesto, si queda acreditado que el trabajador no va a poder cumplir con las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo que tiene suscrito con el empleador, no parece una solución desproporcionada dar por extinguido un contrato de trabajo que no va a poder ser cumplido en sus términos, y ello sin perjuicio de su eventual novación. No obstante este razonamiento, bajo la perspectiva del TJUE, la existencia de la discapacidad que fundamenta la calificación de un grado de IPT, IPA o GI no es suficiente para dar por extinguido el contrato de trabajo. Antes de que esa extinción se pueda considerar legítima, debería la empresa probar que se han llevado a cabo los "ajustes razonables" en cuanto a la actividad laboral a desempeñar, ajustes dirigidos a que, a pesar de la discapacidad del trabajador, éste pueda continuar trabajando. Sería preciso, sobre este particular, hacer un examen de las consecuencias que conlleva para el empleador la realización de esos "ajustes razonables", ajustes a los que está obligado siempre que la carga para él no se excesiva, pero que ha de soportar, por imposición legal, cuando la carga que suponga no revista esta cualidad. Y si indeterminado es el concepto de "ajuste razonable", no parece que sea menos indeterminado el de "carga excesiva"[51].

3.2. Compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo: perspectiva actual

Una vez que parece que se ha retomado la senda determinada por el principio de sustitución de rentas, en el caso de la incapacidad permanente en grado de total la línea jurisprudencial nos devuelve a tiempos pretéritos en los que el Tribunal Supremo admitía como ajustada a derecho la suspensión de la pensión por IPT ante el hecho de que se continuase realizando la misma profesión para la que se había calificado la IPT y por la que se percibía la pensión correspondiente. Asumía el Tribunal Supremo, en STS 9607/2002, de dieciocho de enero (ECLI:ES:TS:2002:9607) que la imprevisión normativa de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, que sólo preveía la posibilidad de suspensión para el caso de la IPA o GI (art. 18; en sede de revisión del grado de IP)[52], debía obedecer no a una laguna o defecto de técnica legislativa, sino a la imprevisibilidad

[51] Rodríguez Sanz de Galdeano, Beatriz . El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. Documentación Laboral 2020; 120: 59-74.
Analiza la autora, a partir de la indeterminación del "ajuste razonable", las posibles interpretaciones que han de darse al equilibrio entre este ajuste y las consecuencias para el empleador. En la tesis de la autora, el ajuste razonable sería aquél que sea adecuado para garantizar la participación en el empleo de la persona con discapacidad, de forma que sería razonable todo ajuste que cumpliese esa finalidad. Una vez determinado qué ajustes son razonables, sería el empleador en que, en su caso, tuviese la carga de probar lo desproporcionado del ajuste necesario; su carga excesiva. Esta carga probatoria que se hace recaer sobre el empleador resulta coherente con la regla de distribución de la carga de la prueba contenida en el art. 10 de la Directiva 2000/78, de forma que, conforme a esta regla, cuando una persona considere que ha sido discriminada por la no aplicación del principio de igualdad (y no discriminación), será la parte demandada la que, ante hechos que permitan presumir la existencia de tal discriminación, deba probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

[52] Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social (BOE núm. 23, de 26/01/1996).
El art. 18.4, en sede de revisión del grado de IP reconocido, prevé que si el procedimiento de revisión de grado se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiese constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del

objetiva de una situación tan "inusitada" como la que se produce cuando, obtenida la declaración de una IPT para la profesión habitual, los trabajadores continuaran trabajando en la misma empresa, en ejercicio de la misma profesión habitual para la que se les ha considerado físicamente impedidos (FJ SEGUNDO)[53]. Bajo ese planteamiento, la suspensión de la pensión por IPT que venía percibiendo el pensionista al mismo tiempo que mantenía la misma profesión habitual para la que se calificó la IPT venía constituir el medio para restituir la necesaria coherencia entre la percepción de una prestación sustitutiva de rentas salariales y la percepción del salario cuando ambas, prestación y salario, tienen como referencia la misma profesión.

En estos momentos, en los que el conjunto del sistema parece estar reorientándose hacia el rumbo marcado por la interpretación que ha de darse a los preceptos que regulan el régimen de la compatibilidad entre pensión por IP y trabajo, la Entidad Gestora ya ha determinado cual ha de ser el procedimiento que ha de seguirse en el caso de la compatibilización entre pensión por IPA y trabajo, y así, en el Criterio de gestión 11/2024, de trece de junio, de la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica del INSS[54], se establece que ha de suspenderse, mientras se realiza la actividad laboral, el abono de la pensión por IPA. Este procedimiento ha de analizarse con detenimiento para poder fijar su concreto alcance, y así, encontraremos:

a) Que la suspensión no afectará a las actividades laborales que se iniciaron con anterioridad a la nueva orientación de la jurisprudencia.

b) La suspensión tampoco alcanzará al complemento de asistencia por tercera persona que pueda venir percibiendo el pensionista[55].

c) La suspensión se plantea como un procedimiento independiente de la revisión de grado, si bien la realización de actividad laboral por quien tiene calificada una IPA puede ser un claro indicio de la existencia de mejoría funcional y, por tanto, parece lógico que se haya de iniciar un expediente de revisión del grado de IP. La revisión de grado en estos supuestos de suspensión mantiene además un papel relevante, ya que se constituye en garantía de la preservación del principio de sustitución de rentas: en el caso de que el trabajador presentase en efecto una mejoría funcional y que el trabajo que desempeña efectivamente no sea encuadrable en la profesión habitual que tenía cuando se calificó la IPA, la resolución del procedimiento de revisión de grado daría como resultado la

derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, podrá suspenderse la pensión cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la entonces Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS – 1994), referido a los límites de la compatibilidad con el trabajo de la IPA o GI.

[53] Bien es cierto que la sentencia insiste, a la hora de calificar como "inusitada" la circunstancia de seguir trabajando en la profesión para la que se ha calificado la IPT, que tal calificación fue efectuada a instancias del trabajador. Efectivamente, esa consideración convierte aún en más extraña la situación resultante, pero no desvirtúa la incoherencia que se plantea, inste la declaración de incapacidad quien la inste, ante el hecho de mantener actividad en una profesión en la que se considera que no es posible mantenerla.

[54] Criterio INSS 11/2024. Incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta con trabajos que determinen la inclusión en el sistema de la Seguridad Social. Accesible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/f4e6784a-518a-491d-9cae-a55304a990b0/CRITERIO+DE+GESTION+11-2024.pdf?MOD=AJPERES, accedido 20/.6/2024.

[55] Tal y como se ha expuesto, la GI no constituye en realidad un grado de IP y, además, no tiene la base profesional que tiene la incapacidad para el trabajo. Se trata de una valoración autónoma que procede en el caso de que se perciba una pensión por IP. La previsión de que, aunque se desarrolle actividad laboral se mantenga el complemento por GI resulta del todo lógica: puede no existir necesidad de sustituir rentas puesto que se mantiene actividad laboral, pero la necesidad de tercera persona ha de entenderse que subsiste, al menos hasta que se disponga de una nueva valoración médica en el contexto de un expediente de revisión de grado.

> calificación, por mejoría, de una IPT para la profesión habitual, cuya percepción sería compatible con la actividad laboral que, siendo distinta de aquélla, pudiera el pensionista venir ejerciendo.

Se adopta así, por la Entidad Gestora, un procedimiento que permite operativizar la tesis sobre incompatibilidad entre trabajo y pensión por IPA que ahora asume el Tribunal Supremo; un procedimiento de suspensión que posibilita una respuesta ágil frente al inicio de actividad por parte del pensionista, y que permitiría reponer el pago de la prestación una vez haya cesado la actividad laboral incompatible[56].

Este procedimiento contrasta con el que adoptó la Entidad Gestora a raíz de las sentencias dictadas para articular los procedimientos a seguir ante la incompatibilidad entre pensión por IPT y el desempeño de una segunda actividad en el caso de determinados funcionarios públicos. En estos supuestos, la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica dictó la consulta (criterio de gestión) 13/2017, de 2 de agosto[57], y posteriormente, el criterio de gestión 15/2018, de 13 de junio como ampliación del criterio 13/2017[58]. Del conjunto de estos dos criterios ha de concluirse que, efectivamente, se ha de asumir la tesis de la incompatibilidad entre el desempeño de esa "segunda actividad" y la percepción de la prestación económica por IPT.

A partir de esa incompatibilidad, que trae causa en el mismo principio que la que se establece entre la IPA y el desempeño de cualquier actividad, el principio de sustitución de rentas, se establece sin embargo un procedimiento muy distinto para trasladar las consecuencias de la incompatibilidad entre trabajo y pensión al derecho a percibir esta última, optándose en el Criterio de gestión 15/2018 por iniciar una revisión del grado de IP y, si como consecuencia de ésta se concluyese que se mantiene el grado de IPT, iniciar un procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de beneficiario, demandando al pensionista ante la jurisdicción social, a través del procedimiento determinado por el art. 146. 1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)[59] para obtener la nulidad de la resolución que calificaba la incapacidad permanente y, como consecuencia de ello, el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

En estos supuestos en los que una segunda actividad definida "*de iure"* determina una menor exigencia en el ejercicio de la profesión habitual que se sigue ejerciendo al tiempo que se percibe la pensión por IPT para esa profesión, el procedimiento articulado a través de la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio del pensionista y trabajador parece efectivamente ser el más adecuado: la calificación de una IPT responde a que, por el órgano de calificación, se limitó el análisis a la imposibilidad de realizar determinadas funciones en el ámbito de la profesión habitual, sin considerar la posibilidad de continuar ejerciendo la profesión habitual en esta modalidad adaptada de segunda actividad, y por tanto, la resolución habría de considerarse susceptible de revisión. Y no hay mejor prueba de la necesidad de revisarla que el mantenimiento de la profesión habitual para la que se

[56] No determina el Criterio de Gestión si el pago de la prestación debe reponerse a solicitud del pensionista o si, por el contrario, debe actuar la Entidad Gestora de oficio.

[57] Criterio INSS 13/2017. Incapacidad permanente total. Situación de "segunda actividad". Accesible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/617e7d1a-0472-4102-91d9-d31674d0fec6/Consulta+13-2017.pdf?MOD=AJPERES , accedido 16/06/2024.

[58] Criterio INSS 15/2018. Ampliación del criterio nº 13/2017. Incapacidad permanente total. Situación de 'segunda actividad'. Accesible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7b400565-d25c-4cae-894b-3ae5792d57ba/CRITERIO+DE+GESTION+15-2018.pdf?MOD=AJPERES, accedido 16/06/2024.

[59] Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11/10/2011).

calificó la IPT. Ante esta situación no cabe otra solución que dejar sin efecto la calificación inicial que determinaba la existencia de una IPT[60] que se ha demostrado por los hechos que no existe.

Ahora bien; cabe preguntarse si en el resto de las actividades laborales, en las que no existe desde luego una segunda actividad reglamentada y definida en cuanto a contenido, es posible que, mediante una adaptación de las funciones, pero sin salirse del ámbito de la profesión habitual (acotada en su contenido dentro de los límites determinados por la movilidad funcional), se pueda mantener tras la calificación de IPT la misma profesión habitual y percibir al mismo tiempo la pensión por IPT. Parece que, al menos a priori, no sólo es posible sino que, además, puede llegar a ser muy probable que, ante un trabajador con discapacidad, se pueda llegar, en muchas ocasiones, a una auténtica segunda actividad "*de facto*". Sobre todo considerando las conclusiones a las que llegaba el TJUE en su STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, sentencia que determina que es contraria al derecho de la Unión Europea (UE) la previsión contenida en el art. 49 e) del TRLET. Esta previsión considera como causa autónoma de extinción del contrato de trabajo la calificación de una IPT, IPA o una GI sin que se exija que la empresa justifique que, antes de proceder a la extinción del contrato, se han llevado a cabo los necesarios "ajustes razonables" (adaptaciones en fin del puesto de trabajo) para tratar de conservar el empleo del trabajador con discapacidad. Este empleo podría, en muchos casos, mantenerse mediante estos "ajustes razonables" en el seno de lo que hemos venido a denominar segunda actividad "*de facto"*.

El planteamiento de la necesidad de mantener el empleo del trabajador con discapacidad a pesar de las limitaciones que pudieran derivar de ésta no es nuevo en la doctrina científica, y mucho antes de esta sentencia, encontramos llamadas de atención sobre la necesidad de abordar una modificación del art. 49 e) del TRLET para acomodarlo al derecho a la inserción laboral de las personas con discapacidad[61].

En cualquier caso, la imposición de estos ajustes razonables al empleador consagra la creación de una especie de "segunda actividad" dentro de la relación laboral, segunda actividad que, si bien no tiene un contenido concreto regulado mediante norma específica, no es menos cierto que ha de estar vertebrada sobre la adaptación de los requerimientos del trabajo a las capacidades del trabajador con discapacidad y, por tanto, podría considerarse que se trata de una segunda actividad "*ad hoc*", diseñada en cuanto a su contenido con arreglo a la capacidad residual que mantiene el trabajador.

Desde esta perspectiva, nos encontramos ahora con que esa "segunda actividad" que el Tribunal Supremo entendía que no podría constituirse en un régimen privilegiado para ciertos

[60] Aquí ha de tenerse en cuenta que el procedimiento conlleva, además, la reclamación de las cuantías que, al resultar errónea la calificación de IPT, devienen en indebidamente percibidas. Ha de tenerse en cuenta, para el ejercicio de la acción de revisión, el plazo prescriptivo para la misma que establece el art. 146.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11/10/2011), que coincide, *ex* art. 55.3 del TRLGSS – 2015, con el plazo prescriptivo para la obligación de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

[61] Rivas Vallejo P. *El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo*. Revista de jurisprudencia laboral 2020; 10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120.
Señala la autora, a propósito del comentario de la STS 3077/2020, de dieciséis de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3077), que la asociación automática entre calificación de incapacidad permanente total y la pérdida del empleo sería contraria a los derechos de las personas con discapacidad. Anticipándose al fallo del TJUE, la autora establece que procedería antes de proceder a una extinción automática del contrato de trabajo acudir a la implementación de los ajustes razonables en el puesto de trabajo previstos en la Ley General de derecho de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Estos ajustes permitirían adaptar las condiciones de trabajo o movilizar a la persona afectada a otras funciones compatibles con su cuadro patológico antes de evaluar su posible ineptitud para el puesto. Esta propuesta de la autora resulta coherente con el clásico principio del derecho laboral que propugna la conservación del empleo.

colectivos (policías, bomberos) en cuanto a la posibilidad de compatibilizar, con arreglo a una norma que la regula, pensión por IPT y trabajo, puede ahora considerarse generalizable al conjunto de trabajadores que, no mediante norma específica sino mediante la aplicación de los denominados "ajustes razonables", pueden acceder a una modalidad de ejercicio de la profesión habitual adaptada a sus capacidades residuales. Esta situación, en buena lógica, tampoco podría convertirse ahora en un régimen privilegiado para los trabajadores que, por causa de estos ajustes razonables, pudiesen continuar desarrollando su profesión habitual al tiempo que pudieran percibir, simultáneamente, una pensión por IPT, por lo que estaríamos ante una situación de incompatibilidad entre pensión y trabajo[62].

Esta "segunda actividad *de facto*" determinada por los "ajustes razonables" efectuados sobre los requerimientos genéricos de la que se considerase profesión habitual estaría de alguna manera presente en el conjunto de actividades laborales, y vendría determinada por el desempeño de la profesión habitual desde una reducción de las funciones a desarrollar. No obstante, tendremos una diferencia esencial entre el régimen de segunda actividad (segunda actividad "de iure", en un régimen administrativo para determinadas profesiones) y esta suerte de equivalente en el ámbito de las relaciones laborales "usuales": el carácter particular de estas últimas. No tendremos una norma jurídica que determine, como sí la hay en el ámbito administrativo de estas profesiones con segunda actividad, el contenido de estas funciones adaptadas, ya que, desde el momento en el que ajuste razonable se define a nivel de una empresa determinada (lo que es razonable en una empresa de gran tamaño puede no serlo en una pequeña empresa), el contenido de las concretas funciones a desempeñar por mor de tales ajustes razonables tendrá que definirse mediante el contrato de trabajo.

Podría además ocurrir que la imposibilidad de llevar a cabo esos ajustes razonables condujese, finalmente, a la extinción del contrato de trabajo en la empresa concreta en la que el trabajador presta sus servicios, pero que, con posterioridad, pueda incorporarse a otra empresa (o incluso desarrollar trabajo por cuenta propia) en la que pueda mantener esa misma profesión en una versión adaptada a sus capacidades residuales, llegándose de nuevo a una situación de incompatibilidad.

Desde este planteamiento, el procedimiento a seguir por la Entidad Gestora para materializar los efectos jurídicos de la incompatibilidad entre pensión por IPT y trabajo no parece que debieran discurrir a través del procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de beneficiarios. Estas situaciones de incompatibilidad "sobrevenida" por la posibilidad de desarrollar la profesión habitual una vez calificada una IPT para ésta no derivan de un error en el proceso de calificación, sino de la aparición de nuevas circunstancias; de la posibilidad de que ajustes que ahora, bajo estas nuevas circunstancias (una nueva empresa, trabajo por cuenta propia), son razonables pero que no lo eran en el momento de la calificación. No hubo pues error en el procedimiento de calificación y no procedería por tanto revisar una resolución administrativa que era ya correcta "*ab initio*".

[62] El Consejo Económico y Social (CES) analiza esta situación en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/ 2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo (disponible en https://www.ces.es/documents/10180/5295981/Dic062024.pdf, accedido 08/08/2024).
Mediante este proyecto de ley, el gobierno propone una modificación del ET de forma que la calificación de una IPT, IPA o GI no suponga la extinción automática del contrato de trabajo, incorporando así la doctrina del TJUE sobre la obligación de la empresa de efectuar los ajustes necesarios para preservar el empleo.
Advierte el CES en su dictamen sobre las dificultades de encaje de esta modificación del ET sin contemplar al mismo tiempo una modificación de la normativa en materia de Seguridad Social sobre IP y, en particular, sobre la compatibilidad entre la percepción de una pensión por IP y la realización de un trabajo. El propio anteproyecto de Ley, continúa el dictamen del CES, contempla la necesidad de revisar el régimen jurídico de la IP, revisión que, no olvidemos, lleva ya pendiente desde hace un cuarto de siglo.

Parece más adecuado mantener para estos casos un régimen de suspensión de la pensión por IPT[63], suspensión que sería consecuencia de la resolución de un expediente contradictorio cuya finalidad sería determinar si, en efecto, la actividad laboral que se está realizando por el trabajador constituye la misma para la que se calificó la IPT. De esta manera, la suspensión quedaría acotada a los períodos en los que se produce la simultaneidad entre la percepción de la pensión por IPT y la realización de un trabajo y, por tanto, la percepción de rentas salariales.

3.3. El reintegro de prestaciones indebidamente percibidas en supuestos de compatibilidad entre pensión por y trabajo

La determinación administrativa de la incompatibilidad entre pensión por IP y trabajo debe llevarnos a considerar que, durante los períodos en los que se ha simultaneado actividad laboral y pensión, las cuantías percibidas por este concepto habrán de ser consideradas como indebidamente percibidas.

Si la finalidad de la pensión por IP es la de sustituir rentas salariales ante una disminución o pérdida de la capacidad de obtener rentas del trabajo, la constatación de que se han obtenido tales rentas debe llevarnos a la conclusión de que no hay rentas que sustituir y, por tanto, las cuantías que se pudieran haber percibido por este concepto han de ser reintegradas siguiendo lo dispuesto en el art. 55 del TRLGSS - 2015. Así se establece con claridad en el ya citado Criterio 15/2008 de 13 de junio, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS sobre actuaciones en casos de ejercicio de una segunda actividad dentro de la profesión habitual cuando se ha calificado previamente una IPT para esa profesión habitual y, si bien no se menciona de forma expresa por el criterio correspondiente (11/2024 de 13 de junio) en el caso de las compatibilizaciones entre trabajo e IPA, resulta evidente que existe identidad entre ambos supuestos en lo que a la percepción simultánea de salario y prestación se refiere y, por tanto, la conclusión a la que lleguemos debe ser, necesariamente, que se han de reintegrar las cuantías percibidas en concepto de pensión durante el tiempo en que se ha simultaneado percepción de salario y pensión por IPA. Cabría, desde luego, aplicar el mismo razonamiento en la situación en la que se determinase que se compatibiliza una pensión por IPT con la profesión para la que se calificó esa IPT[64].

4. CONCLUSIONES

El reciente cambio de posición del Tribunal Supremo sobre cómo han de interpretarse las normas que disciplinan la compatibilidad entre pensión por incapacidad y trabajo se ha vertebrado alrededor del carácter sustitutivo de las rentas salariales que tienen las pensiones por incapacidad. A este cambio de la doctrina del Tribunal Supremo, que vuelve a posiciones restrictivas de la compatibilidad, hay que unir el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europa acerca de la exigencia

[63] Álvarez Moreno, A. *Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual: situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión*. Medicina y Seguridad del Trabajo 2016; 62, 69-76.
Proponía ya entonces la autora, para estos casos de incompatibilidad entre la actividad laboral desarrollada y la pensión por IPT, que debe la Entidad Gestora disponer de competencia para la valoración de las exigencias del nuevo puesto de trabajo para impedir el desempeño de trabajos con similares o superiores requerimientos en relación a los que tenía la profesión para la que se calificó la IPT y que, realizada esa evaluación, pudiera la Entidad Gestora suspender la pensión cuando se desarrolle la misma profesión u otra que tuviese unos requerimientos iguales o superiores que los que se asumía que no se podrían desempeñar (y por eso se calificó la IPT).

[64] En todo caso, la obligación de reintegrar estas cuantías que se califican como indebidamente percibidas por haberse percibido al mismo tiempo que la renta procedente del trabajo que debían sustituir tiene un límite. El art. 55.3 del TRLGSS – 2015 establece un plazo de prescripción de cuatro años para esta obligación de reintegro, por lo que sólo serían exigibles las cuantías percibidas en los cuatro años inmediatamente anteriores a su reclamación por parte de la Entidad Gestora.

de agotar los "ajustes razonables" antes de que pueda concluirse que, como consecuencia de una situación de discapacidad del trabajador, se ha de extinguir el contrato de trabajo.

En su conjunto, las sentencias de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se han analizado conllevan dos consecuencias inmediatas. La primera de ellas, sobre el procedimiento de calificación de una incapacidad permanente a la hora de contemplar el efecto que esos potenciales ajustes razonables tienen sobre la posibilidad de mantener la actividad laboral incluso en la profesión habitual, y por tanto, evitar la calificación de una incapacidad permanente. Pero, sobre todo, han de tenerse en cuenta las consecuencias que tienen sobre el régimen de compatibilidad entre prestaciones por incapacidad permanente y trabajo, ya que es previsible que puedan aparecer incompatibilidades sobrevenidas que exigirían procedimientos administrativos que, considerando las circunstancias que determinan la incompatibilidad, permitan aplicar la norma en cada caso particular.

El retorno a las tesis restrictivas sobre la compatibilidad entre pensión por incapacidad y trabajo abre la puerta a la posibilidad de suspensión de la pensión por incapacidad permanente, sea ésta en grado de absoluta o en grado de total, si bien manteniendo, en su caso, el complemento por gran invalidez. Aunque la norma positiva vigente en este momento limita las posibilidades de suspensión a las pensiones por IPA o GI, el cambio de doctrina del Tribunal Supremo permitiría retomar las tesis contenidas en la STS 9607/2002, de dieciocho de enero (ECLI:ES:TS:2002:9607), amparando así la suspensión de una IPT en el caso de mantener el desempeño de la misma profesión para la que se calificó la IPT con fundamento en la aplicación del principio de sustitución de las rentas procedentes de la profesión habitual que rige para esta prestación.

A la vista de estos cambios, que traen causa en la interpretación de la norma y no en la norma positiva, ha de plantearse la oportunidad de reorientar nuestro sistema de calificación de la incapacidad permanente de forma que contemple la realidad del mercado laboral actual, muy lejana de la que éste tenía en la década de los 60 del pasado siglo, momento histórico en el que se diseñaron las reglas esenciales de nuestro sistema de protección de la incapacidad permanente.

La incorporación al sistema de un desarrollo normativo que permitiese una mayor flexibilidad del régimen calificación, y que contemplase más allá de la dicotomía incapacidad *vs*. no incapacidad, permitiría que realidades como la adaptación del puesto de trabajo con atenuación de los requerimientos laborales facilitasen la conservación del empleo y una adecuada compensación por la capacidad laboral perdida más allá del modelo de compatibilidad que resulta de esa consideración dicotómica entre incapacidad permanente (en tres grados) y no incapacidad.

5. ABREVIATURAS

CES. Consejo Económico y Social.

DT. Disposición Transitoria.

ECLI. European Case Law Identifier (Identificador Europeo de Jurisprudencia).

INSS. Instituto Nacional de la Seguridad Social.

IP. Incapacidad permanente.

IT. Incapacidad temporal.

ITSS. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LGSS. 1966 Texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1966.

LGSS. 1974 Texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

OIN. Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLET. Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

TRLGSS – 1994. Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.

TRLGSS – 2015. Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015.

6. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortés J C, Alonso Russi E. *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*. Temas laborales 2010; 106: 245-259.

Álvarez Moreno A. *Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual: situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión*. Medicina y Seguridad del Trabajo 2016; 62: 69-76.

Ballester Pastor I. *La Resolución del INSS declarativa de la incapacidad permanente total prevista en el art. 49.1.e) ET extingue el contrato de trabajo sin necesidad de comunicación formal de la empresa, no resultando aplicable lo preceptuado en el art. 55 ET.* Revista de jurisprudencia laboral 2021; 4. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001263. Accedido 30/04/2024.

Carbajo Sotillos MD (coord.). *Guía de valoración profesional 3ª edición*. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid, 2014. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES Accedido 29/06/2024.

Consejo Económico y Social. *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/ 2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo*.

Disponible en https://www.ces.es/documents/10180/5295981/Dic062024.pdf, accedido 08/08/2024).

Cosculluela Montaner L. *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo*. Revista de administración pública 1977; 84: 185 – 202.

Fernández-López JA, Fernández-Fidalgo MA, Reed G, Stucki G, Cieza A. *Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento (CIF).* Revista española de salud pública 2009; 83:775-783.

Legerén-Molina A. *La equiparación de la «dificultad extraordinaria» de cumplimiento a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Análisis crítico.* Anuario de Derecho Civil 2023; Tomo LXXVI, fascículo III, julio-septiembre: 1085 - 1150.

Luján Alcaraz J, Selma Penalva A. *Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total.¿ Compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)*. Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum 2017; 13: 207-214.

Marfeo EE, Haley SM, Jette AM, Eisen SV, Ni P, Bogusz K, Meterko M, McDonough CM, Chan L, Brandt DE, Rasch EK. *Conceptual foundation for measures of physical function and behavioral health function for Social Security work disability evaluation*. Arch Phys Med Rehabil. 2013 Sep;94(9):1645-1652.

Monereo JL, Rodríguez Iniesta G. *La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (A casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)*. Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum 2016; 8: 13- 33.

Pérez-Beneyto Abad JJ. *La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: del Estado del bienestar al Estado asistencial*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2012; 29 - 30: 234 – 256.

Rivas Vallejo P. *El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo*. Revista de jurisprudencia laboral 2020; 10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120. Accedido 08/04/2024.

Rodríguez Ennes L. *La crisis de la autonomía de la voluntad y la aparición del moderno contrato de trabajo* en *A autonomía da vontade e as condições Gerais do contrato, de Roma ao direito actual. Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano* (Fortaleza, Ceará, Brasil, 2002): 630 – 659. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-70099901028_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO_La_crisis_de_la_autonom%C3%ADa_de_la_voluntad_y_la_aparici%C3%B3n_del_moderno_contrato_de_trabajo._(Fortaleza,_2002). Accedido 30/04/2024

Rodríguez Sanz de Galdeano B. *El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad.* Documentación Laboral 2020; 120: 59-74.

Selma Penalva A. *Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual.* Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, 2016; 7: 51 - 74.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 93-121

La modificación del Régimen Jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación[1]

The modification of the Legal Regime of the special agreement for the recovery of contributions for internships, training grants, and research grants

Josep Moreno Gené[2] *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universitat de Lleida
https://orcid.org/0000-0001-7908-0231

Sumario

1. Los déficits de la regulación original del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación.
2. El incremento del período de cotización recuperable por quienes ya suscribieron el convenio especial previsto en el Real Decreto 1493/2011
3. La aclaración de los requisitos de suscripción del convenio especial
4. La ampliación del plazo de solicitud de suscripción del convenio especial
5. La concreción de los períodos de cobertura de las prestaciones
6. El abaratamiento de la cotización del convenio especial
7. Mejora de las posibilidades de fraccionamiento del pago de la cotización
8. Aclaración del ámbito subjetivo del convenio especial de carácter extraordinario: becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título
9. La recuperación de períodos de cotización por las prácticas académicas que se vieron afectadas por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013
10. La previsión de un generoso régimen transitorio.
11. Valoración final
12. Bibliografía consultada

[1] Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación en el que colaboro, PID2020-113929GB-100, sobre los límites de la autonomía de las universidades públicas.

[2] El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña "*Social and Business Research Laboratory*" (SBRLab). Ref. 2021 SGR 00460.

Fecha Recepción: 10/10/2024
Fecha Revisión: 12/11/2024
Fecha Aceptación: 13/11/2024

Cita Sugerida: MORENO GENÉ, J..: «La modificacion del Régimen Jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 93-121.

Resumen

En este estudio se analiza el alcance de las modificaciones sustanciales introducidas por la Orden ISM/812/2024 en el régimen jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación, con la finalidad de valorar si las mismas serán suficientes para dulcificar sus aspectos más gravosos y, en última instancia, si van a contribuir a fomentar la suscripción del referido convenio especial por parte de las posibles personas beneficiarias.

Palabras clave

convenio especial; cotización a la seguridad social; periodos de prácticas; becas formativas; becas de investigación

Abstract

This study analyses the scope of the substantial modifications introduced by Order ISM/812/2024 in the legal regime of the special agreement for the recovery of contributions for internships, training grants and research grants, with the aim of assessing whether they will be sufficient to soften its most burdensome aspects and, ultimately, whether they will contribute to encouraging potential beneficiaries to sign up to the aforementioned special agreement.

Keywords

special agreement; social security contributions; internships; training grants; research grants

1. LOS DÉFICITS DE LA REGULACIÓN ORIGINAL DEL CONVENIO ESPECIAL PARA LA RECUPERACIÓN DE COTIZACIÓN POR PERÍODOS DE PRÁCTICAS, BECAS FORMATIVAS Y BECAS DE INVESTIGACIÓN.

El Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (en adelante, Real Decreto-Ley 2/2023) ha procedido a añadir la disposición adicional quincuagésima segunda al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, DA 52ª TRLGSS), en la que se introduce una nueva regulación de la "inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación"[3].

El Real Decreto-Ley 2/2023, sin embargo, no se limita a prever la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS) de aquellas personas que a partir del momento de su entrada en vigor vayan a encontrarse en la situación objeto de regulación de esta norma, es decir, los estudiantes universitarios o de formación profesional que realicen las prácticas definidas en la misma, sino que, por el contrario, dedica el apartado octavo de la referida DA 52ª TRLGSS a todas aquellas personas que con anterioridad a su fecha de entrada en vigor ya se hubieran encontrado en la situación indicada en la misma. Para este amplísimo colectivo se contempla la posibilidad de suscribir un convenio especial, por una única vez, que les posibilite el cómputo de cotización por los períodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizadas antes de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023, hasta un máximo de dos años.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la Isla de la Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante, Real Decreto-ley 5/2023), ampl*í*a la posibilidad de recuperar los períodos de cotización por los períodos de formación o de prácticas hasta un máximo de cinco años.

Y, finalmente, la disposición final undécima 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 (en adelante, DF 11ª Real Decreto-Ley 8/2023) complementa este mandato al facultar a la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para adoptar las disposiciones normativas oportunas que posibiliten de manera extraordinaria la suscripción de un convenio especial, a solicitud de los interesados, que permita ampliar, hasta un máximo de 5 años, el cómputo como cotizado

[3] Sobre el alcance inicial de esta norma *vid.* 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. Laborum,* núm. 35, 2023, Vela Díaz, R.: "La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de la Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales?", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 36, 2023 y Crespo Ortíz, D.: "La cotización de las prácticas académicas externas a la luz de los nuevos cambios introducidos por el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo", *Labos*, núm. 1, 2024. Específicamente sobre el impacto de esta norma en el alumnado universitario *vid.* Cabero Morán, E.: "La seguridad social del estudiantado universitario, setenta años de soledad (1953-2023)", *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023. Sobre los antecedentes inmediatos de esta norma *vid.* Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: "El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.

de los períodos de formación a que se refiere la disposición adicional primera 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 (en adelante, Real Decreto 1493/2011). A tal efecto, se prevé que se entenderán también incluidos en las situaciones objeto de regulación, los períodos prestados por aquellos que, siendo graduados universitarios y a través de los correspondientes estudios oficiales de doctorado, antes de 4 de febrero de 2006, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación (en adelante, EPIF), hayan participado en programas de formación de naturaleza investigadora, tanto en España como en el Extranjero[4].

En cumplimiento de estas previsiones, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones aprobó la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, por la que se regula la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social a efectos del cómputo de la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas reguladas en 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, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor (en adelante, Orden ISM/386/2024)[5].

La previsión incorporada inicialmente por el Real Decreto-Ley 2/2023 y, posteriormente, desarrollada por la Orden ISM/386/2024 merecía *a priori* una valoración positiva, no en vano, tenía que permitir que aquellas personas, habitualmente jóvenes, que durante períodos más o menos extensos de tiempo habían participado en períodos de prácticas, habían sido becarios en programas de formación o habían "disfrutado" de becas de investigación sin haber recibido por ello ninguna cobertura en materia de Seguridad Social pudieran recuperar determinados períodos de cotización[6].

A tal efecto, cabía esperar que esta recuperación de períodos de cotización se tradujera en el futuro en una mejora de las condiciones de acceso a las pensiones de Seguridad Social y, muy especialmente, a la pensión de jubilación, al facilitarse el aumento de los períodos cotizados, precisamente en un momento en que la entrada cada vez más tardía de los jóvenes en el mercado laboral y el aumento del número de años necesarios para acceder a la pensión de jubilación y a la cuantía máxima de la misma, con toda seguridad van a suponer un recorte muy significativo de sus derechos cuando los mismos accedan a la jubilación.

Esta valoración aún debía ser más positiva si se tiene en cuenta que tras el Real Decreto-Ley 5/2023 se había previsto la posibilidad de recuperar los referidos períodos de cotización hasta un máximo de cinco años, frente a los dos años previstos en las anteriores ocasiones en que también se ha permitido la recuperación de cotización por períodos de prácticas formativas. A pesar de que con esta ampliación del período recuperable aún no siempre se posibilitaba el cómputo de cotización por la totalidad de los períodos de formación realizados, sino exclusivamente hasta un máximo de cinco años, parecía un tiempo lo suficientemente extenso para poder recuperar a efectos de carrera de cotización una parte sustancial de los años en que se había participado en períodos de prácticas,

[4] Un comentario de la norma en Moreno Gené, J.: "La inclusión en la seguridad social del alumnado en prácticas: últimos cambios normativos y nuevos criterios interpretativos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024.

[5] Un comentario de esta norma en Moreno Gené, J.: "La recuperación del cómputo de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 159, 2024.

[6] *Vid.* una primera valoración positiva en Moreno Gené, J.: "Nueva oportunidad para la recuperación de la cotización por períodos de prácticas y becas de investigación", en *Briefs AEDTSS*, núm. 55, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

becas formativas o becas de investigación sin ninguna cobertura de Seguridad Social, reparándose de este modo el agravio que históricamente habían sufrido quienes habían desarrollado estas prácticas o "disfrutado" de estas becas privados totalmente de cualquier cobertura en materia de Seguridad Social.

Pese a ello, algunos aspectos del régimen jurídico previsto inicialmente para la recuperación de los referidos períodos de cotización en la Orden ISM/386/2024, entre otros, el elevado coste económico del convenio especial, las limitadas posibilidades de fraccionamiento del pago y la previsión de un plazo máximo para su solicitud, suponían un indudable obstáculo para que las posibles personas beneficiarias optaran por recuperar sus respectivos períodos de cotización. A tal efecto, resultaba criticable que no se hubiera aprovechado la ocasión para abordar algunos de los aspectos del régimen jurídico previsto para la recuperación de los períodos de cotización en el Real Decreto 1493/2011 que, sin lugar a dudas, habían sido los causantes del escaso éxito de esta medida[7]. En este contexto todo hacía prever que los déficits normativos seguirían constituyendo un obstáculo insalvable para que las posibles personas beneficiarias optaran por recuperar los respectivos períodos de cotización, con el perjuicio que ello iba a suponer para un futuro acceso a las pensiones de Seguridad Social y, en especial, a la pensión de jubilación.

Ante estos déficits de regulación del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación, no es de extrañar que los posibles colectivos destinatarios de esta medida inmediatamente manifestaran su malestar e instaran al Ministerio a negociar una mejora de las condiciones de suscripción del convenio especial que les permitiera recuperar en mejores condiciones el cómputo de cotización por sus períodos de prácticas, becas formativas o becas de investigación. Como no podía ser de otro modo, fue el colectivo del personal investigador, que era el que acreditaba los períodos más extensos de becas de investigación en sus carreras profesionales, los que lideraron las reivindicaciones dirigidas al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones[8].

En este contexto, la Mesa del Diálogo Social y Pensiones fue la encargada de abordar la mejora de la Orden para recuperar años cotizados de antiguos estudiantes en prácticas e investigadores, para lo cual, vino a atender las peticiones de los interlocutores sociales en los siguientes términos: a) Tomar como base de cotización del convenio especial la base mínima correspondiente al año de realización de la actividad; b) Poder rescatar íntegramente cinco años, también en los casos en los que, de acuerdo con la regulación de 2011, ya se hubiesen rescatado dos años (5+2); c) Extender a cuatro años y medio la 'ventana' temporal abierta para la suscripción del convenio, ampliándose de este modo esta ventana hasta el 31 de diciembre de 2028; d) Ampliar la posibilidad de fraccionamiento de pago hasta el doble del periodo rescatado con un máximo de siete años; y, finalmente, e) Aclarar el ámbito de aplicación del convenio especial dando cobertura a todas las situaciones amparadas por el Real Decreto 1493/2011.

[7] Sobre las disfunciones del Real Decreto 1493/2011, *vid.* Moreno Gené, J.: "La recuperación de períodos de cotización de los "exbecarios" tras el Real Decreto Ley 5/2013", *Revista de Derecho Social,* núm. 65, 2015.

[8] *Vid.* al respecto, los comunicados de la Federación de Jóvenes Investigadores: *Cotizar sí, pero no a cualquier precio, 14 de mayo de 2024*. Este documento puede consultarse en: https://fji.precarios.org/cotizar-si-pero-no-a-cualquier-precio/; de la Confederación de Sociedades Científicas de España: *Ante la orden ministerial de regularización de cotización retroactiva de becas de investigación*, mayo de 2024. Este documento puede consultarse en: https://cosce.org/ante-la-orden-ministerial-de-regularizacion-de-cotizacion-retroactiva-de-becarios-de-investigacion/ y de la Asociación de Antiguos Becarios de Investigación y Docencia (ABID): *Manifiesto InvestigarSinCotizar. Excelencia investigadora sin derechos laborales: España ha maltratado y maltrata a su personal investigador.* Este documento puede consultarse en: https://drive.google.com/file/d/15kZ2fUdJB0NKd35UFj0Yc5TnSn_T_hQo/view

En cumplimiento de estos compromisos, en el Boletín Oficial del Estado de 1 de agosto de 2024 se publicaba la Orden ISM/812/2024, de 26 de julio, por la que se modifica la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, por la que se regula la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social a efectos del cómputo de la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas reguladas en 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, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor (en adelante, Orden ISM/812/2024), mediante la que se introducen cambios sustanciales en el régimen jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación, que entró en vigor al día siguiente al de su publicación, es decir, el día 2 de agosto de 2024 (disposición final única de la Orden ISM/812/2024)[9].

La decisiva influencia de los agentes sociales y de las entidades representativas de los colectivos afectados, especialmente del personal investigador, en la modificación de la Orden ISM/386/2024 se recoge de forma expresa en la parte expositiva de la Orden ISM/812/2024, que indica de forma expresa que "la aprobación de la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, ha suscitado, por parte de los agentes sociales y de diferentes entidades representativas del colectivo afectado peticiones de revisión de determinados aspectos del régimen jurídico establecido para la suscripción del convenio especial a que esta se refiere que se consideran excesivamente gravosos". A lo que se añade que "examinadas las peticiones (…), se ha considerado oportuno acometer la revisión de determinados aspectos regulatorios contenidos en la orden antes mencionada y a tal finalidad se dirige esta orden"[10].

En este estudio se analiza, precisamente, el alcance de las importantes modificaciones introducidas en el régimen jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación, con la finalidad de valorar si las mismas serán suficientes para dulcificar sus aspectos más gravosos y, en última instancia, si van a contribuir a fomentar la suscripción del referido convenio especial por parte de las posibles personas beneficiarias.

2. EL INCREMENTO DEL PERÍODO DE COTIZACIÓN RECUPERABLE POR QUIENES YA SUSCRIBIERON EL CONVENIO ESPECIAL PREVISTO EN EL REAL DECRETO 1493/2011

La Orden ISM/386/2024 contempla el cómputo de la cotización correspondiente a los períodos de prácticas recuperables hasta un máximo de 1.825 días, lo que se corresponde con los cinco años contemplados en la redacción vigente de la DA 52ª TRLGSS. En consecuencia, el convenio especial que se suscriba no posibilitará necesariamente el cómputo de cotización por la totalidad de los períodos de prácticas realizados, sino exclusivamente por cinco años, de modo que, si se ha participado en programas de formación por más de cinco años, el tiempo excedente no podrá ser recuperado para la carrera de cotización. En definitiva, la norma fija un período máximo de regularización del cómputo de cotizaciones de cinco años.

[9] Un primer comentario de urgencia de esta norma en Moreno Gené, J.: "Modificación del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación", en *Briefs AEDTSS*, núm. 75, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024 y Rojo Torrecilla, E.: "Cotización por períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas. Notas a la Orden de 26 de julio que modifica sustancialmente la de 29 de abril, y texto comparado", en el Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 1 de agosto de 2024. Este documento puede consultarse en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/08/cotizacion-por-periodos-de-practicas.html

[10] Rojo Torrecilla, E: "Cotización por períodos de prácticas…" *cit.* también señala la incidencia que en esta reforma han tenido las asociaciones de investigadores y las organizaciones sindicales.

Con carácter general, parecía un tiempo lo suficientemente extenso para reparar el agravio que históricamente han sufrido quienes han desarrollado las referidas prácticas habiéndose visto privados de cualquier cobertura en materia de Seguridad Social, sobretodo, si se compara con los dos años previstos como máximo en las anteriores oportunidades de recuperación de períodos de cotización[11] e, incluso, en la propia redacción inicial de la DA 52ª TRLGSS. Ahora bien, como ya se ha anticipado, ello no obsta a que, en supuestos muy específicos, como es el caso del antiguo personal investigador, el período máximo de cinco años aún podría resultar insuficiente, atendiendo a los larguísimos períodos de ausencia de cobertura de seguridad social por los que tuvo que transitar una gran parte de este colectivo.

En la regulación inicial de la Orden ISM/386/2024 se preveía, además, que, en el supuesto de prácticas remuneradas realizadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2011, si los solicitantes del convenio ya hubieran suscrito el convenio especial regulado en la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011 (en adelante, DA 1ª del Real Decreto 1493/2011), el período máximo de prácticas a reconocer y computar por el nuevo convenio estaría constituido por la diferencia entre 1825 días (cinco años) y el número de días que ya fueron reconocidos y computados en virtud del anterior convenio especial, hasta un máximo de dos años.

A tal efecto, cabe recordar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (en adelante, Ley 27/2011) incorporó una disposición adicional tercera, en la que contemplaba, entre otras, la previsión de que los participantes en programas de formación que cumplieran determinadas exigencias pudieran suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determinara el entonces Ministerio de Trabajo e Inmigración, que les posibilitara el cómputo de cotización por los períodos de formación realizados antes de la fecha de entrada en vigor del desarrollo reglamentario de esta norma, hasta un máximo de dos años[12].

Esta previsión fue desarrollada por el Real Decreto 1493/2011, que dedicó su DA 1ª a todas aquellas personas que con anterioridad a su fecha de entrada en vigor ya se hubieran encontrado en la situación descrita en dicha norma, es decir, ya hubieran sido participantes en los programas de formación previstos en la misma. Para este amplísimo colectivo se contempló la posibilidad de suscribir un convenio especial, por una única vez, que les posibilitara el cómputo de cotización por los períodos de formación realizados, tanto en España como en el extranjero, hasta un máximo de dos años[13].

---

[11] *Vid*. Moreno Gené, J.: "La recuperación de períodos de cotización…" *cit.*

[12] Un análisis de esta disposición en Panizo Robles, J.A: "Una nueva reforma de la Seguridad Social. Comentario a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 343, 2011, pp. 112 y ss y De La Puebla Pinilla, A.: "La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la Seguridad Social y otras novedades de la Ley 27/2011 (El convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresas)", en García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (Dirs.), "La reforma de la Seguridad Social 2011", Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 335-338.

[13] Un amplio comentario de esta norma en Moreno Gene, J.: "La Seguridad Social de los participantes en programas de formación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 345, 2011. *Vid.* también, Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S. "La incorporación al régimen general como asimilado a trabajador por cuenta ajena. Especial referencia a los becarios", en Vicente Palacio, M.A (Coord.), *Estudios de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2021, Fernández Orrico, F.J.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012, Hernández Martínez, M.: "Inclusión en la Seguridad Social de los becarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837, 2012 y Rodríguez Cardo, I.A.: "La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012.

En este contexto, la previsión contenida en la versión inicial de la Orden ISM/386/2024, según la cual, en el supuesto de prácticas remuneradas realizadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2011, si los solicitantes del convenio ya hubieran suscrito el convenio especial regulado en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, el período máximo de prácticas a reconocer y computar por el nuevo convenio estaría constituido por la diferencia entre 1825 días (cinco años) y el número de días que ya fueron reconocidos y computados en virtud del anterior convenio especial, hasta un máximo de dos años, podía suponer un agravio comparativo respecto a quienes no hubieran suscrito con anterioridad el convenio especial previsto en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, puesto que, mientras que estos podrían suscribir ahora un convenio especial por la duración máxima de 1825 días (cinco años), aquellos que, en su momento, fueron más previsores y formalizaron el convenio especial previsto en el Real Decreto 1493/2011, no podrían suscribir ahora el nuevo convenio especial por su duración máxima de 1825 días, sino que la duración del mismo quedaría reducida por el tiempo por el que se hubiera suscrito el anterior convenio especial.

Frente a ello, el artículo único de la Orden ISM/812/2024 introduce dos modificaciones en la Orden ISM/386/2024.

La primera, se recoge en el apartado uno de dicho precepto, que da un nuevo redactado al párrafo sexto de la parte expositiva de la Orden ISM/386/2024, con el que se avanza el sentido de la reforma que se va a acometer en este punto. A tal efecto, se incorpora la siguiente previsión: "Con respecto a las prácticas formativas de carácter remunerado, debe tenerse en cuenta, no obstante, que su realización ya ha determinado la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los alumnos a los que se refiere la citada disposición adicional quincuagésima segunda desde el 1 de noviembre de 2011, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1493/2011 (…). Por ello, en tales casos los períodos de formación a reconocer y computar mediante el convenio especial han de ser los que se hubieran realizado antes de esa fecha, sin perjuicio de que, si esas personas hubieran suscrito el convenio especial regulado en la disposición adicional primera del citado real decreto, el período máximo a reconocer y computar por el nuevo convenio estará constituido por el período de cinco años a que se refiere el apartado 8 de la referida disposición adicional quincuagésima segunda, que no hubiese sido objeto de cómputo en el anterior convenio especial".

La segunda modificación que se introduce al respecto en la Orden ISM/386/2024 se recoge en el apartado segundo del art. único de la Orden ISM/812/2024, que da un nuevo redactado al apartado 3 del art. 2 de la citada norma, que ahora pasa a establecer que "las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta orden podrán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social la suscripción del convenio especial en ella regulado, por una única vez, a fin de posibilitar el cómputo de la cotización correspondiente a los períodos de prácticas realizados, hasta un máximo de 1.825 días. En el supuesto de prácticas remuneradas realizadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2011, si los solicitantes del convenio ya hubieran suscrito o hubieran podido suscribir el convenio especial regulado en la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, y han quedado dentro del ámbito de aplicación del convenio especial previsto en el apartado 8 de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el período máximo de prácticas objeto de cómputo en el nuevo convenio especial correspondiente a los nuevos períodos de formación realizados y no computados, en su caso, para la suscripción de aquel convenio especial, no podrá ser superior a 1.825 días, con independencia de los períodos reconocidos en el convenio anterior".

En definitiva, en el supuesto de prácticas remuneradas realizadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2011, si los solicitantes del convenio ya hubieron suscrito o hubieran podido suscribir el convenio especial regulado en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, ahora podrán suscribir el nuevo

convenio especial, siendo el período máximo de prácticas objeto de cómputo en el mismo de 1.825 días (cinco años), con independencia de los períodos reconocidos en el convenio anterior. Con esta nueva previsión, se posibilita que se puedan recuperar hasta un máximo de siete años, dos en base al convenio especial formalizado al amparo del Real Decreto 1493/2011 y cinco más al amparo del nuevo convenio especial.

Ahora sí que siete años parece un tiempo lo suficientemente extenso para reparar el agravio que históricamente han sufrido quienes han desarrollado las referidas prácticas habiéndose visto privados de cualquier cobertura en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de que en supuestos muy específicos, como es el caso del antiguo personal investigador, el período máximo de siete años aún pueda seguir resultando insuficiente, atendiendo a los larguísimos períodos de ausencia de cobertura de seguridad social por los que tuvo que transitar una gran parte de este colectivo, superiores en algunos supuestos a los diez años.

3. LA ACLARACIÓN DE LOS REQUISITOS DE SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL

En la redacción inicial recogida en la Orden ISM/386/2024 se indicaba que la solicitud de suscripción del convenio especial debía ser presentada a través del Registro electrónico de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social adscritos a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones o, en su caso, por los medios telemáticos que establezca la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) a través del portal existente en la sede electrónica de dicha Secretaría de Estado o mediante la cumplimentación del modelo establecido al efecto por el citado servicio común de la Seguridad Social, que podrá presentarse en cualquiera de sus direcciones provinciales o administraciones de la Seguridad Social de ella dependientes, así como en los demás lugares previstos en el art. 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La nueva redacción del precepto incorporada por el apartado tres del art. único de la Orden ISM/812/2024 mantiene esta misma previsión, con la única salvedad de que se elimina la referencia expresa al portal existente en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones como vía de presentación de la correspondiente solicitud de suscripción del convenio especial. Se trata de una reforma meramente técnica y/o de orden interno que no debe tener mayor trascendencia.

Donde sí introduce novedades el apartado tres del art. único de la Orden ISM/812/2024 es en la mayor y, a nuestro parecer, mejor concreción de los requisitos exigidos para la suscripción del convenio especial. A tal efecto, la nueva redacción que se dispensa al art. 3 de la Orden ISM/386/2024, a pesar de seguir previendo que la solicitud de suscripción del convenio especial debe ir acompañada de la documentación necesaria para acreditar que el solicitante ha participado en los períodos de prácticas previstos en la norma, dirigidas a la obtención de la titulación correspondiente y que no determinaron, en su momento, la inclusión en la Seguridad Social, aclara mejor los términos de dicha certificación, diferenciando, al respecto, más nítidamente entre las prácticas remuneradas y las no remuneradas.

Por lo que respecta a la entidad emisora de la certificación, con carácter general se prevé que la misma podrá ser expedida por la universidad o el centro educativo en el que se cursaron los respectivos estudios, debiéndose hacer constar si las prácticas fueron o no remuneradas. Para el supuesto de las prácticas remuneradas se prevé, además, que la certificación también pueda ser expedida por las empresas o entidades en que se hubieran realizado las prácticas, de haberles correspondido financiar la formación, o por las entidades que la hubieran financiado de ser distintas.

Por lo que respecta al contenido que debe contener la referida acreditación, la norma distingue entre las prácticas remuneradas y no remuneradas. Respecto a las primeras, se prevé que en la misma consten los períodos en que las prácticas se realizaron, con indicación expresa de las fechas de inicio y fin de cada período. Respecto a las segundas, se prevé que en la certificación se indiquen las fechas de inicio y fin del cuatrimestre en el que se hayan cursado las prácticas y, de no comprender las prácticas realizadas la totalidad de los días de dicho período, el número de días en los que se hayan realizado prácticas en cada período. Para este último supuesto se prevé, además, que en la certificación se pueda sustituir el número de días de prácticas correspondientes a cada período por el número de horas de prácticas computables a estos efectos, correspondiente a los créditos asignados a la correspondiente asignatura. Para este caso se prevé que, cada ocho horas de prácticas se considerará, a estos efectos, un día completo, computándose la fracción de día que pudiera resultar como un día más.

Nos encontramos con una mejora de carácter técnico que, sin lugar a dudas, deberá facilitar la tarea de certificar las prácticas a las universidades y centro educativos y, en su caso, de las empresas o entidades en que las mismas se hubieran realizado, de haberles correspondido financiar la formación o de las entidades que la hubieran financiado.

Por lo demás, la norma sigue previendo que "la certificación acreditativa de las prácticas realizadas y de sus períodos de duración deberá aportarse junto con la solicitud de suscripción del convenio especial, dentro del plazo indicado en el párrafo anterior". En consecuencia, la Orden ISM/386/2024 sigue sin prever la posibilidad que sí incorporaba la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, que dotaba de una cierta flexibilidad a la obligación de aportar la documentación que debía adjuntarse a la solicitud. A tal efecto, se preveía que en los casos en que se acreditara la imposibilidad de aportar la justificación necesaria para su suscripción dentro del plazo fijado en la norma se podría conceder, excepcionalmente, un plazo de seis meses para su aportación, a contar desde la fecha en que se hubiera presentado la respectiva solicitud.

Por último, la nueva redacción del art. 3 de la Orden ISM/386/2024 ha procedido a eliminar la previsión que se contenía en su redacción inicial, en virtud de la cual, en la solicitud de suscripción del convenio especial debía hacerse constar de forma expresa si se había suscrito o no el convenio especial previsto en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011. No parece que dicha previsión tenga mayor relevancia, puesto que es una información de la que ya es conocedora la TGSS[14].

4. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL

Además de encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Orden ISM/386/2024, el art. 3 de dicha norma establecía que quien pretendiera recuperar algún periodo de cotización debía presentar la correspondiente solicitud de suscripción del convenio en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la referida orden ministerial. A tal efecto, cabe indicar que la disposición final tercera (en adelante, DF 3ª) de la Orden ISM/386/2024 establece que la misma entrará en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado; de modo que, al haberse producido dicha publicación en fecha del 1 de mayo de 2024, la entrada en vigor de la norma se produjo el 1 de junio de 2024, plazo a partir del cual empezaba a contar el plazo de dos años durante el cual podía solicitarse la suscripción del convenio especial.

La Orden ISM/386/2024 mantiene de este modo la tradición iniciada en anteriores ocasiones en que se ha previsto la posibilidad de recuperación de períodos de cotización por períodos de

[14] Así se contemplaba de forma expresa en la Memoria que acompañaba al Proyecto de Orden por el que se modifica la Orden ISM/386/2024.

prácticas. A tal efecto, el Real Decreto 1493/2011, además de prever que el solicitante se encontrara en la situación señalada en dicha norma y cumpliera todos los requisitos exigidos, establecía que debía formular la correspondiente solicitud como fecha límite hasta el 31 de diciembre de 2012. No se admitía, por tanto, que la solicitud se pudiera formalizar en cualquier otro momento posterior, de modo que de no haberse solicitado en el plazo indicado ya no podrían recuperarse los referidos periodos de cotización.

Tras la expiración del plazo previsto por el Real Decreto 1493/2011, los resultados obtenidos por esta medida no fueron todo lo satisfactorios que inicialmente cabía pensar, lo que motivó que mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (en adelante Real Decreto-Ley 5/2013) se diera una segunda oportunidad a todos aquellos que por las razones que fueran no habían procedido a recuperar los periodos de cotización correspondientes al tiempo que habían realizado sus prácticas sin ningún tipo de cobertura de Seguridad Social. Para ello, mediante la disposición final cuarta de dicha norma (en adelante, DF 4ª Real Decreto-Ley 5/2013) se procedió a modificar el Real Decreto 1493/2011, ampliando el plazo para proceder a solicitar la recuperación de los referidos periodos de cotización hasta el 31 de diciembre de 2014, al tiempo que se procedió a mejorar las condiciones de pago exigidas para ello[15].

Pues bien, como ya se ha anticipado, a pesar de estos antecedentes tan poco halagüeños, la versión inicial de la Orden ISM/386/2024 seguía previendo un plazo máximo, en este caso, de dos años, dentro del cual se podía solicitar la recuperación de los períodos de cotización, no admitiéndose en consecuencia que la solicitud se pudiera formalizar en cualquier otro momento posterior, de modo que, de no solicitarse la suscripción del mismo en el plazo indicado de dos años, salvo que se previeran prórrogas posteriores, ya no podría formalizarse dicho convenio especial.

Sin lugar a dudas, se trataba de un período demasiado breve de tiempo que podía constituir un límite a la formalización del convenio especial. A tal efecto, el momento vital en el que se encuentran muchos de los posibles suscriptores del referido convenio especial aconsejaba que se hubiera dado un plazo mucho más dilatado de tiempo para proceder a la solicitud de la recuperación de los periodos de cotización, no en vano, la lejanía en muchos supuestos del momento de la jubilación, así como el alto coste económico que la recuperación de los periodos de cotización supone, especialmente en un momento como el actual caracterizado por altas dosis de precariedad laboral, con bajos salarios, podría comportar el riesgo de que finalmente las posibles personas beneficiarias optaran por no solicitar la recuperación de los periodos de cotización, con los graves perjuicios que de esta decisión se podrían derivar en relación con sus futuras prestaciones, especialmente, respecto a la pensión de jubilación. Por todo ello, de forma unánime se se mantenía que hubiera sido preferible que se hubieran fijado plazos mucho más dilatados para proceder a la solicitud de la recuperación de los períodos de cotización[16] o, incluso, que se hubiera dejado abierta de forma indefinida esta posibilidad[17].

No cabe duda que estas reflexiones son las que han propiciado que el apartado tercero del art. único de la Orden ISM/812/2024 haya procedido a ampliar de forma notable el período previsto para la presentación de la solicitud de suscripción del convenio especial hasta el 31 de diciembre de 2028,

[15] *Vid.* Moreno Gené, J.: "La recuperación de períodos de cotización…" *cit.*

[16] A tal efecto, en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de la Orden ISM/386/2024, emitido el 25 de abril de 2024 (en adelante, Dictamen del Consejo de Estado de 25 de abril) se constataba que durante la tramitación del expediente se había manifestado la conveniencia de ampliar algo este plazo en orden a asegurar que todos los afectados tienen conocimiento de la norma y tiempo suficiente para solicitar la suscripción del convenio (observaciones del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y CCOO). Por ello, el Consejo de Estado pedía valorar por motivos de oportunidad una ampliación de un año adicional.

[17] *Vid*. Moreno Gené, J.: "La recuperación del cómputo de cotización…" *cit*. p. 163.

habiéndose más que doblado, por tanto, el período de dos años previsto en la redacción inicial de la Orden ISM/360/2024[18].

Pese a valorarse positivamente esta ampliación del plazo de suscripción del convenio especial, la misma aún podría resultar insuficiente para posibilitar que las posibles personas beneficiaras procedan a su suscripción, por lo que nuevamente consideramos que hubiera sido preferible que se hubiera dejado abierta de forma indefinida esta posibilidad.

5. LA CONCRECIÓN DE LOS PERÍODOS DE COBERTURA DE LAS PRESTACIONES

A diferencia de lo que sucedía con la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, que nada preveía sobre la cobertura de protección que se derivaba de la suscripción del convenio especial que regulaba, lo que obligaba a acudir a lo dispuesto en el Capítulo I de la Orden TAS/2865/2003[19], la Orden ISM/386/2024 sí fija de un modo expreso la cobertura de protección social que se deriva de la suscripción del convenio especial, estableciendo al respecto que la cotización por los períodos de prácticas reconocidos en el convenio especial tendrá por objeto la cobertura de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes.

Resulta evidente que, como ya se ha indicado a lo largo de este comentario, la principal motivación que justifica la suscripción de este convenio especial no es otra que la de favorecer, a quienes han desarrollado períodos de prácticas formativas, el acceso en mejores condiciones a la protección por jubilación, al facilitarse el aumento de los períodos cotizados, incluso de forma previa al comienzo efectivo de su carrera laboral, precisamente en un momento en que la entrada cada vez más tardía de las personas jóvenes en el mercado laboral y el aumento del número de años necesarios para acceder a la pensión de jubilación y a la cuantía máxima de la misma podrían suponer un recorte de sus derechos cuando se jubilen.

A tal efecto, en la redacción inicial del art. 5.2 de la Orden ISM/386/2024 se establecía que se considerarán como períodos respecto de los que se produce la cobertura de las prestaciones que se acaban de indicar los correspondientes a los períodos de realización de las prácticas remuneradas y los días naturales de cada mes en los que se hayan realizado prácticas no remuneradas. Para este último supuesto se preveía, además, que el número de días en que se hubieran realizado las prácticas no remuneradas se computaría desde el día primero de cada mes de forma consecutiva.

Ante las dificultades técnicas que planteaba esta previsión en relación con las prácticas no remuneradas, el apartado cuarto del art. único de la Orden ISM/812/2024 ha venido a precisar mejor cuáles son, en estos supuestos, los períodos en los que se produce la cobertura de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes. Así, se establece que quedan cubiertos los períodos en que queden comprendidos los días en que se hayan realizado esas prácticas no remuneradas, salvo cuando no comprendan la totalidad de los días de dichos períodos, en cuyo caso se considerará el número de días en que se hayan realizado prácticas respecto de cada período. Además, se prevé que cuando la certificación acreditativa de las

[18] El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ISM/386/2024, emitido el 18 de julio de 2024 (en adelante, Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio) señala al respecto que "de este modo, se recoge un plazo para el ejercicio del derecho reconocido en la Orden ISM/386/2024 considerablemente más holgado que el plazo de dos años inicialmente previsto en ello, sobre cuya brevedad advirtió el Consejo de Estado".

[19] Sobre el alcance de la cobertura de protección que se deriva de la suscripción de un convenio especial, *vid.* Panizo Robles, J.A: "El convenio especial en el sistema de la Seguridad Social (A propósito de la Orden TAS/2865/2003 de 13 de octubre)", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003.

prácticas realizadas se refiera al número de días u horas de prácticas no remuneradas, el número de días resultantes se computará, de forma ininterrumpida, desde el día primero de cada período de prácticas de forma consecutiva.

6. EL ABARATAMIENTO DE LA COTIZACIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL

Como contrapartida a la posibilidad de computar la cotización correspondiente a los períodos de prácticas que se deriva de la suscripción del convenio especial se establece la obligación de quienes lo hayan suscrito de cotizar por estos períodos. Para determinar el importe de dicha cotización, en la redacción inicial del art. 6 de la Orden ISM/386/2024 se establecía lo siguiente: "1. La base mensual de cotización por este convenio especial estará constituida por la base mínima de cotización por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de cotización del RGSS vigente en el año 2024. A esta base de cotización se le aplicará el tipo de cotización por contingencias comunes vigente en el mismo período. 2. Una vez calculado por la TGSS el importe total de la cotización que corresponda a las mensualidades por las que se haya formalizado este convenio especial, dicho importe se reducirá mediante la aplicación del coeficiente del 0,77, constituyendo el resultado la cotización a ingresar".

A partir de esta previsión, podían identificarse los diferentes elementos de la cotización correspondiente a este convenio especial.

En primer lugar, la base de cotización, que en la redacción inicial de la Orden ISM/386/2024 estaba constituida en todo caso por la base mínima de cotización por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de cotización del RGSS vigente en el año 2024, que asciende a 1.323 euros.

La Orden ISM/386/2024 se alejaba, de este modo, de lo previsto en la regla 3ª del apartado 1º de la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, que preveía que la base de cotización estaría constituida por la base mínima de cotización vigente en el RGSS que correspondiera a cada período en que se acreditara haber participado en los programas de formación y que fueran computables para la suscripción del convenio especial. En consecuencia, en dicha norma no se identificaba una base de cotización única, sino que la misma podía variar en función de los períodos de formación realizados que fueran objeto del convenio especial. Por tanto, lo primero que debía hacerse era identificar los períodos de formación computables para la suscripción del convenio especial y una vez identificados estos períodos debía tomarse la base mínima de cotización vigente en el RGSS en aquel momento. Por tanto, en el supuesto de que los períodos de formación computables correspondieran a diferentes anualidades, la base mínima de cotización correspondiente a cada uno de estos períodos de formación sería distinta, no en vano, la misma se fija anualmente y con vigencia para todo el año natural[20].

La opción adoptada inicialmente por la Orden ISM/386/2024 suponía, por tanto, un encarecimiento del coste de la cotización por el convenio especial suscrito, no en vano, suponía acudir a la base de cotización vigente en el año 2024 y no a la que correspondería de conformidad con el período de cotización que se pretendiera recuperar, la cual, no cabe duda que siempre sería de una cuantía inferior a la prevista para el año 2024.

En segundo lugar, por lo que respecta al tipo de cotización y la cuota íntegra, se preveía que una vez obtenida la base de cotización del convenio especial, a la misma se le aplicaba el tipo de cotización por contingencias comunes vigente en el RGSS, es decir, el 28,30 por 100 de lo que resultaba la cuota íntegra correspondiente a este convenio especial.

[20] Sobre esta fórmula de cálculo de la cotización en el convenio especial regulado en el Real Decreto 1493/2011, *vid.* Moreno Gené, J.: "La recuperación de períodos de cotización..." *cit.*

Finalmente, por lo que respecta a la cuota a ingresar, la misma se obtenía de aplicar sobre la cuota íntegra ya calculada el coeficiente fijado en la normativa. A tal efecto, se preveía un coeficiente del 0,77, el cual, por tanto, debía aplicarse sobre la cuota íntegra previamente calculada, constituyendo el resultado de esta operación la cuota a ingresar.

Una vez realizados todos estos cálculos, la cuota mensual resultante ascendía a 288,29 euros, que debía multiplicarse por tantas mensualidades como por las que se había formalizado el convenio especial. A tal efecto, una persona que pretendiera recuperar el máximo posible de cinco años (60 mensualidades), debería abonar una cantidad de 17.297,40 euros. Estas cantidades, ya de por sí muy elevadas, podían llegar a ser prohibitivas cuando las posibles personas beneficiarias se encontraban en situación de desempleo o disponían de salarios muy bajos, lo cual no resulta infrecuente en la actualidad. Como ya sucediera con el Real Decreto 1493/2011, esta circunstancia iba a ser, sin lugar a dudas, la que tendría más incidencia en el éxito o fracaso de esta medida[21].

Para mitigar el elevado coste económico de la cotización correspondiente al convenio especial, el apartado quinto del art. único de la Orden ISM/812/2024 incide únicamente en el primero de los elementos de la cotización indicados, es decir, el cálculo de la base de cotización, de modo que, aunque sigue previendo que la base mensual de cotización sea la correspondiente a la base mínima de cotización por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de cotización del RGSS, a diferencia de lo que se preveía en la redacción inicial de la Orden ISM/386/2024, ésta ya no será en todo caso la vigente para el año 2024, sino la vigente en cada período que sea objeto de cómputo, precisándose, además, que en el supuesto de que en un mismo año existiese más de una base de cotización deberá tomarse la vigente a 31 de diciembre.

Por el contrario, el apartado quinto del art. único de la Orden ISM/812/2024 no incide en el resto de elementos de la cotización correspondiente al convenio especial, es decir, el tipo de cotización y la cuota a ingresar. A tal efecto, una vez identificadas las bases mensuales de cotización, en los términos que se acaban de exponer, a las mismas se les seguirá aplicando el tipo de cotización vigente a la entrada en vigor de la Orden reguladora del convenio especial, a saber, el mismo 28,30 por 100 que resultaba aplicable con la redacción inicial de la Orden ISM/386/2024[22], obteniéndose de este modo la cuota íntegra correspondiente al convenio especial. Asimismo, como también se preveía en la redacción inicial de la Orden ISM/386/2024, una vez calculado por la TGSS el importe total de la cotización que corresponda a las mensualidades por las que se haya formalizado el convenio especial, dicho importe se reducirá mediante la aplicación del coeficiente del 0,77, constituyendo el resultado de la cotización a ingresar.

Aunque se mantienen sin cambios el resto de previsiones previstas para la determinación de la cotización correspondiente al convenio especial, no cabe duda que al tomarse a partir de ahora en consideración las bases de cotización vigentes en cada período que sea objeto de recuperación y no, en todo caso, las bases de cotización vigentes en el año 2024, ello va a suponer una rebaja sustancial del coste económico de la suscripción del convenio especial[23].

[21] Las previsiones al respecto, sin embargo, no parecían muy optimistas, así, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de abril se indicaba, en relación con el impacto presupuestario de esta orden, "que, como máximo se acogerían a este convenio un 1 por ciento de sus posibles beneficiarios".

[22] En este punto, la Memoria justificativa del Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ISM/386/2024 indicaba que "este tipo de cotización es el que rige desde 1995 y resulta más beneficioso para el interesado que los tipos de cotización vigentes en periodos anteriores a esa fecha, ya que estos serán de superior cuantía".

[23] En esta misma dirección, el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio indica que "con estas modificaciones, se reduce considerablemente la cuota a abonar por el convenio especial, ajustándola a los períodos que son objeto de reconocimiento".

Pese a esta mejora, llama la atención que la cuantía de la cotización a ingresar en los supuestos de suscripción del convenio especial para la recuperación de periodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación siga siendo sustancialmente superior en términos comparativos a la cotización prevista para aquellas personas que desarrollen períodos de prácticas tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023[24]. No parece razonable que siga siendo tan dispar el coste económico que supone la recuperación de períodos de cotización que se deriva de la suscripción del convenio especial respecto del coste económico de la cotización prevista para aquellas personas que desarrollen períodos de prácticas tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023.

7. MEJORA DE LAS POSIBILIDADES DE FRACCIONAMIENTO DEL PAGO DE LA COTIZACIÓN

En relación al momento en que debían ingresarse las cuotas correspondientes al convenio especial, la Orden ISM/386/2024 indicaba que el ingreso de la cotización correspondiente por este convenio especial se podía realizar, a elección del solicitante, mediante un pago único o mediante un pago fraccionado en un número máximo de mensualidades igual al de aquellas por las que se hubiera formalizado el convenio. A efectos de determinar este número de mensualidades, se preveía que se tomarían los días de prácticas realizados y se dividirían por 30, considerándose las fracciones de mes que resultaran como un mes completo.

Sorprendía que se hubieran fijado plazos inferiores a los previstos en su momento por el Real Decreto 1493/2011, que inicialmente fijaba que el pago se podía fraccionar en un número de mensualidades igual al doble de aquellas por las que se hubiera formalizado el convenio especial, posibilidad que, además, se incrementó, posteriormente, mediante el Real Decreto-Ley 5/2013, a un número de mensualidades igual al triple de aquellas por las que se hubiera formalizado el convenio. Con estos plazos se hacía más llevadero, que no más reducido, el coste económico de la recuperación de los períodos de cotización.

Todo hacía prever que el trato menos favorable que en este punto dispensaba la versión original de la Orden ISM/386/2024 iba a dificultar la suscripción de este convenio especial por parte de las posibles personas beneficiarias.

Con la finalidad de paliar este grave inconveniente, el apartado quinto del art. único de la Orden ISM/812/2024 introduce una nueva redacción en el art. 6.3. de la Orden ISM/386/2024 en la que se prevé que el interesado pueda optar, en la solicitud, por efectuar el ingreso de la cotización que corresponda mediante un pago único o mediante un pago fraccionado mensual en un período de hasta el doble de las mensualidades objeto de cómputo con un máximo de 84 mensualidades (siete años).

No cabe duda que se trata de una mejora que debería facilitar la suscripción y la asunción del coste económico del convenio especial[25]. Sin embargo, estas nuevas posibilidades de fraccionamiento del pago de la cotización, aún siguen siendo inferiores a las previstas en su momento por el Real Decreto-Ley 5/2013, que, como se acaba de indicar, posibilitaba que el pago se pudiera fraccionar en un número de mensualidades igual al triple de aquellas por las que se hubiera formalizado el convenio[26]. Resulta evidente que este margen hubiera contribuido mejor a facilitar la suscripción y la asunción del coste del convenio especial para la recuperación de la cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación.

[24] Sobre este sistema de cálculo de la cotización *vid.* Moreno Gené, J.: "La inclusión en la seguridad social…" *cit.*
[25] De la misma opinión, *vid.* Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio…" *cit.*
[26] *Vid.* Moreno Gené, J.: "La recuperación de períodos de cotización…" *cit.*

8. ACLARACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONVENIO ESPECIAL DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO: BECARIOS EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN NO DIRIGIDOS A LA OBTENCIÓN DE UN TÍTULO

Aunque la Orden ISM/386/2024 había abordado mucho mejor que en ocasiones anteriores la delimitación de las posibles personas beneficiarias, a los efectos de poder recuperar los correspondientes períodos de cotización, aún se suscitaban dudas al respecto, no tanto en relación con la suscripción del convenio especial, que podemos calificar como "ordinario", sino muy especialmente en relación con los convenios especiales que la propia norma califica como de carácter extraordinario[27]. A tal efecto, junto al convenio especial que hemos calificado como "ordinario", la Orden ISM/386/2024 prevé otros convenios especiales que califica de forma expresa de carácter extraordinario, que se encuentran recogidos en la disposición adicional segunda de dicha norma (en adelante, DA 2ª Orden ISM/386/2024) y que quedan circunscritos a dos colectivos específicos: a) Los becarios de programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora y b) Los becarios de investigación.

Pese a las buenas intenciones de la Orden ISM/386/2024, la identificación de estos colectivos resultaba tan amplia y genérica que suscitaba muchas dificultades a la hora de determinar cuándo nos encontrábamos o no ante estos supuestos. Probablemente, con estas denominaciones se había querido englobar cualquier supuesto de participación en programas de formación que, en su momento, habían quedado incluidos en el Real Decreto 1493/2011 y que ahora difícilmente encontrarían acomodo en la DA 52ª TRLGSS, pero, con ello, se corría el riesgo de que al tratarse de conceptos jurídicos tan indeterminados pudieran quedar al margen determinados supuestos y que, por tanto, en estos casos no se pudieran recuperar los correspondientes períodos de cotización.

Centrándonos en el primero de los convenios especiales de carácter extraordinario al que se ha hecho referencia, en la versión inicial de la Orden ISM/386/2024 el mismo estaba diseñado para los "becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora", que ya hubieran suscrito un convenio especial al amparo de la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011. A tal efecto, cabe recordar que, a pesar de que las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los estudiantes de formación profesional y de los estudiantes universitarios eran los principales supuestos incluidos y, por tanto, amparados en la protección social dispensada por el Real Decreto 1493/2011, el ambiguo redactado de dicha norma dio cabida también a otras muchas modalidades de prácticas formativas que normalmente se han canalizado mediante la convocatoria de ayudas de estudios o becas por parte de administraciones, empresas y otras entidades, que también comportan la realización de prácticas formativas más o menos vinculadas a estudios universitarios o de formación profesional a cambio de una contraprestación económica para las personas beneficiarias de las mismas[28].

En este contexto, por ejemplo, tras la aprobación del Real Decreto 1493/2011 se planteó la cuestión de si esta norma debía amparar únicamente a los alumnos que realizaran prácticas no laborales en el entorno profesional o si, por el contrario, también podía amparar a titulados recientes

[27] Estas dificultades en la delimitación del ámbito subjetivo de los diferentes convenios especiales previstos en la Orden ISM/386/2024, ya fueron constatadas en el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de abril.

[28] En esta dirección, Pérez Hernández, M.M.: "Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios", en Illuesca Ballester, J.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022, p. 184, indica que "la "vinculación a estudios universitarios o de formación profesional" hay que entenderla en sentido amplio, y no necesariamente dirigidos a la obtención de los correspondientes títulos académicos".

que también se encontraran realizando las referidas prácticas[29]. Para ello, el principal problema interpretativo se planteaba en la interpretación que debía darse a la exigencia de que los programas formativos estuvieran vinculados a estudios universitarios y de formación profesional, en concreto, si de ello se desprendía que debía tratarse de estudiantes que estuvieran cursando estudios universitarios o de formación profesional o podría comprender, también, los supuestos de titulados universitarios o titulados de formación profesional recientes que ya hubieran concluido dichos estudios. Poco a poco, sin embargo, se fue imponiendo la segunda de las interpretaciones posibles, es decir, la que abogaba por considerar que el requisito de "vinculación a estudios universitarios o de formación profesional" comprendía tanto la formación dirigida a la obtención del título como el hecho de estar en posesión del mismo.

Frente a ello, la delimitación actual del campo de aplicación de la inclusión en el RGSS que se recoge en la DA 52ª TRLGSS parece limitarse exclusivamente a las prácticas realizadas por los alumnos universitarios, los alumnos de formación profesional y los alumnos de enseñanzas artísticas y deportivas que se señalan de forma expresa en dicha norma, sin que sea posible dar cabida a otras prácticas no laborales distintas a estas y, en particular, a las desarrolladas por quienes ya han obtenido la titulación correspondiente. Como no podía ser de otro modo, este criterio se traslada, también, a la posibilidad de suscribir el convenio especial previsto inicialmente en la DA 52ª TRLGSS por parte de aquellas personas que estando ya en posesión de una titulación universitaria o de formación profesional hubieran desarrollado prácticas formativas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

Precisamente, a todos estos colectivos iba dirigida la previsión contenida en el apartado primero de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024, relativa a los "becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora", que ya hubieran suscrito un convenio especial al amparo de la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011. Para este colectivo se preveía que pudiera solicitar a la TGSS, por una única vez, la suscripción de un convenio especial a fin de posibilitar el cómputo de la cotización correspondiente a los períodos de formación realizados, por la diferencia entre los 1.825 días y el número de días que ya les fueron reconocidos y computados en virtud del convenio especial anteriormente suscrito.

En consecuencia, con esta previsión se posibilitaba que los referidos becarios de programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora, pudieran ampliar el período de cotización ya recuperado en su momento de dos años como máximo, previstos en el Real Decreto 1493/2011, hasta el actual máximo de los 1.825 días (cinco años) previstos por la Orden ISM/386/2024.

Ahora bien, la posibilidad de suscribir un convenio especial en estos supuestos planteaba diferentes cuestiones problemáticas.

En primer lugar, la exigencia de que los "becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora" hubieran tenido que haber suscrito con anterioridad el convenio especial previsto en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, suponía dejar fuera de la posibilidad de suscribir el nuevo convenio especial previsto en la DA 2ª de la Orden ISM 386/2014 a todos aquellos que, por las circunstancias que fueran, no habían procedido a suscribir, en su momento, el convenio previsto en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, con el agravio comparativo que ello podía suponer.

[29] *Vid.* Arrieta Idiakez, F.J.: "Las últimas reformas en materia de becas de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2013, p. 343.

Y, en segundo lugar, aquellos que sí habían suscrito en su momento el convenio especial previsto en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011 y que, por tanto, sí podían suscribir el nuevo convenio especial previsto por la DA 2ª de la Orden ISM 386/2014, veían limitado el cómputo de cotización correspondiente a los períodos de formación realizados, a la diferencia entre 1.825 días y el número de días que ya les habían sido reconocidos y computados en virtud del convenio especial anteriormente suscrito al amparo de la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011.

Pues bien, el apartado sexto del art. único de la Orden ISM/812/2024 da respuesta a ambas cuestiones. A tal efecto, se modifica el apartado primero de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024, que a hora pasa a prever que "quienes por su participación como becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora, ya suscribieron o pudieron suscribir un convenio especial al amparo de la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, y quedan, por tanto fuera del ámbito de aplicación del convenio especial previsto en el apartado 8 de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, podrán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social, por una única vez, hasta el 31 de diciembre de 2028, la suscripción de un nuevo convenio especial a fin de posibilitar el cómputo de la cotización correspondiente a los períodos de formación realizados y no computados, en su caso, para la suscripción de aquel convenio especial, hasta un máximo de 1.825 días, con independencia de los períodos reconocidos en el convenio anterior".

Con esta nueva regulación se permite, por tanto, que no únicamente puedan suscribir el convenio especial de carácter extraordinario previsto en la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024 quienes habiendo participado como becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora, ya habían suscrito en su momento un convenio especial al amparo de la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011, sino también aquellos que lo hubieran podido suscribir, aunque, finalmente, no lo hubiesen hecho, siempre, claro está, que ahora queden fuera de la posibilidad de suscribir el convenio previsto en el apartado 8 de la DA 52ª TRLGSS, es decir, el convenio especial que hemos calificado como "ordinario". Además, de forma coherente con el plazo general dispensado para la suscripción del convenio especial previsto tras la aprobación de la Orden ISM/812/2024, se fija como plazo máximo para la suscripción de dicho convenio el 31 de diciembre de 2028.

Asimismo, tras la nueva regulación dispensada al apartado primero de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024, se prevé que la suscripción del nuevo convenio especial permita recuperar el cómputo de la cotización correspondiente a los períodos de formación realizados y no computados, hasta un máximo de 1.825 días, con independencia de los períodos reconocidos en el convenio anterior. Es decir, que con independencia del período de cotización recuperado anteriormente mediante la suscripción del convenio especial del Real Decreto 1493/2011, que será de dos años como máximo, con la suscripción del nuevo convenio especial de carácter extraordinario del apartado primero de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024, ahora se podrá recuperar hasta un máximo de 1.825 días (cinco años). En definitiva, como sucede con el convenio especial que hemos denominado como "ordinario", en estos supuestos también se podrá llegar a recuperar la cotización por períodos de formación hasta un máximo de siete años.

Por lo demás, tanto en relación con el convenio especial de carácter extraordinario dirigido a los becarios de programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora, como con el convenio especial de carácter extraordinario dirigido a los becarios de investigación, la Orden ISM/812/2024 introduce una nueva previsión en el apartado 5 de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024, en virtud del cual, "la suscripción del convenio especial a que se refiere esta disposición adicional será compatible con la suscripción del convenio especial a que se

refiere el art. 1, siempre que los períodos objeto de cómputo en ambos convenios no se superpongan en el tiempo".

En consecuencia, al tratarse de situaciones diversas las amparadas por el convenio especial, que hemos denominado como "ordinario", previsto en el art. 1 de la Orden ISM/386/2024 y los convenios especiales de carácter extraordinario previstos en la DA 2 de dicha norma, las mismas pueden concurrir simultáneamente en una misma persona, dando derecho en este caso a la suscripción de ambos convenios, con la única salvedad, de que los períodos de cotización objeto de cómputo en ambos convenios no se superpongan en el tiempo.

9. LA RECUPERACIÓN DE PERÍODOS DE COTIZACIÓN POR LAS PRÁCTICAS ACADÉMICAS QUE SE VIERON AFECTADAS POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DE 21 DE MAYO DE 2013

El apartado séptimo de la Orden ISM/812/2024 introduce una DA 3ª en la Orden ISM/386/2024 en la que se aborda una cuestión muy específica relativa a las prácticas académicas externas que se vieron afectadas, en su momento, por la anulación del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (en adelante, Real Decreto 1707/2011), por parte de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013[30].

Para una adecuada comprensión de esta previsión, cabe recordar que el Real Decreto 1707/2011, entre otros muchos aspectos, vino a regular la protección social correspondiente al colectivo de estudiantes universitarios que se encontraran realizando prácticas académicas externas[31]. A tal efecto, esta norma incorporaba una disposición adicional primera (en adelante, DA 1 Real Decreto 1707/2011), que bajo la rúbrica de "exclusión del ámbito de aplicación de la Seguridad Social", establecía que "los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social contemplados en el 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, no serán de aplicación a los estudiantes universitarios que realicen las prácticas académicas externas a que se refiere este real decreto".

Esta exclusión de los estudiantes universitarios que desarrollaban las prácticas académicas externas del campo de aplicación de la inclusión en el RGSS que se contenía en el Real Decreto 1493/2011 fue uno de los aspectos más criticados por parte de las organizaciones estudiantiles y juveniles y de las organizaciones sindicales. Como consecuencia de estas críticas, el sindicato Comisiones Obreras interpuso un recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1707/2011 por considerar que el mismo infringía lo dispuesto en la DA 3ª de la Ley 27/2011. A tal efecto, el citado recurso mantenía que las prácticas universitarias reguladas en el Real Decreto 1707/2011, cuando conllevaban compensación económica, quedaban incluidas en la DA 3ª de la Ley 27/2011, no en vano, esta disposición legal ampliaba el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y, concurriendo los elementos que citaba, no hacía ninguna distinción, no contemplándose, por tanto, ninguna salvedad respecto a las prácticas externas que realizaran los estudiantes mientras cursaban

[30] Núm. rec. 171/2012.

[31] Para un estudio detallado de esta norma *vid.* Moreno Gené, J.: "La nueva regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 349, 2012.

estudios universitarios. Sin embargo, según el recurso interpuesto, el Real Decreto 1707/2011 sí establecía esta distinción al decretar la exclusión y lo hacía sin señalar ni enunciar las razones por las que lo hacía.

Junto con este argumento de fondo, el recurso interpuesto por Comisiones Obreras también invocaba un argumento formal, consistente en que el proyecto de real decreto, que en su momento se remitió al Consejo de Estado, no incluía la citada disposición excluyente, de modo que un aspecto tan sustantivo de la regulación no fue informado por el Consejo de Estado, lo cual infringía el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado, que exige audiencia sobre los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como de sus modificaciones.

Fruto de este recurso contencioso administrativo, se dicta la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013, en la que el Alto Tribunal resuelve la cuestión planteada[32]. En este punto, la resolución no entra en el fondo del asunto, sino que se detiene en el aspecto formal del mismo, considerando al respecto que "a juicio de la Sala la introducción de la Disposición Adicional Primera en el Real Decreto que constituye el objeto del proceso, posee esa naturaleza de modificación sustancial del mismo, ya que es obvio que afecta a una cuestión determinante del contenido de esta norma, puesto que excluye del ámbito de la Seguridad Social, en concreto de la obligación de afiliación y cotización a la misma, a los estudiantes universitarios que realicen las prácticas académicas externas que regula el Real Decreto, con las consecuencias que de la adopción de esta medida derivan tanto para quienes efectúan las prácticas, como para quienes han de llevar a cabo el alta de aquellos en la Seguridad Social, como para el propio sistema general de la Seguridad Social". En consecuencia, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013 procede a declarar nulo de pleno derecho el Real Decreto 1707/2011 y a retrotraer el procedimiento de elaboración del mismo para que el Consejo de Estado se pronuncie con carácter preceptivo, si bien no vinculante, sobre la cuestión que trata la DA 1ª.

Como no podía ser de otro modo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013 dio lugar a una situación de gran inseguridad jurídica sobre cuál era a partir de este momento la situación en la que quedaban los estudiantes universitarios que ya habían realizado, estuvieran realizando o fueran a realizar en el futuro sus prácticas académicas externas. No olvidemos al respecto que la referida sentencia no se pronunció sobre el fondo del asunto, es decir, la exclusión de los estudiantes universitarios que desarrollaban prácticas externas de la inclusión en el RGSS prevista por el Real Decreto 1493/2011[33]. Pese a ello, parecía un criterio mayoritario el considerar que la nulidad del Real Decreto 1707/2011 determinaba la extensión de los mandatos del Real Decreto 1493/2011 a las citadas prácticas externas universitarias, ya que, al quedar anulada la primera, no existía razón para excluir dichas prácticas de la obligación de cotizar[34]. A tal efecto, se planteaba la

[32] Un comentario de esta resolución en Álvarez Cortés, J.C: "La "re-inclusión" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Temas Laborales*, núm. 122, 2013, pp. 215-226. *Vid.* también, Moreno Gené, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

[33] Sempere Navarro, A.V.: "La Seguridad Social de los becarios tras la anulación del Real Decreto 1707/2011" *Aranzadi Social*, núm. 5, 2013, llamaba la atención sobre el hecho de que "el éxito del motivo formal elimina la necesidad de examinar las otras deficiencias apuntadas, aunque la actuación *contra legem* persistirá si el Gobierno reiterase el sentido de la norma en un próximo Real Decreto". *Vid.* también, Álvarez Cortés, J.C.: "La "re-inclusión" en la Seguridad Social…" *cit.* p. 225.

[34] *Vid.* Rodríguez-Piñero Royo, M.C y Pérez Guerrero, M.L.: "La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.), *XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Granada, 2014. En la misma dirección, Sempere Navarro, A.V.: "La Seguridad Social de los becarios…" *cit.* consideraba que

cuestión de si tras la anulación del Real Decreto 1707/2011 se tendría que tramitar el alta y cotizar de forma retroactiva por los estudiantes universitarios en prácticas.

Con la voluntad de resolver estos interrogantes, se dictó la Resolución de 19 de agosto de 2013, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autorizan plazos extraordinarios para la presentación de altas y, en su caso, las bajas y para la cotización a la Seguridad Social de los estudiantes universitarios que realicen prácticas académicas externas reuniendo los requisitos y condiciones previstos en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, a consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013, por la que se anula el Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre. Para ello, la citada resolución de la TGSS fija como fecha de efectos de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013, la fecha del 28 de junio de 2013, que es la fecha de la publicación de la referida sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto, de conformidad con la referida resolución de la TGSS, hasta el 28 de junio de 2013 regía plenamente la exclusión de los estudiantes universitarios que habían realizado prácticas académicas externas del campo de aplicación del Real Decreto 1493/2011, de conformidad con lo previsto por el posteriormente anulado Real Decreto 1707/2011. Únicamente a partir de dicha fecha dejaba de aplicarse la exclusión prevista en el Real Decreto 1707/2011 y, en consecuencia, se empezaban a producir los efectos en materia de alta y cotización a la Seguridad Social de los estudiantes universitarios que realizaran prácticas académicas externas y que reunieran los requisitos y condiciones previstos en el Real Decreto 1493/2011 para su inclusión en el RGSS. Por tanto, únicamente a partir de esta fecha debía procederse a dar de alta y cotizar por los citados estudiantes universitarios en prácticas, siempre, claro está, que cumplieran lo exigido al respecto por el Real Decreto 1493/2011.

En consecuencia, con esta previsión quedaron consolidados los efectos negativos derivados de la exclusión del ámbito de aplicación del RGSS de todos aquellos estudiantes universitarios que, habiendo realizado prácticas académicas externas que cumplían con lo exigido por el Real Decreto 1493/2011 para ser incluidos en el RGSS, habían quedado excluidos por mandato expreso del Real Decreto 1707/2011, posteriormente declarado nulo, sin que se hubiera previsto ninguna vía para que los mismos pudieran recuperar estos períodos de cotización.

Como fundamento de esta decisión, la TGSS invocó la necesidad de "garantizar el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9 de la Constitución, así como por el respeto que se debe a la Administración al principio de confianza legítima regulado en el art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de acuerdo con el principio de las relaciones establecidas, principios que han inspirado, asimismo, una consolidada doctrina del Tribunal Supremo reflejada en las sentencias de 17 de octubre de 1996, 19 de julio de 1999, 7 de febrero de 1998 y 22 de diciembre de 2003".

En esta misma línea se consideró que "no sería aceptable otra solución, pues de lo contrario la Administración podría desplegar todo el sistema de sanciones administrativas, liquidación de deudas y recargos correspondientes al incumplimiento del deber de cotizar, que habría existido desde la entrada en vigor del Real Decreto 1707/2011, ahora anulado. Pero evidentemente, esto no es razonable. Por

"la asimilación acordada por el RD 1493/2011 despliega sus efectos y las entidades que satisfagan contraprestación económica a los becarios han de darlos de alta y cotizar por ellos".

esto, la Tesorería, a través de la citada Resolución aclara que la obligación de cotizar comienza desde el 28 de junio de 2013"[35].

Esta solución, sin embargo, no dio satisfacción de un modo adecuado a los derechos de seguridad social de los estudiantes universitarios en prácticas injustamente excluidos del RGSS mientras el Real Decreto 1707/2011 estuvo vigente. A tal efecto, se puso de manifiesto que la referida sentencia del Tribunal Supremo no afectaba a la entrada en vigor de la Ley 27/2011 ni del Real Decreto 1493/2011 y "el principio de jerarquía normativa impide que una simple resolución administrativa, como la de la Tesorería General de la Seguridad Social, modifique un Reglamento y menos aún una Ley"[36]. Por ello, algún autor había abogado por la cotización retroactiva, sin perjuicio de que en este supuesto se eximiera del recargo en las cotizaciones por mora y de cualquier otro efecto negativo que pudiera afectar a la empresa o entidad[37]. En este supuesto, también se mantuvo que el coste derivado de la eventual cotización por períodos atrasados anteriores a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013 podría afrontarse "activando la responsabilidad del Estado legislador, sea mediante la aprobación de una norma específica (que asigne ese importe al Estado), sea mediante reclamaciones individuales (cuando se cotizase por un tiempo en el que hubiera estado formalmente vigente el RD 1707)"[38].

El posterior Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (en adelante, Real Decreto 592/2014), mediante el que se vino a regular nuevamente la materia de las prácticas de los estudiantes universitarios, se limitó a regular esta materia a futuro, sin contemplar de ningún modo la situación de aquellos estudiantes universitarios que se habían visto perjudicados por el Real Decreto 1707/2011 y su posterior anulación. En todo caso, para los futuros estudiantes universitarios que realizaran prácticas vino a suponer que, como ya venía sucediendo desde la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013, les fueran de aplicación los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social contemplados en la Ley 27/2011 y desarrollados por el Real Decreto 1493/2011, siempre claro está que se cumplieran los requisitos establecidos por dicha norma[39].

Esta problemática, por tanto, no ha sido realmente abordada hasta la actualidad, con la aprobación de la Orden ISM/812/2024, cuyo apartado séptimo, como ya se ha indicado, introduce una DA 3ª en la Orden ISM/386/2024 en la que se establece que "En el caso de prácticas académicas externas retribuidas de estudiantes universitarios afectadas por la anulación del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, efectuada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2013, se podrá solicitar la suscripción del convenio especial a que se refiere el artículo 2 por los períodos de prácticas realizados con anterioridad a 28 de junio de 2013, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en dicho artículo"[40].

[35] *Vid.* Rodríguez-Piñero Royo, M.C. y Pérez Guerrero, M.L.: "La regulación de las prácticas…" *cit.* En la misma dirección, Sempere Navarro, A.V.: "La Seguridad Social de los becarios…" *cit.* indicaba que "la eventual cotización por períodos atrasados (anteriores a la STS de 21 de mayo de 2013) genera un coste no previsible para quienes hayan de afrontarlos, pues tenían la legítima confianza de actuar conforme a derecho".

[36] *Vid.* Duque González, M.: "Análisis actual de la normativa de becarios, formación práctica y contratación de jóvenes", *Información Laboral*, núm. 2, 2014. Según el autor, estas irregularidades de fondo constituían importantes vicios de nulidad de la resolución de la TGSS, de tal forma que cabría una acción de impugnación directa contra ella.

[37] *Vid.* Duque González, M.: *Becas y becarios*, Lex Nova Thomson-Reuters, Valladolid, 2012, p. 241.

[38] *Vid.* Sempere Navarro, A.V.: "La Seguridad Social de los becarios…" *cit. Vid.* también, Duque González, M.: "Análisis actual de la normativa de becarios…" *cit.*

[39] *Vid.* Moreno Gené, J. "La inclusión "definitiva" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 374, 2014.

[40] En esta misma dirección, el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio indica que "esa previsión responde a la necesidad de tomar en consideración a los estudiantes universitarios incluidos en el ámbito del citado Real Decreto

Como puede observarse, la solución dispensada por la Orden ISM/812/2024 se ha limitado únicamente a dar la opción a aquellos estudiantes universitarios en prácticas que se vieron perjudicados en su momento a suscribir un convenio especial al amparo del art. 2 de la Orden ISM/386/2024, que les permita recuperar los períodos de prácticas realizados con anterioridad a 28 de junio de 2013, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en dicho precepto.

En consecuencia, deberán ser quienes resultaron agraviados en su momento por la aprobación del Real Decreto 1707/2011 y su posterior anulación, los que asuman en exclusiva el coste económico de la suscripción del convenio especial por los períodos de prácticas universitarias por los que no se cotizó en su momento, por haberse visto injustamente excluidos de la aplicación del Real Decreto 1493/2011. A tal efecto, la nueva DA 3ª de la Orden ISM/386/2024 se remite al régimen jurídico general previsto en el art. 2 de dicha norma, sin establecer ninguna especificidad al respecto, que pudiera haber eliminado o reducido el coste económico de la suscripción del convenio especial. Sin lugar a dudas, la peculiar situación que se aborda en la nueva DA 3ª de la Orden ISM/386/2024 hubiera justificado un trato más favorable para quienes procedan a suscribir el convenio especial previsto en dicha norma.

10. LA PREVISIÓN DE UN GENEROSO RÉGIMEN TRANSITORIO.

La extraordinaria relevancia de las novedades introducidas por la Orden ISM/812/2024 obliga a incorporar un régimen transitorio en relación con las solicitudes que ya se hubieran podido presentar con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, es decir, desde el 1 de junio de 2024, fecha de entrada en vigor de la Orden ISM/386/2024, hasta el día anterior a la entrada en vigor de la Orden ISM/812/2024, es decir, el 31 de julio de 2024.

A tal efecto, la disposición transitoria única de la Orden ISM/812/2024 (en adelante, DT Única de la Orden ISM/812/2024), bajo la rúbrica de "Solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden" contempla diferentes situaciones:

— En primer lugar, las solicitudes de suscripción del convenio especial presentadas y no resueltas. Para este supuesto se prevé que las mismas sean resueltas de conformidad con lo establecido en la Orden ISM/812/2024.

— En segundo lugar, las solicitudes de suscripción del convenio especial presentadas y resueltas. En estos casos se prevé que la persona interesada podrá solicitar la modificación de las condiciones del convenio especial ya reconocido a fin de adecuar el mismo a las nuevas condiciones establecidas por la Orden ISM/812/2024, sin perjuicio de que, en todo caso, la TGSS adapte de oficio la base de cotización del convenio a lo previsto ahora por dicha norma.

Como fácilmente puede constatarse, el régimen transitorio previsto por la DT Única de la Orden ISM/812/2024 pone de manifiesto que la totalidad de los cambios introducidos por esta norma en el régimen jurídico del convenio especial para la recuperación de períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación resultan más favorables para las posibles personas beneficiarias, no en vano, se permite que las mismas puedan acogerse a la nueva regulación, a pesar de que ya hubieran presentado su solicitud con anterioridad a la introducción de los referidos cambios.

1707/2011, que declaraba que no les resultaban de aplicación los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social previstos en el Real Decreto 1493/2011. Tal exclusión de la posibilidad de suscribir el convenio especial en él previsto determinó la anulación de la norma y explica que el proyecto incluya una previsión específicamente dirigida a favorecer esa inclusión inicialmente vedada".

Si ello ya queda reflejado en los supuestos en que la solicitud de suscripción del convenio especial se hubiera presentado, pero aún no hubiera sido resuelta, aún se pone más de manifiesto en aquellos casos en que la solicitud del convenio especial se hubiera presentado y ya hubiera sido resuelta[41]. No en vano, en estos supuestos aún se permite que la persona interesada pueda solicitar la modificación del convenio para incorporar las nuevas condiciones previstas ahora en la normativa. Así, por ejemplo, en el supuesto en que, en su momento, ya se hubiera formalizado el convenio especial previsto en el Real Decreto 1493/2011, se podrá solicitar el incremento del período de cotización recuperado hasta los 1.825 días previstos para el nuevo convenio especial, con independencia de los períodos que hubieran sido reconocidos en el convenio anterior, con lo que podría llegar a ampliarse hasta los siete años; se podrá ampliar el período en el que se quiere fraccionar el ingreso de la cotización, hasta el doble de las mensualidades objeto de cómputo hasta el máximo de 84 mensualidades; se podrá solicitar un nuevo cálculo de la cuantía a abonar por la cotización del convenio especial, adecuándola a la nueva previsión de que la base mensual de cotización esté constituida por la base mínima de cotización por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de cotización del RGSS vigente en cada período que sea objeto de cómputo para su suscripción, etcétera.

Pero, por si ello no fuera suficiente, incluso en el supuesto en que la persona interesada no solicite la modificación del convenio para adecuarlo a las nuevas condiciones introducidas por la Orden ISM/812/2024, se prevé que la TGSS adapte de oficio la base de cotización del convenio a lo previsto ahora en dicha norma, de modo que la cuantía a abonar por la persona interesada será, en todo caso, la más económica prevista tras la Orden ISM/812/2024.

11. VALORACIÓN FINAL

Como se ha analizado a lo largo de este trabajo, la Orden ISM/812/2024 ha introducido modificaciones sustanciales en el régimen jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas de formación y becas de investigación, que constituyen mejoras muy significativas en la regulación de dicho convenio especial, lo que debería contribuir a favorecer la recuperación de períodos de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación, con los indudables efectos positivos que ello tendría para las futuras pensiones de las personas beneficiarias y, muy especialmente, de cara a sus futuras pensiones de jubilación.

Pese a ello, aún pueden detectarse algunos aspectos del régimen jurídico del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas de formación y becas de investigación que podrían suponer un cierto obstáculo para que las posibles personas beneficiarias finalmente lo acaben suscribiendo, frustrándose de este modo la finalidad perseguida con dicho convenio especial, que no es otra que permitir la recuperación de los períodos de cotización de quienes han desarrollado períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación, desprovistos de cualquier tipo de protección social.

En primer lugar, a pesar de que la regulación actual establece un período máximo de prácticas objeto de cómputo en el nuevo convenio especial que no podrá ser superior a 1.825 días (cinco años), con independencia de los períodos reconocidos en su caso en el convenio anterior suscrito al amparo del Real Decreto 1493/2011, lo que posibilita recuperar hasta un máximo de siete años, dos en base al convenio especial realizado al amparo del Real Decreto 1493/2011 y cinco más, al amparo del nuevo convenio especial, ello aún puede resultar insuficiente en supuestos muy específicos como es el caso del antiguo personal investigador, atendiendo a los larguísimos períodos de ausencia de cobertura de

[41] A tal efecto, el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio…" *cit.* indica que "esa previsión garantiza por sí sola que los convenios ya suscritos puedan beneficiarse de las previsiones más favorables de la nueva norma".

seguridad social por los que muchos de ellos tuvieron que transitar durante su carrera investigadora, superiores, en algunos casos, a los diez años.

En segundo lugar, aunque se ha procedido a ampliar de forma notable el período previsto para la presentación de la correspondiente solicitud de suscripción del convenio especial hasta el 31 de diciembre de 2028, ello todavía podría resultar insuficiente. A tal efecto, gran parte de las posibles personas beneficiarias de esta medida, en la actualidad, aún perciben la jubilación como algo lejano, lo cual, unido a la situación laboral de muchos de ellos, con condiciones laborales precarias, conlleva que consideren la recuperación de los períodos de cotización como una cuestión no prioritaria frente a las dificultades económicas que les plantea el día a día. Por todo ello, hubiera sido preferible que se hubieran fijado plazos mucho más dilatados para proceder a la solicitud de la recuperación de los períodos de cotización o, incluso, que se hubiera dejado abierta de forma indefinida esta posibilidad.

En tercer lugar, aunque se haya llevado a cabo una rebaja sustancial del coste económico que supone la suscripción del convenio especial, al tomarse a partir de ahora en consideración para el cálculo de la cotización las bases vigentes en cada período que sea objeto de recuperación y no, en todo caso, las bases de cotización vigentes en el año 2024, como se preveía hasta ahora, sigue llamando la atención que la cuantía de la cotización a ingresar en estos supuestos sea sustancialmente superior en términos comparativos a la cotización prevista para aquellas personas que desarrollen períodos de prácticas tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023, para la que, además, se contempla una reducción del 95 por ciento. No parece razonable que todavía siga siendo tan dispar el coste económico que supone la recuperación de períodos de cotización que se deriva de la suscripción del convenio especial, respecto del coste económico de la cotización prevista para aquellas personas que desarrollen períodos de prácticas tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023.

Por lo demás, la persona obligada al pago del importe total de la cotización a ingresar por este convenio especial sigue siendo en exclusiva quien lo suscribe, sin que se haya previsto en este punto ninguna obligación de la entidad u organismo en que se han desarrollado las prácticas ni, en su caso, de quien las ha remunerado y/o financiado. En consecuencia, al coste más elevado de la cotización prevista en los supuestos de convenio especial, en relación con la cotización prevista para aquellas personas que desarrollen períodos de prácticas tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023, cabe añadir la asunción íntegra y en solitario del pago de la cotización por parte de quien suscribe el convenio especial. Por tanto, en este punto no se ha explorado la posibilidad prevista en el art. 8.1 de la Orden TAS/2865/2003, en virtud de la cual, "podrán actuar como sustitutos de los trabajadores o asimilados que suscriban el convenio especial o, en su caso, de los empresarios obligados al pago de la aportación correspondiente las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente esta obligación con autorización expresa de dichos trabajadores, empresarios o asimilados".

En cuarto lugar, por lo que respecta al momento en que deben ingresarse las cuotas correspondientes a los períodos de cotización recuperados, si bien, este aspecto se ha mejorado sustancialmente, al preverse ahora que el interesado pueda optar por efectuar el ingreso de la cotización que corresponda mediante un pago único o mediante un pago fraccionado mensual en un período de hasta el doble de las mensualidades objeto de cómputo con un máximo de 84 mensualidades (siete años), aún sigue sorprendiendo que se trate de plazos inferiores a los previstos en su momento por el Real Decreto-Ley 5/2013, que, ampliando la previsión inicial prevista por el Real Decreto 1493/2011, vino a establecer que el pago se podía fraccionar en un número de mensualidades igual al triple de aquellas por las que se hubiera formalizado el convenio. No cabe duda que con estos plazos se haría más llevadera la asunción del elevado coste económico que supone la recuperación de los referidos períodos de cotización. Una vez más, el trato menos favorable que en este punto todavía dispensa la

Orden ISM/386/2024 va a dificultar la suscripción de este convenio especial por parte de las posibles personas beneficiarias.

En quinto lugar, en relación con los convenios especiales de carácter excepcional, a pesar de que la Orden ISM/812/2024 resuelve la cuestión de qué sucede con aquellas personas becarias en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título que no hubieran suscrito previamente ningún convenio especial, al preverse ahora de forma expresa que quienes se encuentren en esta situación podrán suscribir el convenio especial de carácter excepcional previsto al efecto, tanto si ya habían suscrito el convenio especial del Real Decreto 1493/2011 como si lo hubieran podido suscribir, se ha desaprovechado la ocasión para aclarar mejor el alcance del otro convenio especial de carácter extraordinario previsto en la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024, es decir, el dirigido a los becarios de investigación.

A tal efecto, la compleja redacción del apartado segundo de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024 plantea la duda de si la misma alcanza únicamente a los que han sido personal investigador en formación predoctoral o si, también, puede alcanzar a los que han sido personal investigador postdoctoral. A tal efecto, cuando el apartado segundo se refiere a los graduados que han participado en programas de formación de naturaleza investigadora, establece que deben haberlo hecho "a través de los correspondientes estudios de doctorado", lo cual, parecería dirigirse *a priori* al personal investigador predoctoral, dejando fuera a los postdoctorales. Asimismo, la referencia expresa que efectúa la norma al EPIF también podría apoyar esta conclusión. No cabe duda que esta interpretación supondría un agravio comparativo para todo el personal investigador postdoctoral que durante muchos años desarrolló su actividad, en muchas ocasiones, en el extranjero, bajo la cobertura de becas de investigación postdoctorales que a la postre no comportaron su inclusión en el RGSS, viendo truncadas de forma sustancial sus carreras de cotización.

Frente a ello, cabe sostener que la expresión "a través de los correspondientes estudios de doctorado" debería interpretarse en el sentido de que la misma también ampararía a quienes ya hubieran obtenido la titulación de doctorado, es decir, al personal investigador postdoctoral, a lo que cabe añadir que el EPIF, en su disposición adicional sexta (en adelante, DA 6ª EPIF), también regulaba los programas de ayuda a la investigación para doctores, previéndose su contratación laboral, lo que justificaría que la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024 posibilitara ahora la suscripción de un convenio especial para todos aquellos que fueron personal investigador postdoctoral con anterioridad al EPIF sin cobertura alguna de Seguridad Social.

A partir de todas estas consideraciones, se podría llegar a la conclusión de que el apartado segundo de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024 también ampararía la posibilidad de que el personal investigador postdoctoral pudiera suscribir el convenio especial de carácter extraordinario previsto en dicha norma. Cualquier otra interpretación que excluyera a este colectivo de la posibilidad de recuperar los correspondientes períodos de cotización iría en contra del espíritu de la Orden ISM/386/2024, con la que se pretende que todo el personal investigador pueda recuperar los períodos de cotización por el tiempo que disfrutó de ayudas a la investigación.

En todo caso, la nueva redacción del convenio especial de carácter extraordinario previsto en el apartado primero de la DA 2ª de la Orden ISM/386/2024 también podría dar cabida al personal investigador postdoctoral, en tanto que los mismos han participado como becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, en este caso, de naturaleza investigadora y, en su momento, ya suscribieron o pudieron suscribir el convenio especial previsto en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011.

En sexto lugar, en relación con la posibilidad de suscripción del convenio por los períodos realizados con anterioridad al 28 de junio de 2013 prevista para aquellas personas que se vieron afectadas por la anulación del Real Decreto 1707/2011 por parte de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013, cabe valorar positivamente que, aunque sea con más de diez años de retraso, se haya abordado esta cuestión. Sin embargo, la solución dispensada adolece de generosidad, por cuanto que hace recaer exclusivamente en quienes resultaron agraviados en su momento por la aprobación y posterior anulación del Real Decreto 1707/2011 el coste económico de la suscripción del convenio especial por los períodos de prácticas universitarias por los que no se cotizó en su momento, por haberse visto excluidos injustamente de la aplicación del Real Decreto 1493/2011. No cabe duda que hubiera sido preferible dispensar un trato más generoso en estos supuestos a quienes pretendan ahora recuperar estos períodos de cotización.

En definitiva, a pesar de que las modificaciones expuestas a lo largo de este estudio constituyen mejoras muy significativas en la regulación del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas de formación y becas de investigación, que indudablemente deberían contribuir a favorecer la suscripción de este convenio especial por parte de las posibles personas destinatarias, aún pueden detectarse algunos déficits en su régimen jurídico, especialmente, su elevado coste económico y la asunción en exclusiva del mismo por parte de quien suscribe el convenio, que nos llevan a pensar que el éxito de esta medida, como ya sucediera con el Real Decreto 1493/2011, podría ser todavía muy limitado[42], perpetuándose de este modo los dañinos efectos que estos periodos de formación sin cobertura de Seguridad Social van a suponer en las futuras condiciones de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y, especialmente, a la pensión de jubilación de quienes durante un tiempo más o menos prolongado de tiempo desarrollaron prácticas, becas de formación y becas de investigación sin cobertura alguna de seguridad social.

12. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Álvarez Cortés, J.C: "La "re-inclusión" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Temas Laborales*, núm. 122, 2013.

Arrieta Idiakez, F.J.: "Las últimas reformas en materia de becas de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2013.

ASOCIACIÓN DE ANTIGUOS BECARIOS DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA: *Manifiesto InvestigarSinCotizar. Excelencia investigadora sin derechos laborales: España ha maltratado y maltrata a su personal investigador.* Este documento puede consultarse en: https://drive.google.com/file/d/15kZ2fUdJB0NKd35UFj0Yc5TnSn_T_hQo/view

Cabero Morán, E.: "La seguridad social del estudiantado universitario, setenta años de soledad (1953-2023)", *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023.

CONFEDERACIÓN DE SOCIEDADES CIENTÍFICAS DE ESPAÑA: *Ante la orden ministerial de regularización de cotización retroactiva de becas de investigación*, mayo de 2024. Este documento puede consultarse en: https://cosce.org/ante-la-orden-ministerial-de-regularizacion-de-cotizacion-retroactiva-de-becarios-de-investigacion/.

[42] Sobre el alcance de esta medida, en la Memoria que acompañaba al Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ISM/386/2024 se preveía la hipótesis de que se acogerían a este convenio en torno a 49.000 suscriptores, lo que representa el doble de las personas que suscribieron el convenio especial regulado en la DA 1ª del Real Decreto 1493/2011.

CONSEJO DE ESTADO: Dictamen sobre el Proyecto de Orden por la que se regula la suscripción de convenio especial de Seguridad Social a efectos del cómputo de la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas reguladas en la DA 52ª TRLGSS, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, emitido el 25 de abril de 2024.

CONSEJO DE ESTADO: Dictamen sobre el Proyecto de Orden por el que se modifica la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, por la que se regula la suscripción de convenio especial de Seguridad Social, a efectos del cómputo de la cotización, por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas reguladas en la DA 52ª TRLGSS, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, emitido el 18 de julio de 2024.

Crespo Ortíz, D.: "La cotización de las prácticas académicas externas a la luz de los nuevos cambios introducidos por el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo", *Labos*, núm. 1, 2024.

De La Puebla Pinilla, A.: "La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la Seguridad Social y otras novedades de la Ley 27/2011 (El convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresas)", en García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (Dirs.), "La reforma de la Seguridad Social 2011", Lex Nova, Valladolid, 2011.

Duque González, M.: *Becas y becarios*, Lex Nova Thomson-Reuters, Valladolid, 2012.

Duque González, M.: "Análisis actual de la normativa de becarios, formación práctica y contratación de jóvenes", *Información Laboral*, núm. 2, 2014.

FEDERACIÓN DE JÓVENES INVESTIGADORES: *Cotizar sí, pero no a cualquier precio, 14 de mayo de 2024*. Este documento puede consultarse en: https://fji.precarios.org/cotizar-si-pero-no-a-cualquier-precio/.

Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S.: "La incorporación al régimen general como asimilado a trabajador por cuenta ajena. Especial referencia a los becarios", en Vicente Palacio, M.A.: (Coord.), *Estudios de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2021.

Fernández Orrico, F.J.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012.

Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: "El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.

Hernández Martínez, M.: "Inclusión en la Seguridad Social de los becarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837, 2012.

Moreno Gené, J.: "La Seguridad Social de los participantes en programas de formación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 345, 2011.

Moreno Gené, J.: "La nueva regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 349, 2012.

Moreno Gené, J.: "La inclusión "definitiva" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 374, 2014.

Moreno Gené, J.: "La recuperación de períodos de cotización de los "exbecarios" tras el Real Decreto Ley 5/2013", *Revista de Derecho Social,* núm. 65, 2015.

Moreno Gené, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

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. Laborum,* núm. 35, 2023.

Moreno Gené, J.: "Nueva oportunidad para la recuperación de la cotización por períodos de prácticas y becas de investigación", en *Briefs AEDTSS*, núm. 55, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

Moreno Gené, J.: "La inclusión en la seguridad social del alumnado en prácticas: últimos cambios normativos y nuevos criterios interpretativos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024.

Moreno Gené, J.: "La recuperación del cómputo de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 159, 2024.

Moreno Gené, J.: "Modificación del convenio especial para la recuperación de cotización por períodos de prácticas, becas formativas y becas de investigación", en *Briefs AEDTSS*, núm. 75, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

Panizo Robles, J.A: "Una nueva reforma de la Seguridad Social. Comentario a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 343, 2011.

Pérez Hernández, M.M.: "Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios", en Illuesca Ballester, J.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

Rodríguez Cardo, I.A.: "La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012.

Rodríguez-Piñero Royo, M.C y Pérez Guerrero, M.L.: "La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.), *XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Granada, 2014.

Rojo Torrecilla, E.: "Cotización por períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas. Notas a la Orden de 26 de julio que modifica sustancialmente la de 29 de abril, y texto comparado", en el Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 1 de agosto de 2024. Este documento puede consultarse en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/08/cotizacion-por-periodos-de-practicas.html

Sempere Navarro, A.V.: "La Seguridad Social de los becarios tras la anulación del Real Decreto 1707/2011" *Aranzadi Social*, núm. 5, 2013.

Tatay Puchades, C.: "La inclusión en el sistema de Seguridad Social de los investigadores y participantes en programas de formación", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012.

Vela Díaz, R.: "La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de la Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales?", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 36, 2023.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 123-144

La cotización a la Seguridad Social del teletrabajo transfronterizo. Una cuestión aún pendiente en la normativa internacional

Social security contributions for cross-border remote work. An issue still pending in international law

Isabel M. Pérez Gázquez *Profesora Titular de Universidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Católica de Murcia*
https://orcid.org/0000-0002-1546-345X

Sumario

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO
3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL QUE RESULTA APLICABLE AL TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO
   3.1. Vacío normativo en los instrumentos de coordinación de la Seguridad Social en el contexto internacional
   3.1.1. Legislación única: principio lex loci laboris vs lex loci domicilii
   3.1.2. La irrupción del teletrabajo transfronterizo en el contexto de la pandemia de la covid-19. Vacío normativo y soluciones provisionales
   3.1.3. Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, con entrada en vigor el 1 de julio de 2023: teletrabajo habitual y por cuenta ajena en el marco de los países signatarios
   3.1.4. Otros supuestos de teletrabajo transfronterizo sin regulación específica: teletrabajo ocasional, teletrabajo por cuenta propia y teletrabajo en el ámbito de países terceros
4. COTIZACIÓN EN EL PAÍS DE UBICACIÓN DEL CENTRO DE TRABAJO O EMPRESA VS EL PAÍS DE RESIDENCIA. VENTAJAS Y DESVENTAJAS
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 3/10/2024
Fecha Revisión: 6/11/2024
Fecha Aceptación: 6/11/2024

Cita Sugerida: PÉREZ GÁZQUEZ, I.M.: «La cotización a la Seguridad Social del teletrabajo transfronterizo. Una cuestión aún pendiente en la normativa internacional». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 123-144.

Resumen

Las normas de coordinación de Seguridad Social de los distintos países aún carecen de una regulación específica sobre teletrabajo transfronterizo, que defina cuestiones como la legislación y país de cotización que resulta aplicable a las personas trabajadoras que residen y ejecutan la actividad desde un Estado distinto al del centro de trabajo o empresa para la que trabajan. Para dar respuesta a ello, se analiza el estado de la legislación actual, con especial mención al Acuerdo Marco de Teletrabajo Transfronterizo habitual y las problemáticas jurídicas y de tipo práctico asociadas a la sujeción a uno u otro territorio

Palabras clave

teletrabajo; transfronterizo; cotización; vacío normativo

Abstract

The social security co-ordination rules of the different countries still lack a specific regulation on cross-border remote work, defining issues such as the legislation and country of contribution applicable to workers who reside and carry out the activity from a State other than that of the workplace or company for which they work. In response to this, the state of current legislation is analysed, with particular reference to the standard Cross-Border Remote Work Framework Agreement and the legal and practical issues associated with being subject to one territory or the other.

Keywords

remote work; cross-border; taxation; regulatory gap

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico propio de la tercera y cuarta revolución industrial ha ocasionado la aparición de nuevas formas de organizar y desempeñar la actividad laboral que están obligando a una redefinición de los paradigmas clásicos del Derecho del Trabajo, incluido el aspecto territorial vinculado al lugar de trabajo. Es decir, si antes de esta irrupción tecnológica la actividad laboral se realizaba eminentemente de manera presencial, en el centro de trabajo propiedad de la empresa, el auge y expansión del teletrabajo está ocasionando nuevos escenarios en los que la actividad puede ser ejecutada desde cualquier lugar, incluso a nivel transnacional[1]. De hecho, ha dado lugar a la aparición de un nuevo tipo de movilidad que no exige el traslado ni cruce de fronteras físico de la persona trabajadora, que desvirtúa aún más el clásico concepto de lugar de trabajo. Se trata del teletrabajo transfronterizo o internacional

Esta nueva fórmula de movilidad cuenta con beneficios de diverso tipo para ambas partes de la relación laboral. Un ejemplo de ello es la reducción de los costes vinculados al espacio de trabajo y/o su ubicación. En el caso de la empresa, debido a que se permite un ahorro en gastos como el alquiler, la electricidad, etc, y en el de las personas teletrabajadoras, en los asociados al desplazamiento al trabajo y, en algunos casos, al alto coste de vida de determinados lugares en los que pueda encontrarse ubicada la empresa, ya que se facilita la posibilidad de trasladar la residencia a otras zonas más alejadas y con un menor coste. Además, entre otras ventajas ligadas a una y otra parte, las empresas pueden captar talento más allá del territorio nacional, y las personas trabajadoras cuentan con un mayor acceso al mercado de trabajo internacional, con la posibilidad de optar a mejores condiciones laborales que las existentes en su país de residencia. Asimismo, de buscar nuevos retos personales y/o realizar turismo inmersivo en el país de residencia y teletrabajo, tal y como ocurre con las personas nómadas digitales. De hecho, la migración laboral del mundo globalizado se caracteriza tanto por su aumento como por la pluralidad y diversidad de causas que la impulsan[2].

En este contexto, España, junto con Indonesia –es el destino favorito–, México, Tailandia, Colombia, Argentina y Portugal, despunta entre los países con mayor atractivo para este nuevo perfil de profesionales altamente cualificados que deciden desarrollar su actividad de manera exclusivamente telemática desde un país distinto al de ubicación de la empresa[3]. Entre los motivos tenidos en cuenta para estas elecciones se encuentran la calidad de la red de internet, el buen clima, la cultura, el bajo coste de la vida, las propias atracciones del destino y/o la facilidad para obtener un visado de entrada y permanencia en el país, en su caso. De hecho, España, al igual que otros países del entorno europeo, ha apostado por la captación de este talento internacional a través de, entre otras medidas, la configuración de un nuevo visado y autorización de residencia y teletrabajo internacional[4].

---

[1] Cruz Villalón, J.: "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, nº 138, 2017, pp. 26-30; Mercader Uguina, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

[2] OIM. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES: *Informe sobre las migraciones en el mundo,* 2020; Ruesga Benito, S.M. y Silva Bichara, J.: "Globalización, relaciones laborales y migración: conceptos básicos y aspectos teóricos", *Clm.economía: Revista económica de Castilla-La Mancha,* nº 10, 2007, pp. 129-161; Zubero, I.: "Trabajo y Globalización", *Revista Lan Harremanak*, nº 12, 2005, p. 86.

[3] Martin Gallardo, A.: *Estadísticas y tendencias sobre nómadas digitales*, 2023. Disponible en: https://passport-photo.online/es-es/blog/estadisticas-nomadas-digitales/ Consultado: 12 de junio de 2023; Nick Dreher & Anna Triandafyllidou.: "Digital Nomads: Toward a Future Research Agenda", *The Working Papers* nº 2023/04 of Series produced jointly by the Toronto Metropolitan Centre for Immigration and Settlement (TMCIS) and the CERC in Migration and Integration, April, 2023. Disponible en: file://10.10.100.172/DATOSPDI1/usr/310/23276310/Descargas/2023-04-WP DreherTriandafyllidou.pdf. Consultado: 12 de febrero de 2024.

[4] Capítulo V bis de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE de 28 de septiembre de 2013, introducido por la disposición final 5.9 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes –también llamada Ley de Startups–. Esta modalidad de visado

Si bien las ventajas señaladas, también es preciso tener en cuenta que esta nueva forma de ejecutar la actividad no se encuentra exenta de retos de diversa naturaleza. Entre otros, los derivados de la adaptación a un nuevo entorno cultural y forma de trabajar, la fuga de cerebros hacia otros países con mejores condiciones laborales, o los desafíos de tipo jurídico relacionados con el régimen de extranjería, el fiscal o el de Seguridad Social. Concretamente, desde la perspectiva de este último, cabe hacer especial referencia a las dificultades asociadas a la determinación de la legislación que resulta aplicable, tanto a efectos prestacionales como de cotización. Es decir, si estas personas trabajadoras que ejecutan la actividad laboral de manera telemática desde su domicilio para una empresa o centro de trabajo ubicado en el extranjero quedan sujetas a la legislación de este país, por considerarse éste el lugar de ejecución del contrato de trabajo o, por el contrario, lo están a la legislación del país de residencia, por interpretarse como tal al lugar desde el que la persona trabajadora teclea su ordenador y teletrabaja. Más aún, cuando el teletrabajo se realiza de manera híbrida y no a tiempo completo o de forma ocasional y no habitual.

A saber, la situación de las personas trabajadoras –tanto españolas como extranjeras– que deciden teletrabajar de manera habitual desde España para una empresa ubicada en Francia y viceversa. Ya sea de manera completa o híbrida. De hecho, esta casuística planteó diversas problemáticas de tipo práctico al inicio de la pandemia de la covid-19, cuando el teletrabajo se implantó y extendió de manera generalizada y un gran número de estas personas se desplazaron a otros países, entre ellos España, para teletrabajar. Todo ello, como consecuencia de la confrontación de criterios producida entre las instituciones competentes de los distintos países derivada de la ausencia normativa en el ámbito internacional en materia de teletrabajo. Por ejemplo, entre la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS–, que considera que quien se conecta y teclea desde España para teletrabajar ha de estar dado de alta y cotizar en el sistema español, y otros países del ámbito europeo con distinto criterio, tal y como se expondrá más adelante[5].

El reciente Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, con entrada en vigor el 1 de julio de 2023, BOE de 4 de agosto de 2023, aporta claridad e introduce los criterios que determinan

permite la permanencia en España -la validez máxima del visado inicial es de un año, prorrogable por un período máximo de tres, mediante la solicitud de la autorización de residencia para trabajo internacional en el plazo de sesenta días naturales antes de la expiración del visado- para ejercer una actividad laboral o profesional de manera exclusivamente telemática para empresas ubicadas fuera del territorio nacional. Es decir, cuando el país de ejecución del teletrabajo no coincide con el de ubicación de la empresa ya que, en este caso, el desempeño de la actividad, aunque sea en la modalidad de teletrabajo, se enmarca en el ámbito de aplicación de la autorización de trabajo y residencia y no en la de teletrabajo internacional. Ello, con la salvedad de los trabajadores por cuenta propia, siempre que no teletrabajen para una empresa ubicada en España en un porcentaje superior al 20% de la totalidad de su actividad. No obstante, se trata de una autorización de carácter restrictivo pues, tan sólo pueden acogerse a ella los profesionales cualificados que acrediten ser graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o que cuenten con una experiencia profesional mínima de tres años. Además, también se exige acreditar que la actividad puede ser ejecutada de manera telemática, y que existe un vínculo laboral o profesional con una empresa ubicada fuera de España. Así, en el caso del trabajador por cuenta ajena, se ha de acreditar la existencia de una actividad real y continuada de la empresa o grupo de empresas con la que el trabajador mantiene una relación laboral de al menos un año, cuya ubicación ha de estar fuera de España, al menos, en los últimos tres meses anteriores a la solicitud. En el caso de la actividad profesional, la existencia de una relación mercantil entre el trabajador y una o varias empresas no localizadas en España durante al menos los tres últimos meses. Acerca de este régimen de extranjería véase, Calvo Cádiz, E.: "Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión: diez años después de la Directiva 2004/38 y siete después del Real Decreto 240/2007", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 110, 2014, pp. 223-237; Sierra Benitez, E.M.: "La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales", *Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, nº 2, 2021, pp. 8-18.

[5] Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital", *Revista Labos*, nº. 1, vol. 4, 2023, p. 60.

la sujeción a una u otra legislación. Aunque es fundamental resaltar que únicamente se aplica al teletrabajo habitual y, además, tan sólo a los países signatarios, entre los que no se incluyen todos los países miembros regidos por el reglamento del año 2004 sobre el que se articula, ni, lógicamente, los países terceros. Es más, ni siquiera todos los países miembros a los que les resulta de aplicación el señalado reglamento de coordinación sobre el que se articula. Por tanto, aún son diversas las situaciones que siguen pendientes de una regulación ad hoc en materia de teletrabajo transfronterizo y Seguridad Social.

Esta situación de incertidumbre puede derivar en que las empresas se muestren reticentes al teletrabajo transfronterizo o que, en caso de permitirlo, lo hagan tan sólo por un tiempo limitado o con unas condiciones que no impliquen un cambio de legislación. De hecho, algunas empresas lo autorizan sólo cuando es para teletrabajar desde un país en el que se cuenta con una filial, tratándolo como un desplazamiento temporal intraempresarial o procediendo a la extinción del contrato de trabajo en el país de origen y a una nueva contratación en el país de destino, si la situación de teletrabajo se prevé para largo plazo[6].

Lo anterior, en el caso de que la persona trabajadora informe a la empleadora pues, aunque la determinación del lugar de desarrollo de la actividad forme parte del contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia (art 7.f) de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, BOE de 10 de julio de 2021), en la práctica puede ocurrir que ésta no tenga conocimiento del lugar desde el que el teletrabajo es desarrollado, sin que además la utilización generalizada de medios de control y vigilancia de la ubicación e IP desde la que se teletrabaja se considere ajustada a derecho, bajo los estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos desde la perspectiva del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales[7].

Además, es preciso tener en cuenta que otra de las problemáticas que puede suscitarse en torno a esta determinación es que el teletrabajo no necesariamente se asocia a un único lugar de ejecución, tal y como ocurre con respecto a las personas nómadas digitales, que continuamente cambian de residencia y, por tanto, de lugar de ejecución del teletrabajo. Según datos estadísticos, suelen visitar entre tres y cinco destinos al año, con una permanencia media en cada uno de ellos de entre uno y tres meses (65%), de tres a seis meses (14%), de más de un año (11%) y de entre seis y doce meses (10%). En cuanto a su perfil, son personas trabajadoras, principalmente hombres (59%), de la generación "millenial" (44%), con buena formación (el 72% tiene una licenciatura y el 33% un máster, principalmente de los sectores de la informática (19%), servicios creativos (10%), educación y formación (9%), consultoría, coaching e investigación (8%), ventas, marketing y relaciones públicas o finanzas y contabilidad (8%)), que en su mayoría teletrabajan de manera completa y no parcial (71% y 29%, respectivamente) y por cuenta propia para diferentes empresas (36% con tendencia al alza). Otras son dueñas de su propia empresa (33%) o consultoras (5%). El resto, trabajan por cuenta ajena para una única empresa[8].

[6] Deloitte: *Global Remote Work Survey: Remote, controlled. This changes everything*, 2022. Disponible en: https://www.deloitte.com/content/dam/assets-shared/docs/dttl-tax-remote-controlled.pdf. Consultado: 12 de febrero de 2024.

[7] Directiva (UE) 2016/680 del parlamento europeo y del consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos. En el caso español, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE de 6 de diciembre de 2018 y Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, BOE de 10 de julio de 2021 (art 17). SSTEDH de 5 de septiembre de 2017, C-61496/08, *Barbelescu v. Rumania*; de 17 octubre 2019, C-1874/13 y 8567/13, *López Ribalda II y otros c. España*; STC 39/2016 de 3 de marzo (rec. 7222/2013).

[8] Martin Gallardo, A. *Estadísticas y tendencias sobre nómadas digitales*…ob. cit.; Mbo partners.: *Digital Nomads. Nomadism Enters the Mainstream*. Disponible en: https://www.mbopartners.com/state-of-independence/digital-

Así las cosas, se hace necesario estudiar y analizar los criterios definidos por los instrumentos de coordinación de Seguridad Social, tanto en el ámbito de los países miembros como de países terceros, en su caso, así como por el reciente y ya señalado Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo. Todo ello, en aras de aportar una mayor seguridad jurídica en la determinación de la legislación de Seguridad Social que resulta aplicable en este contexto de movilidad transnacional.

2. EL TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO

Como punto de partida a efectos de determinar la legislación de Seguridad Social que resulta aplicable a las personas teletrabajadoras transfronterizas, se hace preciso delimitar el propio concepto de teletrabajo transfronterizo respecto del trabajo presencial y nacional.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia define al teletrabajo como "aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación". De esta manera, el teletrabajo es entendido como una subespecie del trabajo a distancia, que es entendido como la "forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular", frente al trabajo presencial, que queda configurado como "aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa". Todo ello, teniendo en cuenta que la digitalización constituye el núcleo central de la forma en que se ejecuta la actividad (art 2).

En la misma línea, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, revisado en 2009, que define al teletrabajo como "una forma de organización o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo que también habría podido realizarse en los locales de la empresa, se ejecuta habitualmente fuera de estos". Igualmente, el reciente y ya citado Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, hace referencia a la "actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar y que podría realizarse en los locales o en el domicilio del empleador (…) y se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir las tareas que el empleador o los clientes asignen al trabajador, en el caso de los trabajadores por cuenta propia" (art 1.c).

Luego, se trata de definiciones articuladas en torno al elemento cualitativo o tecnológico, que actúa como elemento central de la configuración de esta forma de desarrollar la actividad e implica la utilización de las herramientas digitales y tecnológicas –internet, software de colaboración en línea, dispositivos móviles que permiten trabajar y estar conectado con clientes, compañeros de trabajo, colaboradores, entre otros– como instrumento de ejecución[9].

nomads/ Consultado: 12 de febrero de 2024; Schlagwein, D.: *The history of digital nomadism. Conference: International Workshop on the Changing Nature of Work (CNOW),* San Francisco, 2018.

[9] Resulta interesante mencionar la división doctrinal existente en torno al elemento personal del teletrabajo pues, hay quien considera que se trata de una modalidad de ejecución de la actividad referida tan sólo a las personas trabajadoras por cuenta ajena y no a las que trabajan por cuenta propia, mientras que otro sector doctrinal defiende la inclusión de cualquier tipo de actividad profesional, incluso las de carácter mercantil o civil ejecutadas de manera autónoma e independiente. Así, respecto de la primera postura cabe citar a Martín Pozuelo López, A.: *El teletrabajo trasnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 30, que propone la introducción de un elemento personal en la delimitación conceptual de la actividad ejercida en régimen de teletrabajo referido tanto al hecho de que se trata de una actividad que ha de ser ejercida por una persona física como a la naturaleza de la actividad como laboral o por cuenta propia. En relación con la segunda, Pérez De Los Cobos, F. y Thibault. Aranda, J.: "El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral", *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2001.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que son distintas las formas en las que se puede ejecutar este teletrabajo pues, distinta es la casuística de quien lo realiza de manera continuada con respecto a quien lo hace con carácter ocasional o residual. Igualmente, durante la totalidad de la jornada de trabajo, sin presencialidad alguna, en lugar de con una modalidad híbrida que combina tanto el elemento telemático como el presencial. De esta manera, además del elemento cualitativo o tecnológico es necesario tener también en consideración el de tipo cuantitativo, referido a la habitualidad en el uso de estas herramientas tecnológicas desde un lugar distinto al centro de trabajo.

Así, se puede distinguir entre trabajo puntual y habitual, entendiéndose como puntual a aquel que se realiza de manera ocasional, ante determinadas circunstancias personales o en determinadas fechas o periodos vacacionales, sobre una actividad que se desarrolla eminentemente de manera presencial. Es decir, hace referencia a supuestos en los que la persona trabajadora solicita la ejecución de este teletrabajo puntual para, por ejemplo, atender el cuidado de un familiar, una reparación en el domicilio, o cualquier otra circunstancia de carácter excepcional que impida el desplazamiento al centro de trabajo o exija la permanencia en el domicilio. También, ante determinadas fechas o períodos vacacionales como navidad, semana santa o verano, en los que se desea ejecutar la actividad en régimen de teletrabajo por razones de conciliación laboral y familiar o como una vía para prolongar la estancia en una residencia vacacional –es el llamado *teleworkation*–[10], entre otros motivos. Todo ello, teniendo en cuenta que la cuestión radica en determinar el quantum del uso de esta tecnología con respecto a la totalidad del ejercicio de la actividad, según la fórmula de cómputo determinada en la normativa que resulte de aplicación. A saber, en el caso de la ya citada normativa interna de trabajo a distancia, el criterio utilizado es el treinta por ciento de la jornada de trabajo en un período de tres meses, de manera que la persona que lo excede es considerada como teletrabajadora habitual y no ocasional (art 1).

En línea con lo anterior, se puede a su vez distinguir otra subcategoría que combina tanto el trabajo presencial como el telemático y que, de hecho, es la más utilizada con carácter habitual. Es el caso del teletrabajo híbrido, que hace referencia a una modalidad de trabajo flexible en la que el tiempo de trabajo se distribuye entre ambas formas de ejecución. Bien en referencia a una jornada semanal o sobre la totalidad de un determinado período. A modo de ejemplo, es el supuesto de la actividad que se ejecuta en una combinación de trabajo presencial de tres días a la semana con dos de teletrabajo, o la que se realiza en un régimen de alternancia semanal.

Pues bien, a efectos de delimitar el marco conceptual de este artículo cobra especial relevancia otro elemento, en este caso concerniente al aspecto territorial, que hace referencia al lugar de trabajo y a la exigencia de que el teletrabajo se ejecute desde cualquier lugar, normalmente el domicilio de la persona trabajadora, pero fuera del centro de trabajo o locales de la empresa en la que habitualmente se prestan los servicios –en actividades realizadas por cuenta ajena– o se encuentra el centro de interés de las actividades –en los trabajos ejecutados por cuenta propia–. Esto, teniendo en cuenta que, si en el trabajo presencial el centro y lugar de trabajo coinciden, en el caso del teletrabajo se produce una deslocalización espacial que incluso puede traspasar el ámbito nacional y dar lugar a una nueva subcategoría de teletrabajo, el nacional y el transfronterizo, dependiendo de si ambos lugares coinciden o no geográficamente en un mismo país, respectivamente. Una cuestión que no es baladí pues, el régimen jurídico aplicable a uno y otro caso difiere sustancialmente.

Como muestra de lo anterior, la definición realizada por el Acuerdo Marco de teletrabajo de 2023, que señala que el teletrabajo transfronterizo es la "actividad que puede ejercerse desde cualquier lugar y que podría realizarse en los locales o en el domicilio del empleador (…) y que se

[10] Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital…ob. cit. p. 66.

lleva a cabo en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados los locales o el domicilio del empresario (…)" (art 1.c). Es decir, no basta con que el teletrabajo sea ejecutado desde un lugar distinto al de la empresa o centro de trabajo, sino que además ha de hacerse desde otro Estado miembro. En la misma línea, la llamada Ley startups –Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, que modifica el Capítulo V bis de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE de 22 de diciembre de 2022–, que al configurar el visado para teletrabajo internacional exige que el centro de trabajo o empresa para la que se teletrabaja se encuentre en un país distinto al del domicilio desde el que se teletrabaja.

Lo anterior, al margen de la nacionalidad de la persona trabajadora con respecto al lugar de ejecución del contrato. La única diferencia a este respecto se produce desde la perspectiva de las normas de extranjería, pero no a efectos de considerar la actividad como teletrabajo internacional o transfronterizo. Así, la situación de la persona trabajadora procedente de un país tercero que teletrabaja desde su domicilio en España para una empresa ubicada en territorio español es tratada como teletrabajo nacional y no internacional. Al margen de que tenga que solicitar una autorización de trabajo y permanencia en España, por no gozar del estatus privilegiado de ciudadano de los países miembros. Es decir, lo relevante es la ubicación de la empresa o centro de trabajo con respecto al lugar desde el que se teletrabaja. Ello, a pesar de que esta forma de ejecutar la actividad no necesariamente se asocia a un único lugar, tal y como ocurre con relación al nomadismo digital, que cuenta con un elemento añadido referido a la alta movilidad y cambio de lugar de residencia y teletrabajo por voluntad propia de la persona trabajadora.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL QUE RESULTA APLICABLE AL TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO

Una vez expuesto el marco conceptual del teletrabajo transfronterizo o también llamado internacional, resulta preciso abordar los aspectos y problemáticas de tipo práctico que en materia de Seguridad Social pueden suscitarse a tenor de esta movilidad. Especialmente, los relativos a la aplicación de los criterios territoriales que definen la sujeción a la legislación y sistema de uno y otro país, tanto a efectos de cotización como de derechos prestacionales. Más aún, si entre los sistemas implicados se dan criterios de sujeción contrapuestos pues, los Estados gozan de libertad para definir el campo de aplicación de sus normas de Seguridad Social según un criterio de profesionalidad, residencia o mediante una combinación de ambos[11].

Un ejemplo de lo anterior es la normativa española, que se rige según los criterios de profesionalidad y residencia, bajo la premisa de que todas las personas trabajadoras trabajan y residen en el mismo país y, por tanto, con coincidencia de ambos elementos en un mismo territorio nacional (art. 7 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre de 2015, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE de 31 de octubre de 2015 –de ahora en adelante LGSS–). Sin embargo, en el caso del teletrabajo transfronterizo nos encontramos ante un escenario protagonizado por la divergencia entre ambos y, por tanto, por el interrogante acerca de qué territorio ha de ser considerado como lugar de trabajo. Si aquel desde donde la persona teletrabajadora teclea su ordenador y ejecuta el teletrabajo o el de ubicación del centro de trabajo o domicilio de la empresa para la que se teletrabaja.

Dado que la movilidad de personas trabajadoras no es un fenómeno exclusivo de la actualidad, aunque sí que la globalización y el desarrollo tecnológico han contribuido fuertemente a su auge y expansión, la existencia de mecanismos de coordinación de la Seguridad Social en el ámbito

[11] González Ortega, S.: *La protección social de los trabajadores extranjeros*, 2006, p. 50.

internacional tampoco lo es. El objetivo de estos instrumentos es doble. Por un lado, fijar los criterios que determinan el sistema de Seguridad Social al que la persona trabajadora queda sujeta y al que debe cotizar. Por otro, evitar que quien cuente con una carrera de cotización fraccionada en distintos países quede desprotegido o sufra una merma o perjuicio en sus derechos prestacionales como consecuencia de la aplicación de la normativa de cada país en el que se ha trabajado de manera separada e individualizada. Especialmente cuando se trata del acceso a aquellas prestaciones que exigen mayores períodos de carencia como es el caso de la jubilación –en el caso de España, quince años, entre los que al menos dos se han de encontrar en los quince años inmediatamente anteriores al momento de acceso a la prestación (art. 205 b) LGSS)–. Todo ello, bajo unos criterios comunes de igualdad de trato y no discriminación; coordinación de las legislaciones; legislación única aplicable; supresión de cláusulas de residencia o exportabilidad de las prestaciones; totalización de los períodos de cotización; no acumulación de prestaciones; y aplicación de las disposiciones más favorables.

Referido a los países miembros, cabe hacer especial mención del Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, DOUE de 30 de abril de 2004, que actúa como norma de base, así como del Reglamento 987/2009, por el que se adoptan sus normas de aplicación, DOUE de 30 de octubre de 2009 –denominado reglamento de aplicación– y el Reglamento 465/2012, de 22 de mayo, por el que se modifican ambos, DOUE de 8 de junio de 2012[12] . Con respecto de las relaciones con países terceros, el sistema español cuenta con convenios de reciprocidad de carácter bilateral con los países de Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Marruecos, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Senegal, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela[13]. Asimismo, con convenios

[12] Aplicable desde el 1 de mayo de 2010 a Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia (desde 1 de julio de 2013), Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia. Igualmente, en las relaciones con Suiza desde el 1 de abril de 2012 y con los Estados pertenecientes al EEE -Noruega, Islandia y Liechtenstein- a partir del 1 de junio de 2012.

[13] Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, de 9 de noviembre de 2001, BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002, y Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, de 9 de noviembre de 2001, BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, de 28 de enero de 1997 y Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio, de diciembre de 1997, BOE núm. 10, de diciembre de 2004; Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social, de 31 de enero de 2002, BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2002; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991, BOE núm. 13, de 15 de enero de 1996. Modificado por el Convenio complementario de revisión, de 24 de julio de 2012, BOE núm. 119, de 16 de mayo de 2018; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Cabo Verde y Acuerdo Administrativo para su aplicación, de 23 de noviembre de 2012, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2013; Convenio y Acuerdo administrativo sobre Seguridad Social entre España y Canadá, hechos en Madrid, de 10 de noviembre de 1986, BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 1987; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Chile, de 28 de enero de 1997, BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1998, y Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio Hispano-Chileno de Seguridad Social, de 28 de enero de 1997, BOE núm. 141, de 14 de marzo de 1998; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Popular China, de 19 de mayo de 2017, BOE núm. 66, de 16 de marzo de 2018; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia, de septiembre de 2005, BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2008; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Corea, de 14 de julio de 2011, BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2013; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, de 4 de diciembre de 2009, BOE núm. 32, de 7 de febrero de 2011; Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América y acuerdo administrativo para su aplicación, de 30 de septiembre de 1986, BOE núm. 76, de 29 de marzo de 1988; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Filipinas, de 12 de noviembre de 2002, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2012; Convenio de Seguridad Social entre España y Japón, de 12 de noviembre de 2008, BOE núm. 236, de 30 de septiembre de 2009; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982, modificado por el Protocolo adicional al Convenio de 27 de enero de 1998 y Acuerdo Administrativo de 8 de febrero de 1984 para la aplicación del Convenio

multilaterales como el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de noviembre de 2007 –CMISS–, aplicable con Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y República Dominicana –con entrada en vigor el 1 de mayo de 2011–[14], el Convenio Europeo de Seguridad Social y Convenio Complementario para su aplicación, de 14 de diciembre de 1972, aplicable a España, Austria, Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía[15], y el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (Acuerdo de Comercio y Cooperación), desde el 1 de enero de 2021, que fue cuando el reglamento de base de los países miembros dejó de ser aplicable con Reino Unido[16].

Ahora bien, es importante tener en consideración que no con todos los países existen estos mecanismos, ni en el caso de que los haya el contenido y amplitud de su catálogo prestacional necesariamente ha de coincidir. De hecho, el de estos convenios de reciprocidad es más reducido, tanto en su parte objetiva como subjetiva, que el de los reglamentos de los países miembros. Luego, la garantía y amplitud de estos mecanismos depende de los países implicados en la movilidad transnacional de la persona trabajadora.

sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, BOE núm. 138, de 10 de junio de 1985; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, de 25 de abril de 1994, y Acuerdo administrativo para su aplicación, de 28 de noviembre de 1994, BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1995; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Paraguay, de 24 de junio de 1998, BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2006; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003, BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2005, y Acuerdo Administrativo de 18 de abril de 2007 para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y el Reino de España; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, de julio de 2004, BOE núm. 139, de 12 de junio de 2006; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la Federación de Rusia, de 11 de abril de 1994. Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la Federación de Rusia, de 12 de mayo de 1995, BOE núm. 48, de 24 de febrero de 1996; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Senegal, hecho "ad referéndum" en Dakar el 22 de noviembre de 2020, BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2022; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001, BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2001, y Acuerdo Administrativo de 9 de septiembre de 2004, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez (BOE núm. 24, de 28 de enero de 2005; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y Ucrania, de octubre de 1996, BOE núm. 81, de 4 de abril de 1998; Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, de 1 de diciembre de 1997, BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2000; Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988; Canje de Notas de 14 de julio de 1988 y 22 de agosto de 1988, corrigiendo algunos errores contenidos en varios artículos del Convenio, y Acuerdo Administrativo para la aplicación del citado Convenio de Seguridad Social, y anejos, de 5 de mayo de 1989, BOE núm. 162, de 7 de julio de 1990.

[14] BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011. En España y Bolivia el Convenio tiene efectividad desde el 1 de mayo de 2011, en Brasil desde el 19 de mayo de 2011, en Ecuador desde el 20 de junio de 2011, en Chile desde el 1 de septiembre de 2011, en Uruguay desde el 1 de octubre de 2011, en Paraguay desde el 28 de octubre de 2011, en El Salvador desde el 17 de noviembre de 2012, en Portugal desde el 21 de julio de 2014, en Argentina desde el 1 de agosto de 2016, en Perú desde el 20 de octubre de 2016 y en República Dominicana. En el caso de que resulten aplicables tanto un convenio bilateral como este de carácter multilateral, tal y como ocurre con las relaciones entre España y Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Uruguay, Perú y República Dominicana, se aplican aquellas disposiciones que resulten más favorables al interesado (art 8 convenio multilateral).

[15] Convenio publicado en el BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1986. Entrada en vigor el 25 de abril de 1986.

[16] Convenio publicado en el BOE núm. 149, de 30 de abril de 2021.

3.1. Vacío normativo en los instrumentos de coordinación de la Seguridad Social en el contexto internacional

3.1.1. Legislación única: principio lex loci laboris vs lex loci domicilii

La normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social señalada, tanto del ámbito de los países miembros como de los países terceros, solventa la problemática relativa a la determinación del sistema al que la persona trabajadora queda vinculada bajo un principio rector y otro de carácter subsidiario. Concretamente, según el principio lex loci laboris, que implica la sujeción al régimen del país en el que se desarrolla y ejecuta la actividad laboral y el lex loci domicilii, vinculado al país en el que se encuentra el domicilio de la persona trabajadora (art 11.3. a) y d) del Reglamento 883/2004, respectivamente, y artículos específicos de cada convenio bilateral o multilateral). De este modo, el criterio básico es que las personas trabajadoras quedan sometidas a la legislación del lugar en el que se desarrolla la actividad y se encuentra el centro de trabajo o sede la empresa. En el caso del trabajo por cuenta propia, el lugar en el que se encuentra el centro de interés de las actividades[17]. Como ejemplo de ello, las personas migrantes que se trasladan a otro país para trabajar quedan sujetas y vinculadas al sistema de este país, al igual que ocurre con las personas trabajadoras transfronterizas, las expatriadas y con los trabajos de temporada[18].

Distinta es la situación de las personas trabajadoras desplazadas –aquellas que son trasladadas por voluntad de la empresa para continuar ejecutando la actividad en otro país de manera temporal–, que cuentan una regla específica que altera este principio básico y, a pesar de producirse un traslado para ejecutar la actividad en otro país, se mantiene el vínculo con el sistema de origen mediante una situación asimilada al alta. Luego, se trata de una fórmula de movilidad que cuenta con un criterio específico dirigido a evitar el cambio de legislación y sus posibles perjuicios e inconvenientes[19]. Ello, siempre y cuando no se supere el período máximo, incluida la prórroga, en su caso, fijado en la

[17] Maneiro Vázquez, Y.: "Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº. 132, 2017, pp. 249-275; Sánchez Carrión, J.L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 47, 2003, pp. 17-48.

[18] Sobre las diversas fórmulas de movilidad y su régimen jurídico a efectos de Seguridad Social véase, Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y supuestos de movilidad internacional", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pp. 17- 48; Carril Vázquez, X.M.: *Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho interno de los Estados miembros*, 2009; VV.AA.: *Delimitación de la figura del trabajador fronterizo y su evolución conceptual en el panorama de la UE. Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*: *XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Gorelli Hernández, J. (Coord.), 2017, pp. 143-151.

[19] Artículo 11.3. Reglamento 883/2004 y Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados. En el caso de los convenios de reciprocidad se aplica un esquema similar, con la salvedad de los suscritos con México y Australia. En el primero de los casos debido a que permite optar entre la sujeción al régimen de Seguridad Social del país de origen o el de destino, y en el segundo porque sólo aplica este régimen de mantenimiento al sistema de origen en los desplazamientos desde España, pero no al contrario. Además, otros convenios como el de Argentina, Paraguay y Uruguay tan sólo prevén esta figura jurídica para actividades de investigación, científicas, técnicas, de dirección o similar naturaleza, en lugar de para todos los trabajadores. Para mayor abundamiento acerca de esta figura jurídica y sus efectos en materia de Seguridad Social véase, Desdentado Bonete, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social Europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* nº 64, 2006, pp. 19-33; Fotinopoulou basurko, o.: "La directiva sobre desplazamiento de trabajadores convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº. 142, 2019, pp. 71-100; Lloverá Vila, M.: *El Desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre Prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

norma de coordinación que resulte de aplicación según los países implicados en la movilidad –en el caso de la normativa de los países miembros veinticuatro meses. En los convenios de reciprocidad no existe un criterio único, de modo que existen plazos de dos, tres o incluso cinco años– pues, en caso contrario, se trata de un supuesto de expatriación y no de persona desplazada, que implica la sujeción a la legislación del país en el que efectivamente se ejecuta la actividad. Además, es preciso que el desplazamiento no se produzca en sustitución de otra persona cuyo período de desplazamiento máximo haya concluido y que exista autorización de la autoridad competente del país de origen –en el caso español, la Tesorería General de la Seguridad Social–, a acreditar mediante el certificado correspondiente.

En el mismo sentido, la actividad que es ejercida de manera habitual en dos o más Estados a los que les resulta de aplicación la normativa de los países miembros (art 13 reglamento de base) o el Acuerdo entre la Unión Europea y Reino Unido (art SSC.12), que también cuenta con una regla específica para determinar la legislación que resulta vinculante. En este caso, según el régimen de ajenidad o autonomía de la actividad y su carácter sustancial con respecto al país de residencia. Así, en caso de pluriempleo, la persona trabajadora queda sujeta a la legislación de este país, siempre que desarrolle en él una parte sustancial de su actividad o dependa de una o varias empresas con sede o domicilio fuera del territorio de la Unión o en diferentes Estados miembros, respectivamente, aún sin ejercer una actividad sustancial en él. En caso contrario, si se trata de actividades por cuenta ajena, ha de cotizar en el país de ubicación de la sede o domicilio de la empresa que la ocupa principalmente, y si se trata de actividades ejercidas por cuenta propia, en el país en el que se encuentre el centro de interés de las actividades. Con respecto a la situación de pluriactividad, se aplica la regla de la ajenidad. Es decir, la legislación que resulta aplicable es la del Estado miembro en el que se ejerce la actividad por cuenta ajena, aplicándose los criterios descritos en las líneas anteriores sólo cuando esta actividad es ejercida en varios países miembros.

Luego, esta norma multi-estado apuesta por la aplicación de la legislación del país de residencia como criterio inicial y por el de ubicación de la empresa como criterio subsidiario. Al contrario que las reglas descritas anteriormente. Todo ello, teniendo en cuenta que se considera que una actividad es ejercida de manera sustancial en el Estado de residencia cuando tras una evaluación global de los criterios definidos por la norma a lo largo de doce meses civiles se alcanza el 25% (art 14.8-10. Reglamento 987/2009)[20]. Asimismo que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a estos efectos se entiende como lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales y lugar habitual de trabajo a "la ubicación física desde la que el trabajador realiza de forma rutinaria las tareas que tiene encomendadas, con independencia de que pueda desplazarse puntualmente a otros lugares"[21]. Es decir, el lugar desde el que, en términos prácticos, la persona trabajadora lleva a cabo las acciones vinculadas con la actividad profesional[22].

Pues bien, con respecto al teletrabajo transfronterizo no existe hasta la fecha regulación o criterio específico en estas normas de coordinación que exceptúe la aplicación del criterio básico, de manera que su estricta aplicación implica la sujeción al país en el que se desarrolla y ejecuta la actividad laboral y, con ello, la problemática descrita referida a la determinación de qué territorio ha de ser considerado como tal. Si el de ubicación del centro de trabajo o domicilio de la empresa para la que se teletrabaja o aquel desde donde la persona teletrabajadora teclea su ordenador y ejecuta el teletrabajo. La única regulación existente es el Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1

[20] Existen unos criterios a tener en cuenta para la determinación de este porcentaje: en las actividades asalariadas, el tiempo de trabajo o la remuneración. En las realizadas por cuenta propia, el volumen de negocio, el tiempo de trabajo, el número de servicios prestados o los ingresos.

[21] STJUE de 13 de julio de 1993, C-125/92, *Mulox IBC Ltd contra Hendrick Geels*.

[22] STJUE de 27 de septiembre de 2012, C-137/11, *Paterna*.

del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, de entrada en vigor el 1 de julio de 2023. Es decir, un acuerdo formulado a partir de la potestad que este artículo confiere a las instituciones competentes de los países implicados para adoptar acuerdos que descarten la aplicación de las reglas descritas en pro de determinados colectivos, siempre que no se perjudique a los derechos y obligaciones de los interesados.

3.1.2. La irrupción del teletrabajo transfronterizo en el contexto de la pandemia de la covid-19. Vacío normativo y soluciones provisionales

Ante el escenario de inseguridad jurídica producido al inicio de la pandemia como consecuencia del vacío normativo en materia de teletrabajo transfronterizo en las normas de coordinación, la Comisión Europea instó a los países implicados a que adoptaran acuerdos que evitaran el cambio de legislación y, con ello, los posibles inconvenientes asociados a una carrera de cotización fraccionada[23]. En el mismo sentido, la Comisión Administrativa para la Coordinación de la Seguridad Social (CACSS) que, a través del Acuerdo de no impacto por Covid-19, de 15 de mayo (AC 075/20) –aplicable al período comprendido entre el 1 de febrero de 2020 y el 30 de junio de 2022–, señaló que quienes hubieran comenzado a teletrabajar como consecuencia de la crisis sanitaria debían mantener la misma legislación de Seguridad Social que la que les resultase aplicable antes de esta situación. Es decir, se optó por la interpretación flexible de las normas de conflicto del reglamento de coordinación, con una apuesta por la regla básica del lugar de trabajo referido al trabajo presencial ejecutado en las instalaciones de la empresa[24].

El siguiente período fue el regulado por otra nueva nota emitida por este mismo órgano vinculado a la Comisión Europea, la Nota Orientativa núm. 125 de 13 mayo de 2022 –revisada el 7 y 14 de junio, así como el 14 de noviembre del mismo año–, aplicable al período comprendido entre el 1 de julio de 2022 y el 30 de junio de 2023. Con ella se mantuvo el espíritu de la nota anterior, pero previendo la posibilidad de aplicar excepciones en los casos de teletrabajo ocasional o no habitual y en el teletrabajo híbrido. Concretamente, señalaba que el teletrabajo realizado de manera ocasional debía asimilarse al criterio previsto para las personas trabajadoras desplazadas –a acreditar mediante el correspondiente certificado del país competente– (art 12 Reglamento 883/2004) y el de carácter híbrido a la norma multi-Estado (art 13 Reglamento 883/2004). Así, se daba un paso más y se contemplaba un trato jurídico diferenciado según las circunstancias asociadas a cada tipo de teletrabajo, iniciándose un período de transición hasta la solución final adoptada por el citado acuerdo de teletrabajo transfronterizo de julio de 2023, que será analizado en las siguientes páginas.

No obstante, es preciso mencionar que fueron diversas las problemáticas de tipo práctico relacionadas con su aplicación debido, entre otros aspectos, a su carácter de norma *softlaw* y, consecuencia de ello, a que ciertos países como Bélgica, Hungría y Suecia no la aplicaron. Asimismo, al hecho de que los criterios estipulados en ella estaban dirigidos al trabajo por cuenta ajena, pero no al realizado por cuenta propia, y a que la aplicación de estos preceptos jurídicos previstos para el trabajo presencial y no para el virtual ocasionó ciertas controversias interpretativas.

Entre estas problemáticas de tipo interpretativo cabe señalar la relativa a la delimitación entre el carácter habitual y ocasional del teletrabajo, tal y como ocurrió con la TGSS española, que entendía que las personas extranjeras que en este contexto pandémico se trasladaron a España para teletrabajar

[23] COMISIÓN EUROPEA: Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03). Disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0330(03)&from=ES. Consultado: 13 de junio de 2023.

[24] Información disponible en: https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=26238&la ngId=en, pp. 33-37. Consultado: 13 de junio de 2023.

para una empresa extranjera ejecutaban la actividad de manera habitual y no ocasional y, por tanto, debían de quedar sujetas a la legislación española, por considerarse además a este territorio como el lugar de ejecución del contrato de trabajo[25]. Ello, a pesar de que la nota interpretaba tal situación como ocasional.

Igualmente, la producida con respecto a la aplicación de la norma multi-Estado para los casos en los que el cambio a la modalidad de teletrabajo se realizó con carácter híbrido en un porcentaje igual o superior al 25%. Esto, debido a que su estricta aplicación implicaba la sujeción a la legislación del lugar de residencia y, por tanto, un cambio de legislación, frente al criterio del acuerdo de no impacto por covid-19, que apostaba por mantener el vínculo con el sistema de Seguridad Social del país de ubicación de la empresa. Es decir, a los cambios producidos antes de la entrada en vigor de esta nota núm. 125 se les aplicaba la legislación del país de la empresa o centro de trabajo y a los posteriores la del lugar de residencia. Así, y en aras de evitar este cambio de legislación, la CACSS instó a una interpretación flexible de los criterios de determinación de este porcentaje de sustancialidad del teletrabajo realizado desde el domicilio. Aunque algunos países como Alemania con Austria y Dinamarca con Suecia, en desacuerdo con este criterio, ex art. 16 del Reglamento de base, alcanzaron acuerdos en beneficio de las personas trabajadoras y aumentaron este porcentaje a un 40-50%[26]. Ello, siempre y cuando la persona afectada estuviera de acuerdo con tal modificación pues, en caso contrario, tenía la posibilidad de solicitar la aplicación rigurosa de la norma multi-estado prevista por el reglamento de base.

3.1.3. Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, con entrada en vigor el 1 de julio de 2023: teletrabajo habitual y por cuenta ajena en el marco de los países signatarios

Como respuesta a las problemáticas descritas derivadas del vacío normativo en materia de teletrabajo transfronterizo se suscribe el Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004. Ello, teniendo en cuenta que se considera como teletrabajo transfronterizo a la actividad que puede ser desarrollada desde cualquier lugar gracias a las tecnologías de la información y que, a pesar de poder ejecutarse en los locales o el domicilio de la empresa, es desarrollada en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados éstos (art 1). Aunque su ámbito de aplicación queda restringido a las personas teletrabajadoras que estén empleadas por una o más empresas o empleadoras con sede o domicilio en un país distinto al de su residencia, siempre que ambos forman parte del acuerdo y que a tenor de lo dispuesto en el art. 13.1. a) del reglamento de base, dicha actividad implique la sujeción a la legislación del país de residencia. Así, se aplica solamente a quienes ejercen la actividad transnacional por cuenta ajena y no por cuenta propia, y además lo hacen en el marco de los países de Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza, que son los signatarios del acuerdo. Ello, a condición de que a lo largo de doce meses civiles el teletrabajo sea ejecutado de manera habitual y sustancial respecto a la totalidad de la actividad según un porcentaje igual o superior al 25% del tiempo trabajado, pero inferior al 50% pues, en este caso, la actividad queda sujeta a la legislación del país de residencia, sin posibilidad de acuerdo (arts. 2-3). Es decir, se amplía el porcentaje de referencia

[25] Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital…ob. cit. p. 77; Carrascosa Bermejo, D.: "Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE", *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 10, núm. 2, abril-junio de 2022, p. 236.

[26] Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital…ob. cit. p. 82.

a efectos de determinar la habitualidad o sustancialidad de la actividad previsto en el reglamento de base, y además se matiza que su valoración se realiza tan sólo con respecto al tiempo de trabajo, sin mención a otros criterios como la remuneración a los que sí alude el reglamento de base.

A modo de ejemplo, resulta aplicable a una persona que teletrabaja desde su domicilio en España para una empresa francesa de manera híbrida dos días a la semana o con alternancia de una semana de teletrabajo con tres de presencialidad. Por el contrario, no se engloba en el supuesto de hecho a quienes teletrabajan de manera híbrida con tres días de teletrabajo o más a la semana, o con dos semanas de teletrabajo alternas al mes con el trabajo presencial, pues se alcanza o excede el porcentaje del 50%. Todo ello, sin perjuicio de que otras situaciones de teletrabajo puedan también acogerse a la posibilidad de suscribir un acuerdo individual ex artículo 16 del reglamento de base.

Luego, las personas teletrabajadoras que ejecutan la actividad en estos términos quedan por defecto sujetas a la legislación del país de residencia (art 13 reglamento de base), pero pueden optar entre continuar con esta sujeción o acogerse al sistema de Seguridad Social del país de ubicación del centro de trabajo. Ello, con la condición de que en dicho país no se ejecute de manera habitual además otra actividad distinta a la del teletrabajo transfronterizo. O, dicho de otro modo, se trata de un acuerdo multilateral que, en base a elementos vinculados al cómo se ejecuta el teletrabajo y al dónde, permite exceptuar la aplicación de la ley del país de residencia, que actúa como regla básica y general. Así, estos elementos configuradores son:

- Teletrabajo desarrollado por cuenta ajena, de manera habitual, desde el lugar de residencia sito en un país parte, para una empresa ubicada en otro país signatario.

- Proporción del tiempo de trabajo en el país de residencia entre un 25-50% de la jornada, que a efectos de legislación implica:

    - Inferior al 25%: cotización en el país de ubicación de la sede o domicilio del centro de trabajo o empresa empleadora.

    - 25%-menos del 50%:

        - Cotización por defecto: país de residencia.

        - Posibilidad de acuerdo marco para la sujeción a la legislación del país de ubicación del centro de trabajo o empresa.

- Igual o superior al 50%: cotización en el país de residencia.

Una vez descrito el supuesto de hecho previsto por la norma es preciso también hacer mención del procedimiento para llevar a cabo tal acuerdo (art 4). Así, el primer aspecto a tener en consideración es que no es de aplicación automática, sino que exige una solicitud previa por parte de la persona empleada o la empresa empleadora. Además, tan sólo es aplicable a los períodos de cotización posteriores a la entrada en vigor de la norma, es decir, el 1 de julio de 2023. Con respecto a los periodos anteriores se establece tal posibilidad si previamente se ha cotizado o estado cubierto de otro modo por el sistema de Seguridad Social del Estado parte en el que la empresa tiene su sede o su domicilio y, a su vez, se trata de un período no superior a tres meses o de una solicitud presentada como máximo el 30 de junio de 2024 para un período anterior a la fecha de la solicitud no superior a doce meses. Autorizado el acuerdo, la institución competente ha de informar a ambas partes de la

relación laboral y emitir el certificado de cobertura (PD A1), cuya vigencia máxima es de tres años, susceptible de ser prorrogada.

3.1.4. Otros supuestos de teletrabajo transfronterizo sin regulación específica: teletrabajo ocasional, teletrabajo por cuenta propia y teletrabajo en el ámbito de países terceros

Como se ha dicho, el acuerdo descrito en las líneas anteriores resulta aplicable únicamente al teletrabajo transfronterizo habitual ejecutado en régimen de ajenidad y en la esfera de los países signatarios. Por tanto, cuando se trata de un teletrabajo definido por otros parámetros como la ocasionalidad, la ejecución en el marco de una actividad por cuenta propia o la territorialidad en el ámbito de los países terceros, resulta necesario acudir a otras reglas. Ello, teniendo en cuenta que, hasta la fecha, cualquiera de los criterios contenidos en los reglamentos de coordinación o convenios de reciprocidad ha sido previsto para el trabajo presencial y no el telemático.

En línea con lo anterior, y en lo referente al carácter ocasional o aleatorio del teletrabajo transfronterizo, es preciso tener en consideración el criterio técnico emitido por la TGSS 647/2023 –aplicable también desde el 1 de julio de 2023– que, en consonancia con lo dispuesto por la citada nota de la CACSS de 21 de junio, estipula que a efectos de Seguridad Social este teletrabajo queda asimilado al trabajo desplazado. Es decir, mediante la emisión de un certificado de desplazamiento temporal, se mantiene el vínculo con el sistema de Seguridad Social del lugar de ubicación del centro de trabajo, por ser desde donde la actividad se desarrolla de manera habitual. Luego, se trata de un criterio flexibilizador de la regla prevista para las personas trabajadoras desplazadas, utilizado para dar respuesta al vacío normativo que a efectos de teletrabajo aún sigue existiendo en las herramientas de coordinación internacionales.

En lo relativo a la determinación de la legislación aplicable al teletrabajo ejecutado por cuenta propia, resulta preciso acudir al criterio general de la norma multi-Estado (art 13 del reglamento de base). Ello, si su ejecución se realiza en el marco de los países miembros. Así, recuérdese, que la persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros está sujeta a la ley del Estado miembro de residencia, siempre que se ejerza en él una parte sustancial de la actividad, según un porcentaje del 25%, a valorar según el volumen de negocio, el tiempo de trabajo, el número de servicios prestados o los ingresos. En caso contrario, se aplica la legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de las actividades, a determinar a partir de ciertos aspectos como el lugar de ubicación de la sede fija y permanente, el carácter habitual o la duración de su ejercicio, el número de servicios prestados y la voluntad del interesado (art 14.8-10. Reglamento de aplicación). Para los casos de pluriactividad se aplica la regla de la ajenidad, que implica la sujeción a la legislación del Estado miembro en el que se ejerza la actividad por cuenta ajena. Luego, la mayor parte del nomadismo digital que, como se dijo, está conformado por personas trabajadoras por cuenta propia que desarrollan la actividad a través del teletrabajo con carácter habitual y a tiempo completo, queda sujeto a la legislación del país desde el que se ejecuta el teletrabajo. Al igual que ocurre con las personas nómadas digitales que ejecutan la actividad por cuenta ajena en términos de habitualidad.

Junto a lo expuesto, es preciso también recordar el diferente régimen jurídico aplicable a la movilidad ejecutada en el marco territorial de los países miembros con respecto a los países terceros, ya que éstos quedan al amparo de lo previsto en los convenios de reciprocidad internacionales –bilaterales o multilaterales– que resulten de aplicación, en su caso. Pues bien, al igual que ocurre con los reglamentos de coordinación de los países miembros, a la fecha, estos convenios carecen de una regulación específica para el teletrabajo de carácter internacional, sin que además tampoco existan acuerdos equivalentes al suscrito en el ámbito de los países miembros. Así, el teletrabajo desarrollado en este marco territorial carece de reglas de coordinación específicas, no sólo a efectos

de su ejecución ocasional o por cuenta propia, sino con respecto a todas sus casuísticas. De este modo y, en lo referente a los convenios suscritos por España, salvo que el convenio que resulte de aplicación, en su caso, prevea la posibilidad de que las instituciones competentes puedan adoptar acuerdos competenciales, la persona procedente de un país tercero que se traslada a España para teletrabajar para una empresa extranjera queda sujeta a la legislación de Seguridad Social española. De hecho, una de las previsiones de la señalada Ley Startups respecto del nuevo visado de teletrabajo internacional está dirigida a facilitar esta afiliación y alta en el sistema español pues, a tales efectos reconoce al pasaporte como título acreditativo suficiente durante los primeros seis meses.

4. COTIZACIÓN EN EL PAÍS DE UBICACIÓN DEL CENTRO DE TRABAJO O EMPRESA VS EL PAÍS DE RESIDENCIA. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

De lo expuesto anteriormente se deduce que la ejecución del teletrabajo transfronterizo produce una alteración de las reglas básicas que determinan la sujeción a la legislación de uno u otro país previstas para el trabajo presencial. Esto, debido a que, si en este último el criterio rector es la aplicación de la ley del lugar en que el que se encuentra ubicado el centro de trabajo o empresa frente a la del domicilio de la persona trabajadora, que actúa como excepción, en el caso del teletrabajo internacional habitual ocurre todo lo contrario. La razón de ello es la consideración del lugar desde el que la persona teletrabajadora se conecta al ordenador, teclea y, en definitiva, ejecuta la actividad, como lugar de trabajo.

Esta sujeción a la ley del país de residencia como criterio básico cuenta tanto con ventajas como con desventajas. En relación con estas últimas cabe indicar diversas cuestiones que tienen como epicentro el cambio de legislación asociado al cambio de residencia. Entre otras, el riesgo de no poder totalizar todas las cotizaciones para el acceso a futuras prestaciones que exigen largos períodos de carencia –como la jubilación–, según la existencia o no de mecanismos de coordinación entre las instituciones competentes de los países en los que se ha trabajado y cotizado. Igualmente, otras desventajas a señalar son el aumento de la carga burocrática relativa a los actos de encuadramiento al sistema de Seguridad Social de cada país, así como el riesgo de un posible incremento del coste de las cotizaciones y/o un menor contenido prestacional.

Además, en el caso de las personas trabajadoras por cuenta ajena, este aumento de la carga burocrática, el posible aumento del coste en cotizaciones y, en definitiva, la propia inseguridad ligada a la sujeción a un sistema de Seguridad Social desconocido –si se trata de una empresa que no cuenta con una filial en el país de teletrabajo–, puede implicar que las empresas se muestren reticentes al teletrabajo transfronterizo frente al nacional. De este modo, puede ocurrir que denieguen esta posibilidad o que, en caso de permitirse, lo hagan con unas condiciones que no conlleven el cambio de legislación. Es decir, sin admitir cambios sobre el lugar designado y acordado en el acuerdo de teletrabajo, tan sólo de manera híbrida y en un porcentaje no sustancial de la jornada de trabajo, o únicamente de manera residual u ocasional, aunque en esta situación la carga burocrática sigue existiendo ya que es preciso gestionar el certificado de persona trabajadora desplazada. En cualquier caso, con un tratamiento más restrictivo que para quienes ejecutan el teletrabajo nacional, que quizás puedan optar por teletrabajar de manera habitual y no ocasional e incluso con un mayor número de días. Por ejemplo, teletrabajando de manera híbrida durante dos días o más a la semana frente a un solo día para el teletrabajo transfronterizo, por ser el supuesto que en aplicación del señalado Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo no implica un cambio de legislación ni la necesidad de llevar a cabo ningún tipo de gestión para mantener la sujeción a la legislación del lugar de la empresa[27]. Aunque también puede ocurrir lo contrario y que, bajo la aplicación de este principio de

[27] Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital…ob. cit. p. 79.

sujeción al lugar de residencia, las empresas prefieran no contratar a personas que quieran ejecutar el teletrabajo nacional y opten por las que residan o pretendan desarrollarlo en países con menores costes de cotización, incrementándose con ello el riesgo de dumping social y el posible perjuicio para las personas que pretendan teletrabajar para una empresa ubicada en su país de residencia[28].

Asimismo, es preciso tener en consideración que la determinación del domicilio de la persona teletrabajadora no siempre se encuentra exenta de controversia. De hecho, las propias normas de coordinación prevén esta posibilidad y establecen criterios para la resolución de una posible disputa competencial entre las instituciones competentes de distintos países. En el caso de la normativa de los países miembros, se indica que las instituciones implicadas han de establecer de común acuerdo el centro de interés de la persona interesada, a partir de una evaluación global de toda la información disponible y pertinente entre la que se incluye la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados, su situación personal y/o la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida. En particular, se valora el lugar donde habitualmente se ejerce la actividad, la estabilidad y duración de cualquier contrato de trabajo, los lazos familiares, el grado de permanencia en el territorio de que se trate, o el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal (art. 11 Reglamento 987/2009). Además, si a pesar de lo anterior no es posible determinar el país de residencia y resolver el conflicto, se estipula la posibilidad de elevar el asunto a la Comisión Administrativa en el plazo de un mes, para tratar de conciliar posturas en los seis meses siguientes. Mismo recurso que el previsto en los convenios con países terceros que, en esencia, establecen un esquema similar al descrito, aunque más simplificado, basado en la negociación y remisión a una Comisión de arbitraje, cuyos plazos de resolución difieren entre unos y otros.

Evidentemente, las desventajas descritas quedarían resueltas con la aplicación de la ley vinculada al país de ubicación de la empresa o centro de trabajo. Es decir, con la cotización en el lugar desde el que se ejercen las potestades empresariales de dirección, control y posibles sanciones; desde el que se aporta el portátil y sueldo, o en el que se encuentran elementos de trabajo como el servidor o el ecosistema empresarial al que la persona teletrabajadora se conecta diariamente para ejecutar la actividad[29]. Si bien, es preciso tener en cuenta que, dependiendo de la casuística concreta de cada persona trabajadora, esta interpretación también puede generar ciertas desventajas. Por ejemplo, cuando se trata de una persona teletrabajadora que pretende acceder al mercado de trabajo internacional trabajando para una empresa extranjera, pero sin pretensión de traslado o cambio de lugar de residencia. De hecho, uno de los beneficios asociados a esta nueva forma de ejecutar la actividad es la posibilidad de teletrabajar a jornada completa desde cualquier lugar, incluso de manera transnacional. Aunque si ello va acompañado de un cambio de legislación e inicio de un nuevo período de cotización en un país distinto, habrá quienes se muestren vacilantes y prefieran seguir trabajando y cotizando en el país de residencia. Entre otras cuestiones, por la inseguridad asociada al vínculo con una nueva legislación y la incertidumbre en cuanto a la posibilidad de computar tales períodos para futuras prestaciones. Más aún si estas personas se encuentran en edades cercanas a la edad legal de jubilación. Es decir, por un motivo que, tal y como se ha dicho, también puede contemplarse como negativo cuando estos cambios se derivan de la aplicación del criterio vinculado a la residencia. Luego, la interpretación de unos efectos u otros como positivos o negativos depende de cada caso concreto. Por ejemplo, en el caso de las personas nómadas digitales o de las propias empresas resulta más ventajosa y estable la aplicación del criterio vinculado al lugar del centro de trabajo, pero en el

[28] *Ibídem*, p. 86; Sanguineti Raymond, W.: "El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social", *Revista valenciana de economía hacienda*, núm. 13, 2005, pp. 107-134.

[29] Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital…ob. cit. p. 84 y 86.

caso de la persona teletrabajadora que accede al mercado de trabajo internacional sin desplazamiento territorial ocurre lo contrario.

No obstante, con respecto a la desventaja vinculada al fraccionamiento de la carrera de cotización es preciso señalar la existencia del mecanismo de totalización previsto por las normas de coordinación, que implica que el país competente para reconocer la prestación incluye las cotizaciones realizadas en otro país a efectos del cómputo del período de carencia exigido por su legislación –como si se tratara de cotizaciones realizadas en su sistema de Seguridad Social–, cuando ello sea necesario para alcanzar este mínimo. Es decir, España computaría las cotizaciones realizadas en el extranjero si ello fuese necesario para alcanzar el período mínimo de carencia de quince años exigidos por la legislación española para acceder a la jubilación[30]. Todo ello, siempre y cuando se trate de cotizaciones realizadas en países con los que existen normas de coordinación pues, en caso contrario, este mecanismo de totalización no resulta aplicable y, por tanto, la persona trabajadora tendría que solicitar los derechos prestacionales separadamente en cada uno de estos países para que cada uno le reconozca o no el derecho a la pensión, según su ley nacional y las cotizaciones realizadas exclusivamente en cada uno de ellos. Aún a riesgo de que este fraccionamiento de las cotizaciones implique no cumplir con los requisitos mínimos en ninguno de los países. De hecho, uno de los inconvenientes a señalar a este respecto es que, en el contexto de los países terceros, los convenios existentes resultan insuficientes, especialmente si se toma en consideración el auge y extensión de la movilidad transnacional de carácter laboral o profesional.

5. CONCLUSIONES

Sin duda, la existencia del Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo habitual resulta beneficiosa y aporta una mayor seguridad jurídica que el escenario precedente para regular esta forma de movilidad laboral. Aunque al no resultar aplicable a todos los países ni regular todos los supuestos de teletrabajo transfronterizo, todavía siguen existiendo supuestos que carecen de unas reglas específicas que determinen la legislación y lugar de cotización al que quedan vinculados. Así, se hace necesaria la modificación y actualización de las normas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, previstas únicamente para el trabajo presencial, hacia la configuración de un régimen jurídico específico que regule el teletrabajo y todas sus casuísticas. Ello, tanto en el ámbito de los países miembros como de los países terceros. De hecho, en relación con estos últimos se hace preciso subrayar no sólo esta necesidad, sino la de ampliar el número de convenios de reciprocidad entre los distintos países.

Si la movilidad transnacional se encuentra en pleno auge y expansión, la legislación y sistemas de Seguridad Social han de evolucionar en consonancia y reconfigurar su carácter territorialista hacia una mayor dimensión internacional, con mayores mecanismos de coordinación entre los sistemas de los distintos países. No parece coherente que la tendencia en este plano internacional sea la de atraer al talento extranjero –entre otras, con la creación de nuevos visados como el de teletrabajo internacional–, pero no se amplíen los instrumentos para aportar una mayor seguridad jurídica en relación con la cotización, así como para garantizar que el tiempo trabajado y cotizado en cada país pueda ser totalizado para el acceso a las prestaciones en un mayor número de territorios.

[30] Para mayor abundamiento sobre este mecanismo véase, Gala Durán, C.: "La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad internacional de trabajadores", *Revista documentación Laboral*, nº. 118, vol. 3, 2019, pp. 79-96; García De Cortázar Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el reglamento 883/2004", *Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018, pp. 3-18. http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.02; González Ortega, S.: *La protección social de los trabajadores extranjeros*…ob. cit. pp. 95-108. Entre otras, SSTJUE de 15 de diciembre de 2011, C-257/10, *Bergström*; de 18 de diciembre de 2014, C-523/13, *Larcher*; de 21 de febrero de 20008, C-507/06, *Klöppel*; de 7 de abril de 2016, C- 284/15, *Onem*; de 15 de marzo de 2018, C-431/16, *Blanco Marqués*.

Una opción interesante sería la ampliación de los convenios de carácter multilateral, por ejemplo, entre la Unión Europea y las distintas zonas geográficas que conforman los países terceros como, por ejemplo, Iberoamérica. Así, se facilitaría la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de todos estos países, con unas reglas y criterios únicos para todos los supuestos y casuísticas de teletrabajo transfronterizo y con unas garantías de portabilidad de los derechos prestacionales entre estos territorios.

6. BIBLIOGRAFÍA

Calvo Cádiz, E.: "Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión: diez años después de la Directiva 2004/38 y siete después del Real Decreto 240/2007", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 110, 2014, pp. 223-237.

Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital", *Revista Labos*, nº. 1, vol. 4, 2023, pp. 59-92.

Carrascosa Bermejo, D.: "Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE", *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 10, núm. 2, abril-junio de 2022, pp. 217-249.

COMISIÓN EUROPEA.: Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03). Disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0330(03)&from=ES. Consultado: 13 de junio de 2023.

Carril Vázquez, X.M.: *Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho interno de los Estados miembros*, 2009.

Cruz Villalón, J.: "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, nº 138, 2017, pp. 26-30.

Deloitte.: *Global Remote Work Survey: Remote, controlled. This changes everything*, 2022. Disponible en: https://www.deloitte.com/content/dam/assets-shared/docs/dttl-tax-remote-controlled.pdf. Consultado: 12 de febrero de 2024

Desdentado Bonete, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social Europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* nº 64/2006, pp. 19-33.

Fotinopoulou Basurko, O.: "La directiva sobre desplazamiento de trabajadores convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº. 142, 2019, pp. 71-100.

Gala Durán, C.: "La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad internacional de trabajadores", *Revista documentación Laboral*, nº. 118, vol. 3, 2019, pp. 79-96.

García De Cortázar Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el reglamento 883/2004", *Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018, pp. 3-18. http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.02.

González Ortega, S.: *La protección social de los trabajadores extranjeros*, 2006.

Lloverá Vila, M.: *El Desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre Prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Maneiro Vázquez, Y.: "Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº. 132, 2017, pp. 249-275.

Martin Gallardo, A.: *Estadísticas y tendencias sobre nómadas digitales*, 2023. Disponible en: https://passport-photo.online/es-es/blog/estadisticas-nomadas-digitales/ Consultado: 12 de junio de 2023.

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

MBO PARTNERS.: *Digital Nomads. Nomadism Enters the Mainstream*. Disponible en: https://www.mbopartners.com/state-of-independence/digital-nomads/ Consultado: 12 de febrero de 2024.

Mercader Uguina, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Nick Dreher & Anna Triandafyllidou.: "Digital Nomads: Toward a Future Research Agenda", *The Working Papers* nº 2023/04 of Series produced jointly by the Toronto Metropolitan Centre for Immigration and Settlement (TMCIS) and the CERC in Migration and Integration, April, 2023. Disponible en: file://10.10.100.172/DATOSPDI1/usr/310/23276310/Descargas/2023-04-WP DreherTriandafyllidou.pdf. Consultado: 12 de febrero de 2024.

OIM. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES.: *Informe sobre las migraciones en el mundo,* 2020.

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

Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y supuestos de movilidad internacional", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pp. 17- 48.

Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer.: "El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE", *Derecho de las relaciones laborales*, nº 5, 2016, pp. 407-416.

Ruesga Benito, S.M. y Silva Bichara, J.: "Globalización, relaciones laborales y migración: conceptos básicos y aspectos teóricos", *Clm.economía: Revista económica de Castilla-La Mancha,* nº 10, 2007, pp. 129-161.

Sánchez Carrión, J.L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 47, 2003, pp. 17-48.

Sanguineti Raymond, W.: "El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social", *Revista valenciana de economía hacienda*, núm. 13, 2005, pp. 107-134.

Schlagwein, D.: *The history of digital nomadism. Conference: International Workshop on the Changing Nature of Work (CNOW),* San Francisco, 2018.

Sierra Benitez, E.M.: "La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales", *Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, nº 2, 2021, pp. 8-18.

VV.AA.: *Delimitación de la figura del trabajador fronterizo y su evolución conceptual en el panorama de la UE. Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*: *XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Gorelli Hernández, J. (Coord.), 2017, pp. 143-151.

Zubero, I.: "Trabajo y Globalización", *Revista Lan Harremanak*, nº 12, 2005, pp. 83-101.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 147-170

Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado", con especial referencia a la cuestión relativa al concreto cauce procesal

The judicial controversies surrounding the old maternity allowance and the alleged 'discriminated male', with particular reference to the question of the specific procedural channel

Cristina Aragón Gómez *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*
https://orcid.org/0000-0003-0849-8299

Sumario

1. **El origen del conflicto**
2. **Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado"**
   2.1. La fecha de efectos económicos del complemento por maternidad
   2.2. El plazo de prescripción del derecho al complemento
   2.3. La titularidad única o dual del complemento
   2.4. La reparación del supuesto daño causado
   2.5. El cauce procesal para reclamar el complemento por parte de un "varón discriminado"
3. **La reclamación judicial del complemento por maternidad a través del proceso en materia de prestaciones de Seguridad Social**
4. **La reclamación judicial del complemento a través del proceso de tutela de derechos fundamentales**
5. **Valoración personal**
6. **Bibliografía**

Fecha Recepción: 5/8/2024
Fecha Revisión: 1/10/2024
Fecha Aceptación: 1/10/2024

Cita Sugerida: ARAGÓN GÓMEZ, C.: «Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado", con especial referencia a la cuestión relativa al concreto cauce procesal». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 147-170.

Resumen

La STJUE 12-12-2019 declaró que el complemento por maternidad previsto en el art. 60 LGSS (en su redacción originaria) resultaba contrario a la Directiva 79/7/CEE, por cuanto discriminaba directamente a los varones. Dada la preminencia del Derecho de la Unión, el INSS debía haber acatado la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, alegando la ausencia de competencias normativas y su sumisión al principio de legalidad interna, la entidad gestora advirtió que seguiría reconociendo el derecho al complemento únicamente a las mujeres que cumplieran los requisitos legalmente exigidos, mientras no se produjera una modificación legislativa. Un criterio que se mantuvo hasta casi dos años después, cuando el INSS finalmente revisó su previa y errónea decisión. Desde entonces, el Tribunal Supremo ha tenido que dar respuesta a multitud de controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado".

Palabras clave

complemento por maternidad; complemento por aportación demográfica; discriminación del varón; retroactividad; reclamación de prestaciones de Seguridad Social; proceso de tutela de derechos fundamentales; indemnización por daños

Abstract

The CJEU 12-12-2019 declared that the maternity allowance provided for in art. 60 LGSS (in its original wording) was contrary to Directive 79/7/EEC, in that it directly discriminated against men. Given the pre-eminence of EU law, the INSS should have complied with the doctrine of the Luxembourg Court. However, citing the absence of regulatory powers and its submission to the principle of internal legality, the managing body warned that it would continue to recognise the right to the allowance only for women who met the legally required conditions, as long as there was no legislative amendment. A criterion that was maintained until almost two years later, when the INSS finally reviewed its previous erroneous decision. Since then, the Supreme Court has had to respond to a multitude of legal disputes concerning the old maternity allowance and the alleged 'discriminated male'.

Keywords

maternity allowance; demographic contribution allowance; discrimination against men; retroactivity; claim for social security benefits; proceedings for the protection of fundamental rights; compensation for damages

1. EL ORIGEN DEL CONFLICTO

Históricamente, las mujeres han asumido un papel principal en el cuidado de los hijos, de los ancianos y de las personas en situación de dependencia. La sociedad, en su conjunto, tiene una insalvable deuda con tantas esposas, madres, hermana y abuelas que han sostenido la vida, aun cuando ello supusiera un evidente perjuicio en su carrera profesional y, por ende, en su carrera de seguro. La trayectoria laboral de las mujeres provoca, en el ámbito de la protección social, dos importantes consecuencias: una mayor dificultad para poder causar una prestación de carácter contributivo y una menor intensidad de la acción protectora[1].

Conscientes de este problema, los miembros de la comisión del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 respaldaron *"la valoración de la dimensión de género en materia de pensiones y la consideración en la carrera de cotización de las mujeres de las diversas circunstancias que pueden incidir en ellas"* (recomendación núm. 17). En este contexto, la Ley 48/2015[2] reconoció a las mujeres que habían tenido hijos (biológicos o adoptados) el derecho a un complemento de su pensión. Y aunque ninguna justificación se contenía en la exposición de motivos de la norma, su objetivo no era otro que reducir la brecha de género en las pensiones tratando de compensar el impacto que la crianza provocaba en las carreras de seguro.

A tal efecto, la DF2ª Ley 48/2015 incorporaba un nuevo precepto (el art. 50.bis) en la LGSS de 1994; regulación que quedaría definitivamente incluida en el art. 60 LGSS de 2015, como un complemento por maternidad, reconociendo con ello a las mujeres con hijos *"su aportación demográfica a la Seguridad Social"*. Concretamente, el derecho a este complemento se condicionaba al cumplimiento de determinados requisitos: a) que la mujer hubiera tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptivos antes del hecho causante de la prestación; b) que la mujer fuese beneficiaria de una pensión contributiva de jubilación (salvo jubilación anticipada voluntaria y jubilación parcial), viudedad o incapacidad permanente; y c) que la pensión se hubiera causado a partir del 1-1-2016. Y el importe de este complemento era el resultado de aplicar, a la cuantía inicial de la pensión, un porcentaje que variaba en función del número de hijos: un 5% en caso de dos hijos; un 10% en caso de tres hijos; y un 15% en caso de cuatro o más hijos.

La configuración jurídica del complemento por maternidad planteaba dudas con respecto a su conformidad con el art. 14 CE y con la Directiva 79/7/CEE[3], por cuando generaba diferencias de trato entre mujeres y hombres en el acceso al derecho. Para nuestro Tribunal Constitucional, la duda de constitucionalidad de este nuevo complemento no resultaba mínimamente fundada (ATC 61/2018). Sin embargo, tras varias cuestiones prejudiciales inadmitidas a trámite, la STJUE 12-12-2019, C-450/18[4] concluyó que el complemento por maternidad no era conforme con el Derecho de la Unión y ello con base en los siguientes argumentos:

Primero.- La aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la aportación de las mujeres.

---

[1] *In extenso*: Aragón Gómez, Cristina. "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social y en la intensidad de su cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social". En: AAVV. *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*. Murcia, Ediciones Laborum, 2018, Tomo II, pp. 121 a 138.

[2] Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30-10-2015, núm. 260).

[3] Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DOCE 10-1-1979, núm. L 006).

[4] En respuesta a una cuestión prejudicial interpuesta por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona.

Segundo.- La condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de mujeres como de hombres.

Tercero.- La situación de un padre y de una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. En palabras del propio Tribunal: *"La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera"*.

Es cierto que el principio de igualdad de trato no se opone a disposiciones que protejan a la mujer por motivos de la maternidad (art. 4.2 Directiva 79/7/CEE). Lo que ocurre es que el art. 60 LGSS 2015 (en su redacción originaria) no contenía ningún elemento que estableciera un vínculo entre la concesión del complemento y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue a la adopción o al parto. El complemento prescinde de si la mujer se ha visto realmente perjudicada en su carrera profesional y únicamente toma en consideración el hecho de que haya tenido dos o más hijos. Y, precisamente por ello, en opinión del Tribunal, el complemento de maternidad no estaba comprendido en el ámbito de aplicación del art. 4.2 Directiva 79/7/CEE, y constituía una discriminación directa por razón de sexo. En definitiva, el tribunal mantiene la misma tesis que ya sostuvo previamente en la STJCE 29-11-2001 (asunto Griesmar) y en la STJUE 17-7-2014 (asunto Leone).

Esta resolución ha tenido un impacto trascendental en nuestro sistema de pensiones, pues partiendo del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, todo varón con dos o más hijos que hubiera causado una pensión contributiva de jubilación, de viudedad o de incapacidad permanente entre el 1-1-2016 y el 3-2-2021, y que haya reclamado o reclame el complemento por maternidad tiene derecho su reconocimiento. En definitiva, con motivo de esta resolución judicial, el complemento por maternidad se hizo extensivo a todos los pensionistas con dos o más hijos, lo que ha favorecido un incremento de la brecha prestacional (pues el complemento de los hombres es superior al de las mujeres en la medida en que representa un porcentaje sobre la pensión). Y de ahí que urgiera una modificación legislativa que evitara ese alcance subjetivo generalizado y, al tiempo, depurara las situaciones de discriminación.

Sin embargo, hubo que esperar más de un año para que el RDLey 3/2021[5] confiriera una nueva redacción al art. 60 LGSS y, en su virtud[6], sustituyera el antiguo complemento por maternidad, por un complemento para reducir la brecha de género. A través de él, el legislador ha pretendido combinar *"una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable"* (preámbulo). El problema es que este nuevo complemento se aplica únicamente a las pensiones a partir del 4-2-2021. Para las pensiones causadas con anterioridad, sigue siendo aplicable el art. 60 LGSS en su antigua redacción.

Pues bien, dictada la STJUE 12-12-2019, y dada la preminencia del Derecho de la Unión, el INSS debía haber acatado su doctrina. Sin embargo, alegando la ausencia de competencias normativas y su sumisión al principio de legalidad interna, la entidad gestora advirtió que seguiría reconociendo el

[5] 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 (BOE 3-2-2021, núm. 29).

[6] Y su réplica en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

derecho al complemento únicamente a las mujeres que cumplieran los requisitos legalmente exigidos, mientras no se produjera una modificación legislativa que adaptara el art. 60 LGSS al Derecho de la Unión[7]. Sin perjuicio, obviamente, de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconocieran el citado complemento de pensión a los hombres. Un criterio que se mantuvo hasta el 2-12-2021; fecha en la que el INSS revisó finalmente su previa y errónea decisión.

Desde entonces, el Tribunal Supremo ha tenido que dar respuesta a varias controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado" de especial interés y relevancia, que serán objeto de análisis a lo largo de las siguientes líneas.

2. LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES EN TORNO AL VIEJO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y AL SUPUESTO "VARÓN DISCRIMINADO"

2.1. La fecha de efectos económicos del complemento por maternidad

Uno de los principales motivos de controversia ha girado en torno a la fecha de efectos económicos del reconocimiento del complemento por maternidad a un varón con dos o más hijos. Para la entidad gestora, los efectos económicos se debían producir a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentase la correspondiente solicitud, y nunca más allá del 17 de febrero de 2020 (fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019)[8]. Y, por su parte, los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido tesis dispares[9]: algunas resoluciones entendían que resultaba de aplicación el art. 53 LGSS y, en su virtud, establecían una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud[10]. Otras resoluciones[11] situaban los efectos económicos del complemento en la fecha de publicación de la sentencia, pues -en opinión del Tribunal- este criterio se desprendía del art. 32.6 Ley 40/2015[12]. Y, para una tercera corriente de la doctrina judicial, los efectos económicos debían situarse en la fecha de reconocimiento de la pensión complementada, pues solo así se restablecía al beneficiario en la integridad de su derecho y se le reponía en la situación anterior al momento de producirse la vulneración del principio de igualdad y no discriminación[13].

Pues bien, el Tribunal Supremo ha zanjado finalmente este debate, inclinándose por la tercera de las tesis expuestas[14]. Con carácter general, el pago de una prestación causada se condiciona a la previa solicitud del interesado. Y, en la medida en que esta regla resulta igualmente aplicable

[7] Instituto Nacional de la Seguridad Social. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Criterio de Gestión 1/2020, de 31-1-2020.

[8] Criterio de gestión 35/2021, de 2-12-2021, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

[9] *In extenso*, Maldonado Molina, Juan Antonio. "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de la doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* núm. 466, 2022, pp. 209 a 232 y Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada, Editorial Comares, 2021, pp. 103 a 131.

[10] SSTSJ Galicia 13-4-2021, Rº 3654/2020, Asturias 1-6-2021, Rº 942/2021 y Castilla y León 4-11-2021, Rº 459/2021. Criterio defendido igualmente por Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 121.

[11] STSJ País Vasco 2-3-2021, Rº 177/2021.

[12] Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2-10-2015, núm. 236). De conformidad con dicho precepto, *"la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa".*

[13] SSTSJ Navarra 1-7-2021, Rº 205/2021 y Rioja 18-11-2021, Rº 205/2021.

[14] SSTS 17-2-2022, Rº 2872/2021 y Rº 3379/2021 y 30-5-2022, Rº 3192/2021.

al complemento por maternidad[15], la inactividad del individuo o una solicitud intempestiva puede afectar tanto al derecho, como a su percepción o disfrute. En efecto, según el art. 53 LGSS, el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la LGSS 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.

Pero, para el Tribunal Supremo, *"era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión"*, lo que provocó en la práctica la demora en la reclamación del complemento por maternidad. Dicho, en otros términos, según la Sala 4ª, el retraso en la solicitud no es imputable al beneficiario, por lo que no puede ser éste quien sufra las consecuencias derivadas del mismo.

De otro lado, el art. 32.6 Ley 40/2015 dispone que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea produce efectos desde la fecha de su publicación en el DOUE. Pero este precepto se encuentra incardinado en la sección 1ª del Capítulo IV, que regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Y, en consecuencia, no resulta aplicable al caso, pues, en opinión del Tribunal Supremo, no puede proyectarse sin más sobre otros ámbitos.

Al margen de lo expuesto, el Tribunal Supremo nos recuerda que la interpretación que hace el TJUE de una norma de Derecho de la Unión Europea aclara y precisa el significado y alcance de ésta, tal y como habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. Por tanto, las sentencias del TJUE que resuelven cuestiones prejudiciales no tienen carácter constitutivo, sino declarativo y, en consecuencia, sus efectos son *ex tunc* y se retrotraen a la fecha de entrada en vigor de la disposición interpretada (art. 267 TFUE). Es cierto que, con carácter excepcional y con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica, se pueden limitar los efectos de la sentencia en el tiempo. Pero tal limitación solo la puede decidir el propio TJUE en la misma sentencia en la que se resuelve la interpretación solicitada. Lo que ocurre es que la STJUE 12-12-2019 no estableció ninguna limitación temporal, de manera que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia de que se trate.

A mayor abundamiento, el art. 4 bis.1 LOPJ[16] dispone que los órganos judiciales nacionales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, lo que evidencia el carácter vinculante de ésta. Por lo expuesto, el órgano judicial nacional está obligado a interpretar y aplicar la normativa interna 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 esta persigue. Y esa interpretación conforme, según el Tribunal Supremo, conduce a ubicar la fecha de efectos económicos del complemento en la fecha del hecho causante de la pensión complementada, siempre y cuando el varón cumpliera en tal momento los restantes requisitos exigidos por el art. 60 LGSS en su redacción original. De esta forma, los tribunales debían aplicar este precepto en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento.

[15] Las últimas sentencias del Tribunal Supremo, no obstante, parecen apuntar a la idea de que, aunque efectivamente es precisa la solicitud, no es necesaria una petición expresa del complemento en cuestión, sino que basta con la solicitud de la pensión complementada. En palabras del Tribunal, basta con solicitar la pensión para que la entidad gestora, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, deba incluir en la resolución los concretos complementos a que haya lugar. En definitiva, la solicitud del complemento se encuentra ínsita en la solicitud de la pensión, pues su objeto no solo alcanzaría a su mero reconocimiento, sino también a todos los elementos determinantes de su concreta cuantía (STS 5-6-2024, Rº 3195/2023).

[16] Añadido por el art. único.2 Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22-7-2015, núm. 174).

En definitiva, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutan las personas de la categoría privilegiada. Debe así reconocerse al "varón discriminado" el derecho al complemento por maternidad con efectos económicos desde la fecha del hecho causante de su pensión, pues si el beneficiario hubiera sido una mujer le hubieran reconocido el complemento desde esa misma fecha[17].

2.2. El plazo de prescripción del derecho al complemento

Un segundo motivo de debate, íntimamente relacionado con el anterior, es el relativo al plazo de prescripción del derecho al complemento por maternidad. Ya hemos visto que, según el art. 53 LGSS, *"el 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"*.

Pues bien, según el antiguo art. 60.1 LGSS -en su redacción anterior-, el complemento por maternidad tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva. Y, además, establece en su apartado sexto que el derecho al complemento se encuentra sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente al nacimiento, duración, extinción y, en su caso, actualización. Por lo expuesto, resultaría aplicable el régimen jurídico de la prescripción contenido en el art. 53 LGSS. A mayor abundamiento, sería perfectamente posible defender que, en la medida en que las pensiones de jubilación y de viudedad son imprescriptibles (arts. 212 y 230 LGSS), el derecho al complemento con respecto a estas concretas pensiones también lo sería[18]. Sin embargo, para el INSS, esta sujeción al régimen jurídico de la pensión principal no alcanzaba al plazo de prescripción, por lo que el complemento por maternidad prescribiría a los cinco años en todo caso[19].

Pero el Tribunal Supremo no comparte este criterio. De un lado, para el Supremo, el *dies a quo* del plazo para solicitar el complemento por maternidad no puede fijarse en un momento anterior al 12-12-2019, pues, hasta dicha fecha, la redacción literal del art. 60 LGSS únicamente contemplaba el complemento para las mujeres. Y dicha redacción no fue considerada contraria a la Directiva 79/7/CEE por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo hasta la sentencia del TJUE. *"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"*[20].

Y de otro lado, el complemento de maternidad -al igual que el complemento a mínimos, o el complemento de brecha de género- no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión 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 dicha acción. Dicho en otros términos, solicitada en plazo la prestación contributiva, los posibles complementos que de la misma pudieran derivar no prescriben.

Pues bien, acatando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el INSS ha modificado su anterior criterio de gestión. Y, en el nuevo, expresamente aclara: *"La naturaleza jurídica del complemento por maternidad es la misma que la pensión a la que complementa, por lo que el derecho al complemento*

[17] STS 21-2-2024, Rº 1083/2023.

[18] Algo que ya sostuvimos con carácter previo: Aragón Gómez, Cristina. "El complemento de pensiones para reducir la brecha de género", *Foro de Seguridad Social*, núm. 30, 2022, p. 46.

[19] Criterio de gestión 35/2021, de 2-12-2021.

[20] SSTS 21-2-2024, Rº 862/2023 y 5-6-2024, Rº 3195/2023.

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 imprescriptible"[21].

2.3. La titularidad única o dual del complemento

La tercera de las cuestiones que ha generado controversia es la titularidad única o dual del complemento por maternidad. Sabemos bien que el actual complemento para reducir la brecha de género solo puede percibirse por uno de los dos progenitores. Y, a tal efecto, el legislador prevé determinadas cautelas para determinar cuál de ellos dos va a ser el concreto beneficiario de esta medida de acción positiva. Pero esta regulación resulta aplicable a los hechos causantes que se produzcan desde la entrada en vigor del RDLey 3/2021 y no afecta a las situaciones previas.

Pero, como es obvio, la regulación del complemento por maternidad nada decía al respecto, pues se partía de una premisa distinta: solo las mujeres podían percibirlo. El problema es que, tras la sentencia del TJUE de 12-12-2019, nos vemos en la obligación de sustituir el término "mujeres" por el término "personas" (prescindiendo, por tanto, del sexo del solicitante), lo que genera la posibilidad de que cualquier sujeto que cumpla los requisitos legalmente establecidos, acceda a esta mejora. Y ello nos aboca a la posibilidad de reconocer el complemento a ambos progenitores, lo que suscita la siguiente duda: ¿un mismo descendiente puede causar varios complementos o, dicho en otros términos, el complemento de maternidad puede disfrutarse por los ambos progenitores de forma simultánea?

Ante esta cuestión, la entidad gestora entendió que la titularidad debía ser única[22]. En su opinión, si el motivo para la concesión del complemento por maternidad era la aportación demográfica a la Seguridad Social y esta aportación es la misma para ambos progenitores, el complemento tenía carácter unitario y no era admisible reconocer más de un complemento en razón de un mismo hijo o hija. Con base en lo expuesto, el criterio de gestión concluía: *"podrá reconocerse el complemento por maternidad al hombre o la mujer que reúna los requisitos necesarios. Si bien, atendiendo al carácter unitario del complemento por maternidad, que determina que los hijos darán derecho al reconocimiento de un único complemento, sólo podrá reconocerse a uno de ellos, por lo que, 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".* Una interpretación a la que, en su día, ya auguramos un corto recorrido en sede judicial, pues el supuesto carácter único del complemento no se desprendía de la norma[23]. A mayor abundamiento, este criterio interpretativo podía privar a las propias mujeres del cobro del complemento, en el supuesto de que el pensionista varón lo hubiese solicitado con carácter previo[24]. Y no cabe duda de que resultaría paradójico que una medida nacida para compensar la situación desfavorable sufrida por muchas mujeres, fuese denegada a una de ellas con el argumento de que ya está disfrutando del complemento el progenitor varón.

Y, de hecho, así lo ha entendido una parte de la doctrina judicial[25] y el propio Tribunal Supremo. En efecto, según la STS 17-5-2023, Rº 3821/2022[26], el complemento de maternidad por

[21] Criterio de gestión 5/2024, de 8-3-2024.

[22] Criterio de gestión 35/2021, de 2-12-2021.

[23] Aragón Gómez, Cristina. "El complemento de pensiones para reducir la brecha de género", *Foro de Seguridad Social*, núm. 30, 2022, p. 45.

[24] Ballester Pastor, Inmaculada. "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.

[25] SSTSJ Aragón 10-9-2021, Rº 518/2021 y Galicia 8-7-2022, Rº 1417/2022, entre otras.

[26] Esta misma cuestión ya se había planteado previamente ante el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina. Pero la Sala 4ª no pudo entrar en el fondo del asunto por cuanto no se cumplió el requisito legal de contradicción (pues se aportó, como resolución de contraste, un auto de la Sala 3ª del Supremo de 4-3-2021, Rº 4535/2020; una resolución que no puede considerarse idónea a estos concretos efectos).

aportación demográfica puede ser obtenido por ambos progenitores de forma simultánea, siempre y cuando cumplan los requisitos legalmente exigidos. En palabras de la Sala 4ª, *"como la ley omite toda referencia al otro progenitor (o persona asimilada) carece de soporte legal que se deniegue el complemento por el hecho de que ya lo venga percibiendo"*. Y añade: *"La regla limitativa e interpretativa según la cual este beneficio solo podrá ser percibido por uno de los progenitores en caso de que ambos sean pensionistas no se corresponde con el tenor del precepto y comporta una extralimitación de esta tarea"*. En definitiva, en cuestiones relacionadas con la protección frente a situaciones de necesidad, si la norma no exige más requisitos, el intérprete tampoco puede hacerlo. De esta forma, resulta irrelevante el hecho de que el otro progenitor también tenga o pueda tener derecho a la percepción del complemento.

2.4. La reparación del supuesto daño causado

Ya hemos apuntado que, tras la STJUE 12-12-2019, el INSS decidió desestimar en vía administrativa las solicitudes de los varones que reclamaban el reconocimiento del complemento de maternidad, obligándoles a interponer demandas judiciales frente a estas resoluciones denegatorias. Pues bien, el cuarto foco de controversia ha girado precisamente en torno a si el beneficiario varón tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios originados por esta práctica de la entidad gestora. En un primer momento, el Tribunal Supremo, en su STS 17-5-2023, Rº 2222/2022, pareció justificar la posición del INSS, recordándonos que este órgano no tiene atribuidas competencias de naturaleza normativa, por lo que no puede *"declarar la nulidad de un precepto en vigor o estimarlo derogado"*. Dicho en otros términos, la obligación de adaptar la normativa interna a la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva recae en el Estado Legislador *"y no en el ente gestor (INSS) que dictó la resolución sobre el complemento de maternidad aplicando la norma entonces vigente"*.

Además, para el Supremo, la eventual responsabilidad del Estado *"no puede dilucidarse en este procedimiento"*. Sabemos que, de conformidad con el art. 106.2 CE, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Y, en concreción de este mandato del constituyente, los arts. 32 a 35 Ley 40/2015 establecen el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, incluyendo expresamente la responsabilidad ante el daño derivado de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea [art. 32.3.b)]. En consecuencia, según la Sala 4ª, la posible responsabilidad de la entidad gestora debía reclamarse ante los órganos del orden contencioso-administrativo, pues estamos ante una de las materias expresamente excluidas del orden social con base en el art. 3.g) LJS[27].

A mayor abundamiento, el Tribunal entiende que el daño ocasionado ya estaría reparado. En definitiva, en la medida en que se ha reconocido al beneficiario el derecho a percibir el complemento por maternidad con efectos retroactivos desde el momento del hecho causante de la pensión, ya se habría repuesto el derecho a la igualdad en su integridad[28]. Teniendo en cuenta que la vulneración del derecho fundamental deriva de un acto legislativo, desde el momento en el que se reconoce el derecho al complemento, retrotrayendo la fecha de efectos al momento de nacimiento de la prestación

[27] En el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 30-5-2022, Rº 3309/2021.

[28] En esta línea, se había pronunciado la STSJ Madrid 25-5-2022, Rº 271/2022, que defendió expresamente: *"la reparación del daño se entiende cumplido con el reconocimiento del complemento y abono de atrasos, desde la fecha en la que es solicitó y así se le reconoció la pensión de jubilación"*. En sentido similar, la STSJ Navarra 10-3-2022, Rº 98/2022 acogió la pretensión del trabajador de que se condenara al INSS al pago de una indemnización de 1.500 € ya que, *"independientemente de que se haya producido la vulneración denunciada, la parte actora no acredita la existencia de daños y perjuicios que deban compensarse. Sin que pueda entenderse que de todas las vulneraciones de derechos fundamentales se derive un daño indemnizable, más aún cuando, como sucede en el caso enjuiciado, se ha producido el restablecimiento de su derecho desde el mismo momento del hecho causante"*.

complementada, el daño material estaría compensado. Y, según la doctrina judicial, *"de la corrección interpretativa de un acto legislativo no puede derivarse daño moral alguno para el interesado, salvo concurrencia de supuestos excepcionales"*[29].

Pero el Tribunal Superior de Justicia de Galicia entendió que sí podría existir un daño adicional. Y, por auto de 2-2-2022, Rº 3601/2021, planteó ante el TJUE la siguiente cuestión prejudicial: si la práctica de la entidad gestora[30] conforme a la cual se denegaba sistemáticamente el complemento a los varones y se les obligaba a reclamar en vía judicial, suponía un incumplimiento de la Directiva 79/7/CEE constitutivo de discriminación por razón de sexo, diferente al incumplimiento previamente apreciado en la STJUE 12-12-2019. Y, en tal caso, si procedía condenar a la entidad gestora al abono de una indemnización disuasoria y reparadora de los daños y perjuicios causados (por entender que estos no quedaban íntegramente satisfechos con el reconocimiento judicial del derecho al complemento con efectos retroactivos).

Y ante esta cuestión prejudicial, la STJUE 14-9-2023, C-113/22 respondió a ambas cuestiones en sentido afirmativo. El tribunal apoya su fallo en los siguientes argumentos:

Primero.- Una vez constatada la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión Europea y, mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutan las personas de la categoría privilegiada.

Segundo.- Esta obligación de garantizar la igualdad no solo incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino a todos los órganos del Estado (incluidas las autoridades administrativas responsables del reconocimiento de las prestaciones).

Tercero.- La práctica de la entidad gestora genera, para los varones, una discriminación por razón de sexo en relación a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento; una discriminación, por tanto, adicional a la que ya existía con respecto a los requisitos materiales. En definitiva, la práctica del INSS provocaba que fueran únicamente los hombres los que se vieran obligados a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial, lo que los exponía a un plazo más largo para su obtención y, en su caso, a gastos adicionales.

Cuarto.- Vulnerado el principio de igualdad de trato, la reparación pecuniaria debe ser adecuada según las normas nacionales aplicables. No obstante, a pesar de esta remisión al derecho interno del Estado miembro, el propio TJUE apunta algunas consideraciones que la sala debe tener en cuenta: a) que dicha reparación debe compensar íntegramente el perjuicio efectivamente sufrido como consecuencia de la discriminación; b) que la indemnización debe ser disuasoria y proporcionada.

Quinto.- El reconocimiento del derecho al complemento con carácter retroactivo restablece la igualdad de trato en lo que respecta a los requisitos materiales de concesión del complemento, pero no sirve para subsanar los perjuicios derivados del carácter discriminatorio de los requisitos procedimentales.

Sexto.- Se deben tener en cuenta los gastos en que el interesado ha tenido que incurrir como consecuencia de habérsele aplicado requisitos procedimentales discriminatorios, incluidas, en su caso, las costas y los honorarios de abogado relativos a los procedimientos judiciales necesarios para hacer valer sus derechos.

[29] STSJ Castilla-La Mancha 28-10-2022, Rº 1436/2022.

[30] Recogida en el criterio de gestión 1/2020, de 31-1-2020.

Y séptimo.- Debe ser el propio órgano jurisdiccional nacional que conoce de la demanda presentada frente a la resolución denegatoria, el que conceda al beneficiario el complemento de pensión y el que reconozca además el derecho a la indemnización adicional. Dicho en otros términos, la indemnización no puede hacerse valer por la vía de la responsabilidad patrimonial, sino que debe fijarla el propio órgano judicial que conoce del asunto.

Pues bien, aquietándose a esta sentencia, la sala de lo Social del Tribunal Supremo ha modificado su anterior criterio. Así, de un lado, advierte que la vulneración del derecho fundamental a la igualdad conlleva obligatoriamente el resarcimiento del daño que indiscutiblemente se ha producido. De esta forma, en aquéllos supuestos en los que un varón solicitó el complemento de maternidad regulado en el art. 60 LGSS, en su versión anterior a la entrada en vigor del RDL 3/2021 y le fue denegado por el INSS con posterioridad a la STJUE 12-12-2019, teniendo que acudir a los órganos judiciales para su obtención, el solicitante tiene derecho a que el órgano judicial le reconozca, además del 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 del mismo[31].

De otro lado, y con el objetivo de que los distintos órganos judiciales del orden social operen al respecto *"con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión"*, la STS 15-11-2023, Rº 5547/2022[32], decidió fijar en 1.800 € el importe de la indemnización que el INSS debe abonar a todos los varones a los que les ha denegado en sede administrativa el complemento de maternidad y se habían visto obligados a acudir a la vía judicial. En palabras del propio Tribunal, *"toda vez que la actuación del INSS que genera este 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 pudieran generar una desigualdad difícilmente justificable. Y 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 este ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de estos perjuicios"*.

En opinión del Supremo, esta cantidad (1.800 €) permite una reparación integral del perjuicio, partiendo de los siguientes extremos: en primer lugar, que no estamos en presencia de una prestación, sino de un complemento de ésta cuya cuantía es sensiblemente inferior. De esta forma, el daño patrimonial que se deriva de la demora en el pago es menor que el que resultaría de la denegación de la pensión principal. En segundo lugar, que el art. 235 LJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso y añade que dichas costas comprenden los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria, sin que las mismas puedan superar la cantidad de 1.800 €. Y, en tercer lugar, que la *"eventual zozobra moral"* (en palabras del propio Tribunal) derivada de tener que acudir a los órganos de la jurisdicción social quedaría englobada en esta reparación a tanto alzado. Por lo tanto, parece que, para el Supremo, el daño moral quedaría también reparado[33].

[31] STS 15-11-2023, Rº 5547/2022.

[32] Seguida por las SSTS 24-1-2024, Rº 3557/2022 y 25-6-2024, Rº 1277/2023.

[33] López Cumbre, Lourdes. "Complemento de maternidad. Varón discriminado e indemnización por el daño causado". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 67, 2024, p. 633, sin embargo, considera que esta indemnización únicamente está compensando el daño patrimonial, no así el daño moral. Por ello, entiende que la indemnización por daño moral podrían reclamarla los varones que impugnaron judicialmente la denegación del INSS, pero también quienes no lo hicieron.

Partiendo de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que las resoluciones denegatorias del complemento de maternidad generan la obligación de indemnizar, pero siempre y cuando el solicitante varón: a) acreditara los requisitos precisos para lucrar el derecho al complemento; b) solicitase su reconocimiento y recibiese una resolución denegatoria por parte del INSS con posterioridad a la STJUE 12-12-2019; c) acudiese a los órganos judiciales para la obtención del derecho; y d) reclamase expresamente ese resarcimiento, según parece desprenderse de la STS 25-6-2024, Rº 1277/2023). Ahora bien, debemos tener en cuenta que el propio suplico de la demanda supone un límite infranqueable para el juzgador, pues de lo contrario la sentencia incurriría en incongruencia *extra petita*.

Finalmente, para concluir este epígrafe, conviene tener en cuenta dos cosas: a) que esta indemnización no estaría sujeta a ninguna retención por IRPF, pues con base en el art. 7.q) Ley 35/2006[34], están exentas las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y b) que los gastos de defensa jurídica (como son los gastos sufragados al abogado que ha tramitado la reclamación en la vía judicial) tienen la consideración de gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto del trabajo, con el límite de 300 € anuales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19.2.e) de este mismo cuerpo normativo[35].

Además, el importe del complemento por maternidad (en la medida en que tiene naturaleza de prestación pública) se considera rendimiento del trabajo y se encuentra sujeto al IRPF, por aplicación de lo dispuesto en el art. 17.2.a) Ley 35/2006. Ahora bien, el importe de los atrasos debe imputarse el período impositivo en el que la resolución judicial ha adquirido firmeza (art. 14) y puede beneficiarse de la reducción del 30% establecida en el art. 18.2, cuando haya sido reconocidos por sentencia judicial y abarquen más de dos años.

2.5. El cauce procesal para reclamar el complemento por parte de un "varón discriminado"

La última controversia que se ha suscitado con respecto al complemento por maternidad, versa sobre el concreto cauce procesal a través del cual se debe articular la reclamación en sede judicial. Sabemos bien que el art. 2.o) LJS atribuye al orden social la competencia en materia de prestaciones de Seguridad Social o, lo que es lo mismo, la revisión de los actos dictados por las entidades gestoras en materia de reconocimiento o denegación de prestaciones. Estos actos, en cuanto dictados por una persona jurídica pública son actos administrativos, pero su enjuiciamiento ha sido excluido del orden contencioso administrativo[36].

Pues bien, con carácter general, las reclamaciones en materia de Seguridad Social no pueden acumularse, ni entre sí, ni a otras pretensiones distintas. Es cierto que el art. 26.6 LJS solo prohíbe la acumulación de reclamaciones en materia de Seguridad Social *"entre sí"* y no hace alusión a la incompatibilidad entre dichas reclamaciones con pretensiones de otra naturaleza. Sin embargo, la lógica nos lleva a defender que esta prohibición de acumulación operaría con mayor abundamiento y con más justificación aún que la primera[37]. De esta forma, el precepto encierra una prohibición expresa que impide acumular entre sí reclamaciones en materia de Seguridad Social y una prohibición

[34] Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29-11-2006, núm. 285).

[35] Consulta Vinculante de la DGT de 19-3-2024, núm. V0452-24.

[36] Losada González, Herminio. "Proceso y derechos fundamentales en el ámbito de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social,* núm. 15/16, 2006, p. 55.

[37] Montoya Melgal, Alfredo, Galiana Moreno, Jesús Mª, Sempere Navarro, Antonio V. et al. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 122.

implícita en virtud de la cual no cabría acumular estas pretensiones con otras de naturaleza distinta. En definitiva, este proceso especial se caracteriza por la existencia de un previo expediente administrativo que se inicia con la solicitud de una única prestación. Y la prohibición de acumulación no tiene otro objeto que garantizar la correspondencia entre ese concreto expediente y el proceso judicial[38].

Pero esta regla general presenta dos excepciones: a) cuando las reclamaciones tengan la misma causa de pedir; b) y cuando se alega la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. Y esta última acumulación podría motivar, en su caso, la solicitud de los pronunciamientos complementarios previstos en el art. 182 LJS. En efecto, el proceso de derechos fundamentales tiene como objetivo obtener el reconocimiento del derecho vulnerado en toda su extensión y con todas sus posibles consecuencias. Y, con tal finalidad, el art. 182 LJS indica que el contenido de la sentencia incluirá la declaración de existencia de la vulneración alegada con nulidad de la actuación, el cese inmediato de la conducta, así como *"el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de su acción u omisión"*.

Por lo tanto, si el demandante canaliza su pretensión a través del proceso en materia de prestaciones de Seguridad Social, nada impide que, en ese mismo procedimiento, pueda hacer valer la vulneración de un derecho fundamental, debiéndose pronunciar la sentencia sobre ello, pues los arts. 26.6 y 140.1 LJS prevén expresamente tal posibilidad[39].

¿Pero cabría articular la pretensión por el proceso especial de tutela de derechos fundamentales? Esta es la cuestión a la que precisamente da respuesta la STS 19-7-2023, Rº 3106/2022. En este concreto supuesto, el demandante (pensionista de jubilación y padre de dos hijos) solicitó el complemento por maternidad ante el INSS y la entidad gestora se lo denegó. Ante esta resolución desestimatoria, el trabajador interpuso demanda en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales frente al INSS y TGSS en la que solicitaba se le reconociera el complemento de maternidad en la pensión de jubilación. Además, pedía que se declarara que había habido una discriminación y que se condenara al INSS a su cese inmediato. En la instancia, el Juzgado de lo Social estimó la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, pues consideró que la petición del beneficiario no era subsumible en la modalidad procesal de tutela, cuya cognición es limitada. Sin embargo, en suplicación, la STSJ Madrid 22-4-2022, Rº 108/2022, declaró nula la sentencia de instancia y mandó retrotraer las actuaciones para que el Juzgado resolviese sobre el fondo del asunto. En definitiva, para el TSJ de Madrid, nada obsta para plantear la reclamación del complemento de maternidad a través de esta concreta modalidad procesal. Si el actor ampara su demanda en que se ha vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación por la resolución el INSS, *"es perfectamente coherente que haya articulado su pretensión a través de la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales en aplicación del art. 177 de la LRJS, dado que puede recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas"*.

Es más, para el TSJ de Madrid, el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales, pese a ser de cognición limitada (al quedar limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública), no impide entrar a analizar, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, aquellas otras cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella. Distinto sería que el juzgador no constatara la vulneración de un derecho fundamental pues, en tal caso, no sería posible examinar las cuestiones de legalidad ordinaria.

[38] Lousada Arochena, José Fernando. "La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la Ley Reguladora de la Jurisdicción social". *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012, p. 9 de la edición digital.

[39] En este mismo sentido, SSTSJ Cantabria 28-11-2022, Rº 824/2022 y 16-12-2022, Rº 831/2022.

Pues bien, contra la sentencia dictada en suplicación, la letrada del INSS y de la TGSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la STSJ Madrid 2-2-2022, Rº 906/2021. En este concreto pronunciamiento judicial, el Tribunal entendió que cuando la pretensión se articula a través de un proceso de tutela de derechos fundamentales, la sentencia únicamente puede declarar si existe o no la vulneración, pero no puede condenar al INSS al abono de una prestación de Seguridad Social.

El Supremo zanjó finalmente este debate en su STS 19-7-2023, Rº 3106/2022. En su opinión, la pretensión sí puede articularse por el proceso de tutela de derechos fundamentales: de un lado, el art. 140.1 LJS *"abre la puerta a que se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela"*. De otro lado, en el listado del art. 184 LJS no se relaciona de forma expresa la modalidad sobre prestaciones de Seguridad Social. Y, en palabras del propio Tribunal Supremo, el hecho de que esta modalidad no aparezca en esa larga lista *"es un poderoso argumento interpretativo"* [40].

Y aunque es cierto que la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales posee un objeto material acotado (puesto que queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumular acciones de otra naturaleza *ex* art. 170.1 LJS), esta cognición limitada -según el Tribunal Supremo- no puede impedir examinar el fondo de la pretensión. Dicho, en otros términos, cuando concurre la vulneración reclamada resulta posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella. Así, evitando falsas dicotomías reduccionistas[41], el Supremo sienta una doctrina de especial relevancia, pues la doctrina académica venía entendiendo (con base en la propia literalidad del art. 140.1 LJS) que, a través de la modalidad procesal de tutela, se puede plantear exclusivamente una cuestión relativa a la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas en materia de Seguridad Social, pero obviando cualquier otra cuestión de legalidad ordinaria[42].

Por todo lo anteriormente expuesto, el Supremo concluye: *"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 del varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por el RDL 3/2021 pero después de la STJUE 12 diciembre 2019 a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión".* En consecuencia, se desestima el recurso interpuesto por el INSS y por la TGSS y, en aplicación del art. 227 LJS, se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado en la sentencia de instancia a fin de que se dicte otra en la que se resuelva sobre el fondo del asunto, dando respuesta a todas las cuestiones planteadas, salvando la excepción de inadecuación de procedimiento.

En conclusión, estamos ante un cauce procesal optativo, de forma que el demandante puede impugnar la conducta que entiende lesiva de su derecho fundamental bien por el cauce del proceso de tutela de derechos fundamentales, bien por el cauce del proceso en materia de prestaciones de

[40] En este mismo sentido, Rodríguez Pastor, Guillermo. "Reclamaciones judiciales en materia de Seguridad Social", En: Roqueta Buj, Remedios y García Ortega, Jesús (dirs.). *Derecho de la Seguridad Social.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 12ª ed, p. 925.

[41] En las acertadas palabras de Casas Baamonde, María Emilia. "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, p. 11.

[42] Rivas Vallejo, Pilar y Carratalá Teruel, José Luis. *Proceso de Seguridad Social Práctico. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios.* Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2004, p. 100.
Pastor, Guillermo. "Reclamaciones judiciales en materia de Seguridad Social", En: Roqueta Buj, Remedios y García Ortega, Jesús (dirs.). *Derecho de la Seguridad Social.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 12ª ed, p. 925.

Seguridad Social. Se ofrece así al beneficiario una doble vía de protección: una normal u ordinaria (de cognición no restringida, que comprende la protección judicial de todos los derechos) y otra excepcional a la que el interesado puede acogerse libremente, caracterizada por su preferencia y sumariedad.

3. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD A TRAVÉS DEL PROCESO EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Ya hemos visto que la pretensión puede tramitarse por el proceso de prestaciones de Seguridad Social (arts. 140 a 147 LJS) o por el proceso de tutela de derechos fundamentales (arts. 177 a 184 LJS). Pero es importante aclarar que *"la elección de la modalidad procesal comporta que se sometan a sus reglas específicas las pretensiones, tanto en instancia cuanto en caso de recurso"*[43]. Y de ahí que resulte de especial interés analizar las particularidades de uno y otro procedimiento.

Con carácter general, las reclamaciones en materia de prestaciones de Seguridad Social se tramitan a través de la modalidad procesal regulada en los arts. 140 a 147 LJS. Y, en la medida en que el complemento por maternidad tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva *"a todos los efectos"* (art. 60.1 LGSS, en su redacción original), este es el cauce natural para reclamarlo en sede judicial.

Para reclamar el complemento por maternidad a través de esta vía, tienen legitimación activa los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social (concretamente, los pensionistas de jubilación, de incapacidad permanente y de prestaciones por muerte y supervivencia) o los causahabientes del sujeto causante cuando este hubiese fallecido, en la medida en que son igualmente titulares de un interés legítimo.

Por su parte, el legislador no regula con precisión quién ostenta la legitimación pasiva en este concreto proceso. No obstante, del art. 140.1 LJS se desprende que la demanda se formula contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión. El problema es que el art. 60 LGSS (en su reacción anterior a la modificación operada por el RDLey 3/2021) no estableció ninguna regla con respecto a la gestión de complemento y la responsabilidad en orden a su pago. A pesar de ello, la Administración entendió que la entidad responsable del reconocimiento y abono de la pensión sobre la que tal complemento se aplicaba debía ser igualmente la responsable del mismo[44]. Por tanto, con carácter habitual la responsabilidad se atribuirá a la entidad gestora competente (INSS o ISM) o a la correspondiente mutua colaboradora (en caso de que el complemento acrezca la cuantía de una pensión derivada de contingencias profesionales). Pero incluso sería posible la responsabilidad del propio empresario[45].

De otro lado, con respecto a los trámites previos a la interposición de la demanda, el art. 140.1 LJS exige la interposición de reclamación administrativa previa ante la entidad gestora o, en su caso, ante la entidad colaboradora (cuando tuviera atribuida la competencia para resolver). Y este presupuesto procesal se mantiene incluso en el supuesto de que *"se haya acumulado la alegación de un derecho fundamental o libertad pública"*[46]. Se trata de un trámite a través del cual se pone en conocimiento del organismo correspondiente el contenido y los fundamentos de la pretensión y se da

[43] STS 19-7-2023, Rº 3106/2022.

[44] Criterio de gestión 22/2021, de 30 de agosto de 2021, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

[45] Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 85.

[46] Sin embargo, como veremos, dicho trámite no es exigible si se opta por ejercitar la pretensión a través de la modalidad procesal de tutela.

la oportunidad a la entidad gestora de resolver directamente la controversia sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales[47].

La reclamación administrativa previa debe interponerse ante el órgano competente que haya dictado resolución sobre la solicitud inicial del interesado. Y este organismo expedirá recibo de la presentación de la reclamación previa (art. 71.7 LJS), que será el documento que deberá acompañarse a la demanda a efectos de justificar el agotamiento de este trámite.

El plazo para presentar la reclamación administrativa previa es de treinta días desde la notificación de la resolución de la solicitud, si es expresa, o desde la fecha en que dicha solicitud deba entenderse denegada por silencio administrativo (art. 71.2 LJS)[48]. Y, a tal efecto, debemos tener en cuenta que el plazo para resolver por parte del INSS se rige por lo dispuesto en el RD 286/2003[49] que establece diferentes plazos máximos para cada una de las prestaciones. Por lo tanto, si el complemento por maternidad se solicitó junto con la pensión complementada, regirán los plazos de ésta: a) noventa días para las pensiones de jubilación y para las prestaciones por muerte y supervivencia; y b) ciento treinta y cinco días para las pensiones por incapacidad permanente. Sin embargo, si la solicitud se refiere exclusivamente al complemento (por cuanto se presentó por separado), a falta de plazo *ad hoc* de resolución expresa en el art. 60 LGSS y en el RD 286/2003, habría que acudir al plazo general de tres meses del art. 21.3 Ley 39/2015[50].

A este respecto, conviene aclarar que estamos ante un plazo de carácter administrativo, cuyo cómputo se rige por lo dispuesto en el art. 30.2 Ley 39/2015. En consecuencia, se trata de días inhábiles, de los que debemos excluir *"los sábados, los domingos y los declarados festivos"*. Sin embargo, habría que incluir los días del mes de agosto, así como los días que median entre el 24 de diciembre de un año y el 6 de enero del año siguiente (siempre que no se trate de sábados, domingos y festivos, como es obvio), en la medida en que la Ley 39/2015 nada indica al respecto (a diferencia de lo dispuesto en los arts. 182 y 183 LOPJ[51] y en el art. 43 LJS en relación con el cómputo de los plazos de carácter procesal).

Formulada reclamación previa, la entidad gestora o colaboradora deberá contestar expresamente a la misma en el plazo de cuarenta y cinco días, entendiéndose, en caso contrario, denegada la reclamación por silencio administrativo (art. 71.5 LJS). Un plazo que no debe confundirse con el que tiene la entidad gestora para resolver la solicitud inicial del interesado.

La demanda debe formularse en el plazo de treinta días a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo. Y este plazo no varía aún en el supuesto de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental. Por lo que respecta al cómputo de dicho plazo, el Tribunal Supremo aclara que

[47] STC 108/2000.

[48] Pues ya sabemos que, con base en el art. 129.3 LGSS, *"en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo"*.

[49] Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social (BOE 8-4-2003, núm. 84).

[50] Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 115.

[51] En la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (BOE 23-12-2022, núm. 307).

estamos ante un período que ni es propiamente procesal, ni puede ser entendido como sustantivo al no afectar al derecho subjetivo ejercitado[52]. Y, ante esa naturaleza ambigua, el Tribunal califica dicho plazo de carácter preprocesal y concluye que deben aplicarse las reglas propias de las actuaciones procesales. Pues bien, aunque esa doctrina se refería en exclusiva a la inhabilidad del mes de agosto, en la actualidad su alcance debe predicarse de todos los días procesales inhábiles de acuerdo con los arts. 182 y 183 LOPJ[53].

Siguiendo con el plazo para presentar la demanda y su concreto cómputo, una última aclaración es precisa con respecto al *dies a quo*: el plazo puede contarse desde la denegación expresa, aun cuando esta se produzca con posterioridad al momento en que la reclamación previa debió entenderse desestimada por silencio administrativo. En efecto, el silencio administrativo constituye una ficción jurídica en favor del interesado y resultaría anómalo que un instituto concebido en interés de los litigantes pueda conducir a consecuencias perjudiciales para ellos. En consecuencia, transcurrido el plazo determinado por la norma, el sujeto puede acceder a la vía jurisdiccional sin esperar la resolución expresa. Pero eso no le priva del derecho a demandar una vez haya tenido lugar el pronunciamiento, aun cuando se hubiese agotado anteriormente el plazo para impugnar la denegación presunta. Si esto no fuese así, la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente en cualquier caso carecería de sentido cuando el interesado hubiese dejado transcurrir el plazo establecido por la norma del silencio administrativo sin acudir a la vía jurisdiccional[54].

En la demanda debe acreditarse que se ha agotado la vía administrativa correspondiente (art. 140.1 LJS). Y, en caso de omitirse este trámite, el letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días. Realizada la subsanación, se admitirá la demanda. En otro caso, el LAJ dará cuenta al tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda (art. 140.2 LJS). Y, de hecho, el incumplimiento del precepto por el órgano judicial determina la nulidad de las actuaciones practicadas y seguidas a partir de la presentación de la demanda, con reposición del procedimiento al momento procesal inmediatamente anterior[55].

Ahora bien, es importante aclarar que la inobservancia del plazo de treinta días o que la inadmisión de la demanda por el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social no afecta al derecho material controvertido, pues solo comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite[56]. Por lo tanto, y de acuerdo con esta consolidada doctrina jurisprudencial[57], nada impediría que el sujeto ejercitase nuevamente su acción, siempre y cuando el derecho a la prestación no se encontrara prescrito. De hecho, esta dotrina se ha positivizado en el art. 71.4 LJS, a cuyo tenor *"podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho"*.

Durante el proceso, es necesario contar con el expediente administrativo en el que conste la resolución recurrida. Y, a tal efecto, dicho expediente será reclamado a la entidad gestora o al organismo gestor o colaborador para que lo aporte en el plazo de diez días. Cumplido el plazo de remisión del expediente sin que se hubiese recibido el mismo, el LAJ reiterará por vía urgente su inmediata remisión. Pero si la Administración tampoco aporta el expediente, el proceso no se paraliza, pues según aclara el art. 144.1 LJS, el juicio se seguirá celebrando en el día señalado a pesar de ello.

[52] SSTS 19-10-1996, Rº 3893/1995 y 21-5-1997, Rº 3614/1996.

[53] Valle De Joz, Juan Ignacio. *El enjuiciamiento de la actividad prestacional de la Seguridad Social. Delimitación material y actuaciones administrativas en el proceso*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 462.

[54] STS 30-10-1995, Rº 1414/1995.

[55] STS 24-3-2004, Rº 3350/2002.

[56] SSTS 23-2-2017, Rº 1980/2015 y 21-2-2018, Rº 2628/2015, entre otras muchas.

[57] Pacífica desde la STS 7-10-1974, RJ 1974\3903.

Solo si al demandante le conviniera la aportación del expediente a sus propios fines, podrá solicitar la suspensión del juicio para que se reitere la orden de remisión del expediente en un nuevo plazo de diez días con apercibimiento de imposición de las medidas a las que se refiere el art. 75.5 LJS. Si llegada la fecha del nuevo señalamiento no se hubiera remitido el expediente, podrán tenerse por probados los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuese imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél.

Una de las particularidades de esta modalidad procesal es la necesidad de congruencia entre lo aducido en el expediente administrativo y lo alegado en el proceso. Por tanto, las partes no pueden introducir *"variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad"* (art. 72 LJS). Un principio que reitera el art. 143 LJS, en su apartado 4º.

En cuanto a la sentencia, no se prevén particularidades con respecto a las reglas que rigen el proceso ordinario. Ahora bien, es importante advertir que las sentencias de instancia que resuelvan sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a prestaciones de Seguridad Social son recurribles en suplicación [art. 191.3.c) LJS]. Y, precisamente por ello, estas resoluciones no pueden dictarse de viva voz (art. 50.1 LJS). No obstante, en los supuestos en los que el derecho a la prestación no se cuestiona y el debate versa en torno a su importe, solo existe posibilidad de recurrir si la cuantía litigiosa supera el umbral previsto en el art. 191.2.g) LJS. Así, si lo que se debate es la cuantía del complemento por maternidad (por ejemplo, porque la entidad gestora no ha incluido en el cómputo a un hijo que ha nacido muerto o que ha fallecido a las pocas horas de nacer), la sentencia del Juzgado de lo Social solo sería recurrible en suplicación si la diferencia entre el complemento reconocido y el complemento reclamado superara los 3.000 € en cómputo anual.

Pero, incluso en los supuestos en lo que lo reclamado no supere los 3.000 € anuales, el acceso al recurso de suplicación podría obtenerse por otra vía indirecta: la vía de la afectación general, pues recordemos que procede en todo caso la suplicación cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social, *"siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes"* [art. 191.3.b) LJS]. Y, al hilo de nuestro ejemplo anterior, es importante aclarar que el Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de afectación general *"al constatarse que la entidad gestora deniega siempre el incremento del complemento de maternidad en relación con situaciones en las que el alumbramiento lo ha sido de un feto muerto o habiendo nacido fallece a las pocas horas"*[58].

¿Y cabría el acceso a la suplicación por el hecho de haber acumulado la pretensión de tutela de derechos fundamentales? Sabemos que, según el art. 191.3.g) LJS, procede en todo caso la suplicación contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Y, de acuerdo con el art. 192.2 LJS, cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso salvo expresa disposición en contrario. Pues bien, en respuesta a esta cuestión, el Tribunal Supremo ha contestado en sentido afirmativo, pero lo ha admitido con respecto a aquellos supuestos

[58] STS 1-12-2023, Rº 4666/2022. Y en los mismos términos se ha pronunciado la STS 21-12-2023, Rº 3886/2022, conforme a la cual debió admitirse el recurso de suplicación por existir una evidente afectación general, al ser notoria la litigiosidad que, sobre esta cuestión, se está produciendo.

en los que no cabía la posibilidad de elección de la modalidad procesal[59], en cuyo caso es lógico que se añadan las garantías del proceso de los arts. 177 LJS y siguientes. Pero, sin duda, resulta cuestionable en supuestos en los que el beneficiario, teniendo capacidad de elección -como es el caso-, no haya optado por el proceso de tutela de derechos fundamentales. No olvidemos que el derecho al recurso no aparece configurado como tal en la CE y según la doctrina del TC compete al legislador su establecimiento y delimitación de su concreto alcance y requisitos[60]. Por lo expuesto, el recurso de suplicación no es una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que lo excluye, cuando lo que persigue es lograr una solución rápida y eficaz.

Por lo que respecta a la ejecución, la sentencia representa el único título ejecutivo, en la medida en que no es admisible la conciliación (dado que la Administración Pública carece de facultades de transigir). Además, es necesario indicar que las sentencias en materia de Seguridad Social son ejecutivas aun cuando se hayan recurrido, en cuyo caso, el responsable queda obligado a abonar la prestación durante la tramitación del recurso (art. 294.1 LJS). Y, de hecho, en los procesos en materia de prestaciones periódicas de Seguridad Social en los que resulta condenada la entidad gestora, el inicio del pago de la prestación es un requisito que condiciona la posibilidad de recurrir (art. 230.4 LJS). En definitiva, estamos ante una exigencia que afecta al orden público procesal y que se revela como una condición *sine qua non* para la admisibilidad de los medios impugnatorios. La finalidad de esta exigencia es que el beneficiario, que tiene por sentencia judicial reconocido un derecho de contenido económico, no quede desasistido durante la tramitación del recurso, evitando que se le perjudique por el hecho de haber recurrido[61].

Precisamente por ello, es necesario que la entidad gestora presente certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y de que lo proseguirá haciendo de forma puntual durante la tramitación del recurso. Y dicha certificación debe acreditar el abono real y efectivo de la prestación, y no un mero compromiso de pago, siendo un incumplimiento de carácter insubsanable. Pues bien, el requisito de la certificación que contempla el art. 230.2.c) LRJS no se produce solo en los supuestos de reconocimiento por la sentencia de la prestación, sino también en aquellos en los que la sentencia la reconoce por una cuantía superior a la administrativamente obtenida. En estos casos, se debe certificar el abono del importe incrementado por la sentencia. Además, debemos tener en cuenta que las cantidades percibidas por el beneficiario no se reintegrarán aunque la sentencia se revoque.

4. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DEL COMPLEMENTO A TRAVÉS DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo a lo previsto en el art. 53.2 CE, cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos fundamentales y del principio de igualdad y no discriminación a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Para dar cumplimiento a este mandato constitucional, en el ámbito laboral, se incluyó en el texto de la LPL de 1990 el proceso de tutela de la libertad sindical; una modalidad procesal que resultaba de aplicación a las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales (art. 181 LPL).

A día de hoy, la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas se encuentra regulada en los arts. 177 a 184 LJS y tiene carácter urgente a todos los efectos y preferencia absoluta respecto de todos los procesos que se sigan en el Juzgado o Tribunal, ya sea en la instancia o en los recursos (art. 179.1 LJS).

[59] Por ejemplo, las SSTS 30-6-2020, Rº 4093/2017 y 19-10-2022, Rº 840/2022 con respecto a un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

[60] Por todas, SSTC 51/1982 y 3/1983.

[61] STS 4-6-2024, Rº 538/2023.

Pues bien, entendiendo la sumariedad como aligeración de los trámites y aceleración procedimental, la aplicación de este principio constitucional al proceso de tutela de derechos fundamentales se concreta, a lo largo del articulado de la LJS, en las siguientes manifestaciones: a) La habilidad del mes de agosto (art. 43.4 LJS); b) La exoneración del requisito de intento de conciliación y de reclamación previa en vía administrativa (arts. 64.1 y 70 LJS); c) La ejecutividad de la sentencia sin perjuicio del recurso que contra ella puede interponerse (art. 303.1 LJS); d) Y, por último, el acortamiento de los plazos de tramitación, que se reducen prácticamente a la mitad: el juez citará a las partes para los actos de conciliación y juicio en el plazo de cinco días desde la admisión de la demanda –frente a los diez días previstos en el proceso ordinario- y dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio –cuando, con carácter general, son cinco los días de los que dispone-, notificándose a las partes de forma inmediata –y no en los dos días siguientes- (apartados 1 y 3 del art. 181, en relación con los arts. 82.1 y 97.1 LJS).

En efecto, el art. 70 LJS aclara que no es preciso agotar la vía administrativa para interponer una demanda de tutela de derechos fundamentales frente a actos de las Administraciones Públicas. Y, por su parte, el art. 140.1 LJS ahonda en esta misma conclusión, pues indica que este trámite no es obligatorio cuando el demandante opte por canalizar su pretensión a través de la modalidad procesal de tutela. No obstante, aun no siendo necesaria la reclamación administrativa previa, el agotamiento de este trámite resulta potestativo, según se deduce del art. 70 LJS.

Pero la sumariedad procesal no solo debe interpretarse en un sentido exclusivamente cuantitativo, sino también tiene un alcance cualitativo que hace referencia a la limitación de la *cognitio* judicial. Estamos ante un proceso cuyo campo de actuación es reducido, debiendo limitarse al examen de si ha existido o no la violación de un derecho fundamental y a su concreta reparación. No pueden así alegarse, ni debatirse presuntas irregularidades que no repercutan en el derecho fundamental, ni formularse pedimentos cuya concesión o denegación requiera examinar la legalidad ordinaria[62]. Ahora bien, la cognición limitada de esta modalidad procesal no puede impedir que se examine el fondo de la pretensión y que se aborden aquellas cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a la lesión del derecho fundamental. En palabras de la mejor doctrina, *"los derechos fundamentales no viven en compartimentos estancos, sin contagiarse con cuestiones de legalidad ordinaria, cuya resolución se hace precisa para garantizar su efectividad"*[63].

Pero el régimen jurídico del proceso de tutela previsto en la LJS no solo dota al proceso de preferencia y sumariedad, sino que además le atribuye otras peculiaridades con las que se refuerza la protección de los derechos fundamentales por encima de ese mínimo fijado por el constituyente. Así, el proceso de tutela se caracteriza además: a) por el apoyo al justiciable mediante la sustitución procesal o la legitimación de terceros no directamente afectados (arts. 11 bis LEC, 7.3 LOPJ y 177 LJS); b) por la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en calidad de parte (art. 177.3 LJS); c) por la facilitación de la actividad probatoria del demandante, de forma que una vez constatada la concurrencia de indicios de vulneración de un derecho fundamental, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 181.2 LJS); d) por la propia tutela que se dispensa al afectado pues, en caso de estimarse la demanda, el juez declarará la nulidad radical de la conducta lesiva del derecho fundamental, ordenará su cese inmediato y la reposición del demandante a la situación anterior a producirse la misma y, finalmente, condenará al demandado a reparar las consecuencias derivadas

[62] Cavas Martínez, Faustino. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.* Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004, p. 275.

[63] Casas Baamonde, María Emilia. "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, p. 11.

de la lesión del derecho fundamental (art. 182 LJS); e) y, por último, por el carácter recurrible de la sentencia en suplicación (art. 191.3.f) LJS).

Pues bien, estas garantías se hacen extensivas a aquellos supuestos en los que no cabe la posibilidad de elegir el cauce procesal. En efecto, conforme a lo previsto en el art. 184 LJS determinadas pretensiones deben canalizarse necesariamente a través de una modalidad procesal específica. En tal caso, el art. 178.2 LJS aclara que cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

Pero es evidente que esta conclusión no puede ser la misma en los supuestos en los que cabe la posibilidad de elección. Cuando el cauce procesal es optativo, el demandante puede impugnar la conducta que entiende lesiva de su derecho fundamental bien por el cauce del proceso de tutela, bien por el cauce del proceso ordinario o de las otras modalidades procesales[64]. En consecuencia, cuando se escoge una y no otra, habrá de estarse a la modalidad elegida.

5. VALORACIÓN PERSONAL

Lo expuesto a largo de este estudio evidencia cómo la STJUE 12-12-2019 ha puesto todo el régimen jurídico del complemento por maternidad "patas arriba"[65], por lo que el fin perseguido con su implantación ha quedado plenamente desbaratado[66]. Y de ahí que el profesor Molina Navarrete haya advertido de forma elocuente que el TJUE nos ha hecho *"un pan como una torta"*[67].

Y desde luego, a este desaguisado, también ha contribuido la inacción del legislador y de la Administración Pública. Durante 419 días (del 12-12-2019 al 4-2-2021), el art. 60 LGSS estuvo en conflicto con el Derecho de la Unión Europea. Y durante 721 días (del 12-12-2019 al 2-12-2021[68]), el INSS optó por aplicar una norma que, en opinión del TJUE, era contraria a la Directiva 79/7/CEE. Precisamente por ello, no es de sorprender que, en un período de tan solo cuatro años, concretamente, del año 2019 al año 2022[69], se hayan iniciado un total de 22.717 procesos judiciales relacionados con el complemento por maternidad, tal y como se desglosa en la siguiente tabla:

AÑO	PROCESOS INICIADOS		
	En la instancia	En suplicación	En casación
2019	17	8	0
2020	524	27	2
2021	12.310	2.588	202
2022	9.866	4.557	666
TOTAL	**22.717**	**7.180**	**870**

Elaboración propia a través de los datos obtenidos de los informes estadísticos que anualmente elabora el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. La última memoria publicada es la correspondiente al año 2022.

[64] STS 30-5-2002, Rº 1228/2001.

[65] Tal como advierte la mejor doctrina: VIVERO SERRANO, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 103.

[66] Hierro Hierro, Francisco Javier. "El complemento por maternidad: reflexiones sobre su retroactividad". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 153, 2022, p. 177.

[67] Molina Navarrete, Cristóbal. "De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 457, 2021, p. 142.

[68] Fecha en la que se aprueba el criterio de gestión 35/2021.

[69] Primer y último dato publicado.

Y es evidente que esta circunstancia no contribuye a la reducción de la brecha prestacional, más bien favorece su mantenimiento. En agosto de 2024[70], del total de pensiones con complemento por maternidad, el 19,97% ya era percibido por hombres. Estamos hablando concretamente de 192.198 pensiones y de un importe medio en concepto de complemento de 104,83 €. Sin embargo, el importe medio percibido por las mujeres es de 72,36 €, por lo que existe una brecha prestacional, con respecto a la cuantía del complemento por maternidad, que asciende al 30,97%.

Y, por desgracia la saga continúa y nos quedan aún por ver los capítulos de la nueva temporada. Como vimos, el complemento por maternidad se caracterizaba por ser un derecho de titularidad exclusivamente femenina. Y frente a ello, el complemento para la reducción de la brecha de género se ha configurado como un beneficio no exclusivo, sino preferentemente femenino[71], pues el legislador parte de una presunción *iuris et de iure*, en virtud de la cual no se exige a las mujeres la prueba de un perjuicio profesional concreto. Los hombres, por su parte, sí que deben demostrar que su carrera de seguro se ha visto afectada por la asunción de tareas de cuidado. Además, debemos tener en cuenta que en el supuesto de que ambos progenitores acrediten los requisitos legalmente exigidos, únicamente se concederá el complemento por reducción de la brecha de género a uno de ellos. Concretamente, si los progenitores son un hombre y una mujer, debemos realizar el siguiente desglose: a) si el padre no acredita un perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer, pues el legislador presume que las tareas de cuidado han sido asumidas fundamentalmente por ella; y b) si el padre acredita un perjuicio en su carrera de seguro, será éste quien cobre el complemento pero siempre y cuando el importe de su pensión sea inferior al importe de la pensión que le corresponda a la madre.

Pues bien, esta nueva redacción ya está sometida a varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, pendientes de resolución: el ATSJ Madrid 13-9-2023, Rº 333/2023 y el AJS núm. 3 de Pamplona de 21-9-2023, Rº 1095/2022. Concretamente, en opinión de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, el Derecho nacional incluye una diferencia de trato entre hombres y mujeres en el acceso al complemento para reducir la brecha de género, exigiendo a los hombres que acrediten unos requisitos que no se imponen a las mujeres. De esta forma, las mujeres tienen derecho al complemento de forma automática por el mero hecho de haber tenido uno o más hijos, aun cuando su carrera profesional no se haya visto afectada. Además -dice el Tribunal- si el padre acredita un perjuicio en su carrera profesional y la madre no, se sigue reconociendo el complemento a la mujer salvo que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas al hombre sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. Y, partiendo de lo expuesto, se cuestiona si esta diferencia de trato es compatible con el principio de igualdad entre mujeres y hombres que consagra la Directiva 79/7/CEE.

Ante esta situación, compartimos la preocupación manifestada por algunos autores[72]. El complemento para la reducción de la brecha de género representa una medida de acción positiva que descansa sobre una premisa: la desigualdad entre hombres y mujeres en materia de protección social. Una desigualdad que es notoria e incontestable, así como la identificación de la causa principal: la perpetuación de roles y su incidencia en la carrera profesional y de cotización. Por ello, *"cuestionar estas premisas y sostener la identidad y comparabilidad de ambos colectivos desde la perspectiva de género no nos parece aceptable"*[73].

[70] Último dato publicado.

[71] Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 169.

[72] Serna Calvo, Mar y Agustí Maragall, Joan. "Complemento de brecha de género: ¿discriminación o acción positiva?". *Jurisdicción Social*, 2023, núm. 247, pp. 5 a 8 y Maldonado Molina, Juan Antonio. "Las cuestiones prejudiciales sobre el complemento para la reducción de la brecha de género". *Briefs AEDTSS*, 2024, núm. 37.

[73] Ídem, p. 7.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Gómez, Cristina. "El complemento de pensiones para reducir la brecha de género", Foro de Seguridad Social, núm. 30, 2022, pp. 19 a 49.

Aragón Gómez, Cristina. "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social y en la intensidad de su cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social". En: AAVV. *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*. Murcia, Ediciones Laborum, 2018, Tomo II, pp. 121 a 138.

Ballester Pastor, Inmaculada. "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.

Casas Baamonde, María Emilia. "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.

Cavas Martínez, Faustino. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004, 428 p.

Cruz Villalón, Jesús. "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. 28, 2021, pp. 37 a 46.

Gómez Abelleira, Francisco Javier. *El proceso de Seguridad Social.* Madrid, Edersa, 2000, 248 p.

Hierro Hierro, Francisco Javier. "El complemento por maternidad: reflexiones sobre su retroactividad". Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, núm. 153, 2022, pp. 153 a 180.

López Cumbre, Lourdes. "Complemento de maternidad. Varón discriminado e indemnización por el daño causado. Tribunal Supremo -Sala Social. Pleno- Sentencia 977/2023, de 15 de noviembre (Rcud. 5547/2022)". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024, pp. 606 a 648.

Losada González, H. "Proceso y derechos fundamentales en el ámbito de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social,* núm. 15/16, 2006, pp. 55 a 64.

Lousada Arochena, José Fernando. "La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012.

Maldonado Molina, Juan Antonio. "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de la doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* núm. 466, 2022, pp. 209 a 232.

Molina Navarrete, Cristóbal. "De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* núm. 457, 2021, pp. 135 a 163.

Rivas Vallejo, Pilar y Carratalá Teruel, José Luis. *Proceso de Seguridad Social Práctico. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios.* Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004, 635 p.

Rodríguez Pastor, Guillermo. "Reclamaciones judiciales en materia de Seguridad Social", En: Roqueta Buj, Remedios y García Ortega, Jesús (dirs.). *Derecho de la Seguridad Social.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 12ª ed, pp. 917 a 961.

Serna Calvo, Mar y Agustí Maragall, Joan. "Complemento de brecha de género: ¿discriminación o acción positiva?". *Jurisdicción Social*, núm. 247, 2023, pp. 5 a 8.

Valle De Joz, Juan Ignacio. *El enjuiciamiento de la actividad prestacional de la Seguridad Social. Delimitación material y actuaciones administrativas en el proceso*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, 610 p.

Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada, Editorial Comares, 2021, p. 244 p.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 171-178

Comentario a la STS de 11 de abril de 2024 N.º Rec. 197/2023. La compatibilidad del trabajo y la Pensión de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez

Commentary on the Supreme Court Ruling of 11 April 2024 197/2023. The compatibility of work and the Absolute Permanent Disability and Severe Disability Pension

Daniel Toscani Giménez *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València*
https://orcid.org/0000-0003-1460-4801

Sumario

1. **Introducción**
2. **Evolución jurisprudencial sobre la compatibilidad del trabajo con la incapacidad permanente**
   2.1. Inicios del debate: exclusión tajante de la compatibilidad
   2.2. Jurisprudencia de flexibilización: primeros pasos hacia la compatibilidad
   2.3. Giro doctrinal del Tribunal Supremo: Sentencias restrictivas
3. **La Sentencia de 11 de abril de 2024: un análisis crítico**
   3.1. Fundamentos jurídicos de la sentencia
   3.2. Crítica a la interpretación literalista del artículo 198 LGSS
   3.3. Impacto sobre la protección social y laboral
4. **Incompatibilidad con el derecho comunitario y normativas internacionales**
   4.1. Doctrina del TJUE sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad
   4.2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)
   4.3. La Directiva 2000/78/CE y el principio de no discriminación
5. **Consecuencias de la Sentencia**
   5.1. Impacto sobre los derechos de las personas con discapacidad
   5.2. Consecuencias económicas para los beneficiarios
   5.3. Incertidumbre jurídica y aumento del litigio
6. **Conclusiones**

Fecha Recepción: 12/10/2024
Fecha Revisión: 6/11/2024
Fecha Aceptación: 6/11/2024

Cita Sugerida: TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Comentario a la STS de 11 de abril de 2024 N.ª Rec. 197/2023. La compatibilidad del trabajo y la Pensión de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 171-178.

Resumen

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2024, N.º Rec. 197/2023, ha generado un debate significativo sobre la compatibilidad del trabajo con la percepción de una pensión por incapacidad permanente, particularmente en los casos de incapacidad permanente absoluta (IPA) y gran invalidez (GI). A través de este comentario crítico, se analizará en profundidad la evolución de la normativa y jurisprudencia relacionada con la compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por incapacidad permanente. Asimismo, se examinará la argumentación empleada en esta sentencia, destacando sus puntos débiles en cuanto a su adecuación a los principios del derecho comunitario y la normativa internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se presentará una evaluación crítica, apoyada en precedentes jurisprudenciales y doctrinales, de las implicaciones de esta sentencia para la protección social y la integración laboral de las personas con discapacidad.

Palabras clave

Incapacidad Permanente; Absoluta; Gran Invalidez; trabajo; compatibilidad

Abstract

The Supreme Court ruling of 11 April 2024, No. Rec. 197/2023, has generated a significant debate on the compatibility of work with the receipt of a permanent disability pension, particularly in cases of absolute permanent disability (APD) and severe disability (SD). This critical commentary will provide an in-depth analysis of the evolution of legislation and case law relating to the compatibility of work and permanent disability pensions. It will also examine the reasoning used in this judgment, highlighting its weaknesses in terms of its compliance with the principles of EU law and international standards on the rights of persons with disabilities. A critical assessment, supported by jurisprudential and doctrinal precedents, of the implications of this ruling for the social protection and labour integration of persons with disabilities will be submitted.

Keywords

Permanent Disability; Absolute; Major Disability; work; compatibility

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de Seguridad Social en España ha evolucionado con el tiempo para proteger a los trabajadores que, debido a accidentes laborales, enfermedades comunes o profesionales, ya no pueden desempeñar su actividad profesional habitual. La incapacidad permanente es una figura clave en este sistema, que otorga una pensión en función del grado de incapacidad. Las categorías de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez responden a diferentes niveles de discapacidad laboral, siendo las dos últimas las que suponen mayores limitaciones para la actividad laboral.

Históricamente, la incapacidad permanente absoluta (IPA) y la gran invalidez (GI) han sido consideradas como situaciones que inhabilitan completamente a una persona para cualquier tipo de trabajo. Sin embargo, con el avance de las normativas internacionales de derechos humanos y la evolución del mercado laboral, ha surgido la necesidad de reconsiderar la relación entre las incapacidades permanentes y la posibilidad de compatibilizar dichas situaciones con la realización de trabajos adaptados a las capacidades de las personas afectadas. La sentencia de 11 de abril de 2024, al restringir la compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente, plantea una serie de interrogantes sobre la adecuación de las normativas internas españolas a las exigencias del derecho comunitario e internacional.

2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL TRABAJO CON LA INCAPACIDAD PERMANENTE

2.1. Inicios del debate: exclusión tajante de la compatibilidad

Desde la instauración del régimen de Seguridad Social, la legislación española ha sido rigurosa en la protección de aquellos que se ven impedidos para trabajar debido a una enfermedad o accidente. En los primeros años del sistema, las incapacidades permanentes se concebían como situaciones que inhabilitaban de manera absoluta a la persona para desarrollar cualquier tipo de actividad laboral. De hecho, el legislador consideraba que otorgar una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez debía implicar una imposibilidad total para trabajar, ya que las prestaciones se concedían con la idea de cubrir la falta de ingresos del beneficiario.

El Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), fue el marco normativo que consolidó esta posición, estableciendo que la incapacidad permanente absoluta implicaba una "pérdida de capacidad para todo tipo de trabajo". Esta disposición no fue cuestionada en sus primeros años, en gran medida porque no existía un debate profundo sobre los derechos laborales de las personas con discapacidad, como el que comenzó a surgir a partir de los años 2000.

2.2. Jurisprudencia de flexibilización: primeros pasos hacia la compatibilidad

A medida que la concepción de la discapacidad y las políticas de integración laboral evolucionaban, la jurisprudencia comenzó a suavizar las estrictas prohibiciones. En sentencias como la STS de 30 de enero de 2008, Nº. Rec. 480/2007 o STS de 10 de noviembre de 2008, N.º Rec. 56/2008, el Tribunal Supremo reconoció la posibilidad de que personas con incapacidad permanente total, y en ciertos casos con IPA, pudieran realizar trabajos compatibles con sus limitaciones, siempre que dichos trabajos no fueran los que habitualmente desempeñaban antes de la incapacidad. Se abría así la puerta a la compatibilidad, aunque de forma limitada.

Esta jurisprudencia flexibilizadora tenía su raíz en una nueva comprensión de la discapacidad, no como una condición incapacitante absoluta, sino como un fenómeno dinámico que dependía de la capacidad funcional y de la posibilidad de adaptación del entorno laboral. En esta línea, se establecieron precedentes que favorecían la compatibilidad entre ciertos trabajos y la percepción de pensiones de incapacidad, siempre que se acreditase que el trabajo era de menor exigencia física o psicológica y no comprometía la salud del trabajador.

2.3. Giro doctrinal del Tribunal Supremo: Sentencias restrictivas

Sin embargo, a partir de la década de 2010, el Tribunal Supremo comenzó a retroceder en su postura flexibilizadora. En varias sentencias, como la STS de 20 de marzo de 2019, N.º Rec. 2648/2017, se restringió la compatibilidad entre la IPA y cualquier tipo de actividad laboral remunerada, salvo casos muy específicos de trabajos marginales o no regulares. La argumentación utilizada en estas decisiones se centraba en que la percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez presupone una imposibilidad total para trabajar, lo que hacía incoherente permitir que los beneficiarios de dichas pensiones ejercieran actividades laborales remuneradas de manera regular.

3. LA SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 2024: UN ANÁLISIS CRÍTICO

3.1. Fundamentos jurídicos de la sentencia

La Sentencia de 11 de abril de 2024 refuerza esta tendencia restrictiva al establecer que el trabajo regular es incompatible con la percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. El Tribunal se basa en una interpretación literal del artículo 198 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que establece que la IPA se caracteriza por la "pérdida de capacidad para todo tipo de trabajo". A partir de esta definición, la Sala argumenta que cualquier trabajo que no sea marginal o esporádico resulta incompatible con la percepción de una pensión por IPA o GI.

Este enfoque, no obstante, genera una serie de problemas. En primer lugar, la argumentación del Tribunal no tiene en cuenta las recientes reformas laborales y sociales, tanto a nivel nacional como comunitario, que promueven la integración laboral de personas con discapacidad. En segundo lugar, el Tribunal omite en su análisis el impacto de normativas internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa, que protegen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar y desarrollarse en un entorno adaptado a sus capacidades

3.2. Crítica a la interpretación literalista del artículo 198 LGSS

Uno de los puntos más criticables de la sentencia es su interpretación restrictiva del artículo 198 de la LGSS. El Tribunal, al centrarse en la literalidad del término "pérdida de capacidad para todo trabajo", ignora las posibilidades reales de las personas con discapacidades para desempeñar trabajos adaptados. Esta interpretación no tiene en cuenta que el derecho a la inclusión laboral de las personas con discapacidad está ampliamente reconocido en el derecho comunitario y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La Sentencia del TJUE en el asunto Ca Na Negreta (C-423/12), por ejemplo, dejó claro que las legislaciones nacionales deben interpretar de manera flexible las incompatibilidades laborales en casos de discapacidad, fomentando siempre que sea posible la inclusión de los trabajadores con discapacidades en el mercado laboral, adaptando las condiciones laborales a sus limitaciones

Además, la sentencia del Alto Tribunal parece ignorar las recientes tendencias legislativas, tanto nacionales como en otros países europeos, que permiten la compatibilidad entre incapacidad y trabajo, siempre que este último esté adaptado a las limitaciones del trabajador. En este sentido, el Tribunal podría haber optado por una interpretación más progresista y acorde con las normativas internacionales, facilitando una mayor inclusión laboral de personas con incapacidad permanente. En efecto, cabe traer a colación ahora la STJUE de 18/01/2024, que argumenta que el artículo 49.1 ET, concretamente en su letra e), se opone a la normativa comunitaria: El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE que señala que una normativa nacional no puede establecer que el empresario pueda 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 este sentido, para adaptar la normativa nacional a la comunitaria, el Gobiernos está preparando el Proyecto de Ley por el que se modifica el art. 49.1.e ET para incluir un nuevo apartado n) al art. 49.1 ET. que deja en manos del trabajador, declarado en situación de IP, la decisión de continuar o no con su trabajo en un plazo de 10 días y si dicha decisión es afirmativa la obligación de la empresa de cambiar al trabajador de puesto de trabajo o realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para adaptarlo a la nueva capacidad del trabajador.

3.3. Impacto sobre la protección social y laboral

La sentencia de abril de 2024 tiene importantes repercusiones sobre el sistema de protección social y la integración laboral de las personas con discapacidad. Al mantener la incompatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente absoluta, el Tribunal Supremo refuerza un modelo de protección social basado en la exclusión de los discapacitados del mercado laboral, una postura que choca frontalmente con los principios de inclusión que guían las políticas europeas en este ámbito.

A largo plazo, esta sentencia podría tener efectos adversos sobre el desarrollo personal y económico de los beneficiarios de pensiones por incapacidad. En lugar de permitirles encontrar trabajos adaptados que les proporcionen ingresos adicionales y una mayor autonomía económica, se les relega a depender exclusivamente de las prestaciones sociales, lo que puede tener efectos negativos sobre su autoestima, su capacidad para reintegrarse en la sociedad y su bienestar psicológico.

4. INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO Y NORMATIVAS INTERNACIONALES

4.1. Doctrina del TJUE sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha insistido en numerosas ocasiones en la necesidad de interpretar las normativas nacionales en favor de la integración laboral de las personas con discapacidad. Esto es clave en el contexto de la sentencia del Tribunal Supremo de abril de 2024. En casos como el asunto Chacón Navas (C-13/05) y Ring y Werge (C-335/11 y C-337/11), el TJUE ha subrayado que la definición de "discapacidad" debe abarcar no solo las limitaciones físicas o mentales de una persona, sino también las barreras estructurales que impiden su integración en el entorno laboral.

El TJUE ha dejado claro que los Estados miembros deben fomentar la adaptación razonable de los entornos laborales, permitiendo a las personas con discapacidad desempeñar funciones acordes

a sus capacidades, en lugar de excluirlas completamente del mercado laboral. Esta adaptación incluye el ajuste de las condiciones laborales o de las tareas a las capacidades funcionales del trabajador, así como la posibilidad de acceder a empleos que no requieran un esfuerzo físico o mental incompatible con la discapacidadEn este sentido va orientado el actual proyecto de ley de reforma de la extinción del contrato de trabajo en caso de declaración de Incapacidad Permanente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2024 resulta contradictoria con la doctrina del TJUE, que promueve activamente la inclusión y la no discriminación en el ámbito laboral de las personas con discapacidad. El argumento del Supremo, que se apoya en la idea de una inhabilitación total para el trabajo en casos de incapacidad permanente absoluta, no tiene en cuenta la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas proactivas para facilitar la inserción laboral de estas personas, siempre que sea posible y dentro de los límites de sus capacidades.

4.2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por España en 2007, es un tratado internacional de gran relevancia en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo el derecho al trabajo. El artículo 27 de la Convención establece claramente que los Estados Partes deben reconocer el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con los demás, en particular en un entorno de trabajo que sea accesible y adaptado a sus necesidades.

Este principio de inclusión laboral es central para la crítica de la sentencia de 2024. Al interpretar de manera restrictiva la compatibilidad entre incapacidad permanente y trabajo, el Tribunal Supremo parece ignorar el mandato de la CDPD de garantizar que las personas con discapacidad no sean excluidas del mercado laboral de manera sistemática. En lugar de fomentar la adaptación de los entornos laborales y la flexibilización de las condiciones para que estas personas puedan desempeñar funciones adaptadas a sus capacidades residuales, la sentencia del Tribunal consolida una postura que dificulta la integración laboral de los beneficiarios de pensiones de incapacidad.

La interpretación del Tribunal Supremo también plantea dudas sobre la conformidad de la normativa española con la CDPD en lo que respecta al enfoque de derechos humanos sobre la discapacidad. La Convención promueve una visión de la discapacidad basada en la inclusión, la igualdad de oportunidades y la eliminación de barreras, aspectos que no parecen haber sido debidamente considerados por el Supremo en su análisis del caso

4.3. La Directiva 2000/78/CE y el principio de no discriminación

La Directiva 2000/78/CE, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, también es relevante en este contexto. Esta normativa comunitaria establece que los Estados miembros deben garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso al trabajo y que no sean discriminadas por su condición. Asimismo, impone la obligación de realizar ajustes razonables en el entorno laboral para asegurar que las personas con discapacidad puedan desempeñar una actividad profesional en igualdad de condiciones con los demás.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2024, sin embargo, no refleja adecuadamente los principios de la Directiva. En lugar de abogar por la adaptación de los empleos a las capacidades funcionales de los trabajadores con incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, la sentencia refuerza una postura excluyente, que limita las oportunidades laborales de estos individuos. El Supremo parece no haber considerado la obligación impuesta por la Directiva de garantizar la no

discriminación en el acceso al empleo, lo que podría dar lugar a una situación de conflicto con el derecho comunitario y la Jurisprudencia del TJUE, como la STJUE de 18 de enero de 2024, en el Asunto C-631/22, que ha obligado al legislador nacional ha modificar el supuesto de extinción automática del contrato de trabajo en los casos de declaración de una incapacidad permanente y la obligación del empleador de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo o cambiar al trabajador de puesto de trabajo.

5. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

5.1. Impacto sobre los derechos de las personas con discapacidad

Una de las principales consecuencias de esta sentencia es su impacto directo sobre los derechos de las personas con discapacidad. Al restringir la posibilidad de compatibilizar el trabajo con la percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, la sentencia refuerza una visión paternalista de la discapacidad, donde las personas afectadas son vistas principalmente como sujetos pasivos de protección social, en lugar de como individuos con derecho a una vida laboral digna y autónoma.

Este enfoque es problemático porque refuerza estereotipos y barreras estructurales que dificultan la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad y en el mercado laboral. En lugar de promover políticas inclusivas, la sentencia contribuye a perpetuar la segregación de estas personas, limitando sus oportunidades de desarrollo personal y profesional.

5.2. Consecuencias económicas para los beneficiarios

Desde un punto de vista económico, la imposibilidad de compatibilizar trabajo y pensión puede tener consecuencias adversas para los beneficiarios de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En muchos casos, la percepción de una pensión no es suficiente para cubrir todas las necesidades económicas del individuo, especialmente en situaciones donde los costos de vida o las necesidades médicas o de cuidado son elevados. Permitir la compatibilidad entre pensión y trabajo en actividades adaptadas podría aliviar la situación financiera de estos individuos, proporcionándoles una mayor estabilidad económica y una fuente adicional de ingresos.

Sin embargo, la sentencia cierra esta posibilidad, lo que podría empujar a los beneficiarios a una situación de mayor dependencia del sistema de seguridad social, con menos oportunidades para mejorar su situación económica a través del trabajo y fomentar, que duda cabe, el trabajo en negro.

5.3. Incertidumbre jurídica y aumento del litigio

Otra consecuencia importante de esta sentencia es la incertidumbre jurídica que puede generar. Al adoptar una postura restrictiva en cuanto a la compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente, el Tribunal Supremo ha dejado abierta la posibilidad de que este tema vuelva a ser objeto de debate en futuras decisiones judiciales. De hecho, no es descartable que, a la luz de esta sentencia, se planteen nuevos recursos ante el Tribunal Constitucional o incluso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para cuestionar la conformidad de la normativa española con los principios de inclusión laboral y no discriminación establecidos en el derecho comunitario e internacional y la propia legislación nacional en ciernes cuando se apruebe el actual proyecto de ley de reforma del supuesto de extinción en caso de declaración de incapacidad permanente y la obligación de la empresa de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo o cambiar de puesto de trabajo al trabajador.

6. CONCLUSIONES

En términos generales, la sentencia de 11 de abril de 2024 refuerza una interpretación restrictiva y desactualizada de la relación entre incapacidad permanente y trabajo. Si bien es comprensible que el Tribunal Supremo se apoye en la redacción literal del artículo 198 de la LGSS, su análisis no parece tener en cuenta la evolución del derecho comunitario y de los derechos humanos en materia de discapacidad.

Además, el enfoque de la sentencia no tiene en cuenta la realidad de muchas personas con discapacidad que, pese a tener una incapacidad permanente, pueden desempeñar actividades laborales adaptadas a sus limitaciones. Al excluir la compatibilidad entre trabajo y pensión, el Tribunal cierra una puerta importante para la integración laboral y la mejora de la calidad de vida de estas personas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2024 representa un paso atrás en la evolución hacia una mayor compatibilidad entre incapacidad permanente y trabajo. Al mantener una postura rígida, el Tribunal refuerza un modelo de protección social que no facilita la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Además, esta decisión parece contradecir las obligaciones internacionales de España en materia de derechos humanos y discapacidad, tal como establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Directiva 2000/78/CE.

Si bien el Tribunal se ha basado en una interpretación literal de la LGSS, es necesario que se adopte una visión más progresista y acorde con los derechos laborales y sociales de las personas con discapacidad. En lugar de excluirlas del mercado laboral, las políticas públicas y judiciales deben enfocarse en facilitar la adaptación de los empleos a las capacidades funcionales de estas personas, promoviendo su inclusión y autonomía económica.

A futuro, es fundamental que se revisen las normativas y se adopte una interpretación más acorde con los principios de inclusión laboral y no discriminación. De lo contrario, esta sentencia podría dar lugar a una mayor judicialización del tema, con el consiguiente riesgo de conflicto con el derecho comunitario. Por tanto, resulta esencial repensar el sistema de protección social de las personas con discapacidad para hacerlo más inclusivo, flexible y respetuoso de sus derechos humanos y laborales.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 179-190

Las prestaciones a corto plazo en el sistema de seguridad social nicaragüense. Comentario a la Sentencia del Tribunal Nacional Laboral de Apelación de 7 de abril de 2022

Short-term benefits in the Nicaraguan social security system. Commentary to the National Labour Court of Appeal Ruling of 7 April 2022

Luis Ernesto Alemán-Madrigal

Máster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social, Universidad de Alcalá.
Investigador Predoctoral, Universidad de Salamanca
https://orcid.org/0000-0003-3318-6967

Sumario

1. **Introducción**
2. **La incapacidad temporal**
   2.1. Delimitación de la situación protegida
   2.1.1. La existencia de un proceso patológico
   2.1.2. El carácter temporal de la incapacidad
   2.1.3. La certificación médica de la incapacidad
   2.2. Beneficiarios e importe de las prestaciones
3. **Sentencia TNLA número 166 de 07 de abril de 2022**
   3.1. Antecedentes procesales y posición de la parte apelante
   3.2. Valoración jurídica de la sentencia
4. **CONCLUSIONES**
5. **BIBLIOGRAFÍA**

Fecha Recepción: 12/10/2024
Fecha Revisión: 1/12/2024
Fecha Aceptación: 1/12/2024

Cita Sugerida: ALEMÁN-MADRIGAL, L.E.: «Las prestaciones a corto plazo en el sistema de seguridad social nicaragüense. Comentario a la Sentencia del Tribunal Nacional Laboral de Apelación de 7 de abril de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 179-190.

Resumen

Se ofrece un análisis de las prestaciones a corto plazo en el sistema de seguridad social nicaragüense, tomando como referencia la sentencia número 166 del Tribunal Nacional Laboral de Apelación del 07 de abril de 2022. Se examina la normativa vigente y el contexto de la resolución, con el fin de valorar jurídicamente la resolución. A través de un enfoque comparativo, se discuten las implicaciones de la sentencia y su impacto en los derechos de los asegurados en Nicaragua. Finalmente, se concluye que la resolución fundamenta su fallo en una interpretación errónea de la Ley de Seguridad Social.

Palabras clave

Prestaciones por riesgos de trabajo; Prestaciones a corto plazo; Tribunal Nacional Laboral de Apelación de Nicaragua

Abstract

An analysis of short-term benefits in the Nicaraguan social security system is provided, taking as a reference ruling number 166 of the National Labour Court of Appeal of 7 April 2022. The current legislation and the context of the decision are examined in order to make a legal assessment of the decision. Through a comparative approach, the implications of the ruling and its impact on the rights of insured persons in Nicaragua are discussed. Ultimately, it was concluded that the decision was based on an erroneous interpretation of the Social Security Act.

Keywords

Occupational hazard benefits; Short-term benefits; National Labour Court of Appeal of Nicaragua

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la acción protectora, los sistemas de seguridad social establecen una distinción clara entre prestaciones a largo plazo y las prestaciones a corto plazo; las primeras se caracterizan por otorgarse durante un período indeterminado, generalmente vitalicio, mientras que las segundas, de duración más limitada, están destinadas a cubrir contingencias de carácter temporal, cuya extensión puede variar significativamente en función de la naturaleza del riesgo cubierto y las circunstancias del beneficiario.

Beveridge, en su clasificación de los beneficios económicos dentro de la seguridad social, identificó cuatro principales:

1) Prestación: constituyen pagos periódicos otorgados durante el tiempo que persista la necesidad, como es el caso de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, maternidad o desempleo.

2) Pensión: pagos periódicos relacionados con la pérdida prolongada o permanente de la capacidad de generar ingresos, debido a la edad (vejez), la incapacidad o la muerte (pensiones de viudedad u orfandad).

3) Subsidio: pagos únicos destinados a satisfacer una necesidad específica, como los gastos derivados de un matrimonio o defunción.

4) Asignación: pagos periódicos otorgados en favor de personas dependientes, como ocurre con las asignaciones familiares.

La clasificación propuesta por Beveridge no siempre se sigue de manera estricta, los términos utilizados para designar los diferentes beneficios de seguridad social tienden a variar y, en muchas ocasiones, se confunden entre sí. Un ejemplo claro de esta confusión es la terminología empleada en algunos sistemas de seguridad social, donde los beneficios económicos por enfermedad o maternidad, que según la clasificación beveridgiana corresponden a «prestaciones», son denominados «subsidios»[1].

La duración de las prestaciones económicas en los sistemas de seguridad social está intrínsecamente relacionada con la naturaleza de la contingencia que se busca proteger. En los casos que dicha contingencia es permanente o irreversible —como la vejez—, la incapacidad permanente o el fallecimiento de un trabajador, la respuesta del sistema debe ajustarse a la permanencia de estas situaciones; en consecuencia, las prestaciones serán de largo plazo. En contraste, cuando la contingencia es temporal, las prestaciones también estarán limitadas en su duración, reservándose para situaciones en las que la pérdida de ingresos es temporal, como la interrupción laboral causada por enfermedad, accidente[2], descanso por maternidad, o por la pérdida temporal de empleo.

En las contingencias descritas, las prestaciones económicas otorgadas por los sistemas tienen como objetivo compensar la pérdida temporal de ingresos, garantizando un sustento mientras el

[1] Término utilizado en Nicaragua para referirse a las prestaciones a corto plazo. Así el Decreto 974, de 11 de febrero de 1982, Ley de Seguridad Social (La Gaceta Diario Oficial núm. 34, de 22 de febrero de 2022), en el artículo 94 utiliza el término subsidio por maternidad y no prestación por maternidad.

[2] *Vid*., Tajadura Díez, M. y Puerto Barrio, A. M.: "Situación de incapacidad temporal: su extinción mediante alta médica y demás circunstancias que afectan la prestación económica", *E-Revista Internacional De La Protección Social*, vol. 8, n° 2, 2023, pp. 46-87.

trabajador se reintegra a su actividad laboral[3]. Esta dinámica de protección cobra particular relevancia en casos de incapacidad temporal, ya sea por enfermedad o accidente, donde el trabajador se encuentra imposibilitado para desempeñar sus labores de manera habitual; a partir de aquí, es fundamental examinar en detalle las características y requisitos de este tipo de prestación[4].

2. LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal constituye una de las principales prestaciones a corto plazo dentro del seguro social nicaragüense, destinada a proteger a los trabajadores que, debido a un accidente o enfermedad, ya sea de origen común o laboral, se ven imposibilitados de continuar con su actividad remunerada de manera transitoria. Benavides Vico define esta situación como una «pérdida de la capacidad laboral por una alteración de la salud que supone la imposibilidad meramente transitoria para el desarrollo de la prestación laboral»[5], enfatizando su carácter temporal y diferenciado respecto a otras contingencias de mayor duración. En el marco normativo nicaragüense, la regulación de esta prestación se encuentra en los artículos 92 al 101 del Decreto 974/1982, que establecen los requisitos para su acceso y los criterios para el cálculo de su cuantía, garantizando una compensación económica durante el período de inactividad.

2.1. Delimitación de la situación protegida

La incapacidad temporal es reconocida para aquellos trabajadores, dependientes o autónomos, que deben interrumpir su actividad laboral de manera transitoria debido a una condición de salud, así una vez «Actualizado el riesgo cualquiera que sea su origen común o profesional, y siempre que se provoque una alteración de salud con efecto incapacitante de carácter transitorio, el trabajador cesará temporalmente de su actividad profesional, quedando inmerso en la contingencia temporal protegida por los sistemas de protección social»[6]. Esta interrupción se fundamenta en la imposibilidad del trabajador para continuar desempeñando sus funciones debido a una incapacidad laboral, la cual suele estar originada por una enfermedad o accidente, en este contexto, las prestaciones otorgadas buscan paliar la falta de capacidad para generar ingresos durante el período en que el trabajador se encuentre incapacitado, asegurando así una protección económica mientas se prolonga dicha situación.

Como se ha señalado, la finalidad de la protección es mitigar la pérdida económica, total o parcial, que surge ante la interrupción temporal de la actividad que permite la obtención de ingresos. Para que se configure el supuesto de incapacidad temporal, objeto de dicha protección, es necesaria la concurrencia de tres elementos fundamentales:

1) La existencia de un proceso patológico, derivado de una enfermedad o accidente, que cause una alteración significativa en el estado de salud del trabajador, de tal gravedad que le impida llevar a cabo su actividad económica.

[3] *Vid*., Crespí Ferriol, M. del M.: "Get well or get back to work? Why some European countries want sick staff to return while others leave them to recover", *The Conversation*, 15 diciembre de 2022. Consultarse en https://theconversation.com/get-well-or-get-back-to-work-why-some-european-countries-want-sick-staff-to-return-while-others-leave-them-to-recover-196005

[4] Ramírez, J.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 2006, «La alteración en la salud de un sujeto y las deficiencias físicas o psíquicas al mismo inherentes originan una merma en la capacidad de realización de tareas habituales del sujeto entre las que podemos enunciar, si así fuera, la de sus actividades profesionales, materializadas bien en su prestación de servicios por cuenta ajena o en tareas por cuenta propia».

[5] Benavides Vico, A.: *Guía del experto en Seguridad Social. Acción protectora, asistencia sanitaria, nacimiento y cuidado del menor, riesgo durante el embarazo y lactancia, incapacidad permanente, jubilación y desempleo (II)*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 271.

[6] VVAA.: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, De Buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E. (Coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp. 683.

2) Que dicha incapacidad tenga un carácter temporal, es decir, que se prevea una eventual recuperación de la capacidad al trabajo.

3) Que tanto la enfermedad o accidente, así como su impacto en la capacidad laboral, sean verificados y certificados por los organismos competentes, usualmente dependientes del sistema de seguridad social.

En el marco normativo nicaragüense, el artículo 93 del Decreto 974/1982 regula los elementos esenciales de la incapacidad temporal. Este precepto dispone que la contingencia sufrida por el asegurado (estado patológico), debe ser constatada y certificada por los servicios médicos de sistema (verificación y certificación de organismo competente). Una vez verificada la incapacidad, la persona asegurada tiene el derecho a recibir un subsidio equivalente al 60% de su salario cotizado, el cual mantendrá vigente durante el período de incapacidad, con un límite máximo de 52 semanas (elemento temporal de la contingencia y del pago de la prestación).

2.1.1. La existencia de un proceso patológico

Constituye el factor esencial para el reconocimiento de una prestación económica por incapacidad temporal, siendo imprescindible que se produzca una alteración en el estado de salud del trabajador, derivada de una enfermedad o accidente, de tal magnitud que impida la ejecución de las funciones que desempeñaba previamente. La relevancia de esta alteración radica en su impacto sobre la capacidad para realizar la actividad laboral, no siendo suficiente que el trabajador experimente una merma en su salud, sino que dicha alteración debe generar una incapacidad que requiera un período de reposo necesario para la recuperación.

El proceso patológico puede ser consecuencia de un accidente, sea éste de origen laboral o no, o de una enfermedad, ya sea común u originada en el trabajo; todos estos supuestos son contemplados por el ordenamiento jurídico de tal forma que, si las dolencias alcanzan un grado de gravedad determinado, provocan la baja laboral, la suspensión del contrato y, eventualmente, la exoneración de la obligación empresarial de pagar los salarios. Para que proceda la prestación económica por incapacidad temporal, es necesario que se verifique una pérdida temporal de ingresos o salarios, lo que justifica la intervención de la seguridad social para sustituirlos.

2.1.2. El carácter temporal de la incapacidad

El segundo requisito que condiciona el acceso y la continuidad en el disfrute de la prestación económica es la temporalidad de la incapacidad, la que puede finalizar con la recuperación del trabajador o, en su defecto, derivar hacia una incapacidad permanente, cuando es seguro o previsible que la capacidad laboral no se restituya.

El carácter temporal de la incapacidad se suele establecer en los ordenamientos jurídicos de seguridad social, a partir de un período mínimo de duración para que proceda su pago. En la mayoría de los sistemas, la prestación se concede únicamente cuando la incapacidad supera un umbral entre tres y cuatro días; sin embargo, este período de espera no se aplica en los casos que la contingencia tenga origen laboral, pues la prestación se suele activar de manera inmediata.

El período de espera o «carencia» en Nicaragua, es de tres días, según el artículo 93 del Decreto 974/1982, por lo que, la protección inicia a partir del cuarto día de incapacidad. No obstante, si la enfermedad o accidente requiere hospitalización, la prestación se concede desde el primer día; por otro lado, cuando la incapacidad se origina a causa de un riesgo laboral, el trabajador tiene derecho a

recibir la prestación desde el día siguiente al accidente, siendo responsabilidad del empleador el pago correspondiente al día del accidente.

En la generalidad de los sistemas de seguridad social, las prestaciones económicas por incapacidad temporal suelen tener un límite temporal de duración máxima en su percepción, con independencia de que durante ese tiempo la alteración de la salud se haya o no recuperado, lo cual resulta paradójico, ya que a medida que se extiende la incapacidad, también se prolonga la pérdida de capacidad para generar ingresos, lo que agrava significativamente las consecuencias económicas para el asegurado.

El Decreto 974 en su artículo 93, establece de manera expresa un plazo máximo de 52 semanas para el disfrute de la prestación en casos de accidente o enfermedad de origen común. En cambio, en el caso que la contingencia tenga su origen en el trabajo, dicho plazo de 52 semanas, puede ser prorrogado por seis meses más. Lo anterior se complementa con la legislación laboral sustantiva[7], la que en su artículo 37 dispone que la suspensión del contrato de trabajo por contingencias de origen laboral es de hasta un máximo de 12 meses, y en el caso de contingencias de origen común, ésta ser hasta de 26 semanas, prorrogables por igual período. No obstante, el numeral primero del referido artículo otorga a las autoridades de la seguridad social la facultad de determinar los términos de conclusión de la incapacidad

2.1.3. La certificación médica de la incapacidad

La situación objeto de protección debe ser verificada por los organismos de seguridad social, con el fin de acreditar tanto la existencia del proceso patológico como su incidencia en la capacidad laboral; en consecuencia, todos los sistemas exigen la comprobación médica de la enfermedad o del accidente y que este sea de tal magnitud que incapacite al trabajador para asistir a su puesto o desarrollar su actividad económica. Esta exigencia «de recibir asistencia sanitaria es determinante para la prestación, el criterio administrativo es considerar que cuando un trabajador se encuentre incapacitado temporalmente para su trabajo, pero no precisa asistencia sanitaria, no se considera como situación protegida para esta prestación»[8].

La constatación médica de la incapacidad temporal tiene efectos significativos, no solo en el ámbito de las prestaciones económicas, sino también en relación con los derechos y deberes tanto del trabajador como de la empresa. En ese sentido, los certificados médicos que acreditan la baja o el alta[9] por incapacidad temporal justifican la ausencia del trabajador y determinan la reanudación de

[7] Ley 185, de 30 de octubre de 1996, Código del Trabajo (La Gaceta Diario Oficial núm. 205, de 30 de octubre de 1996).

[8] *Op. cit.,* Benavides Vico, A., p. 273.

[9] *Vid.,* Fernández, J.: "Se acabó enseñar la baja médica a tu jefe: cómo funcionará la nueva reforma para justificar ausencias", *Xataca*, 03 de enero de 2023. Consultarse en https://www.xataka.com/empresas-y-economia/se-acabo-ensenar-baja-medica-a-tu-jefe-como-funcionara-nueva-reforma-para-justificar-ausencias

sus obligaciones laborales[10]. Asimismo, estos documentos fundamentan la suspensión del salario por parte del empleador durante el período que dure la incapacidad temporal[11].

2.2. Beneficiarios e importe de las prestaciones

El acceso a la prestación económica por incapacidad temporal está condicionado a la acreditación de un período previo de cotización, salvo en aquellos casos en que la incapacidad derive de una contingencia laboral; además, el importe de la prestación guarda una relación directa con las cotizaciones efectuadas antes de producirse la incapacidad.

En Nicaragua, el requisito de semanas cotizadas para acceder a las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de una enfermedad o accidente de origen común —considerando que dicho requisito no es exigible en casos de contingencia de origen laboral— es de ocho cotizaciones semanales dentro de las últimas 22 semanas previas a la fecha de inicio de la incapacidad, conforme el artículo 93 del Decreto 974.

La cuantía de las prestaciones económicas por incapacidad temporal se determina aplicando un porcentaje sobre el salario percibido por el trabajador antes de la baja o, de manera más frecuente, sobre el salario cotizado en el mes anterior a la incapacidad temporal; los porcentajes aplicables al salario o a la base de cotización varían entre los distintos sistemas de seguridad social. Asimismo, los sistemas de seguridad social suelen imponer a los empleadores la obligación de cubrir las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal durante el primer período de la enfermedad; además, es común que, a través de la negociación colectiva o mediante acuerdos individuales, los empleadores puedan contemplar las prestaciones otorgadas por el sistema de seguridad social.

En Nicaragua, los artículos 93 y 99 del Decreto 974 disponen que el importe de las prestaciones por incapacidad laboral corresponde al 60% del promedio de las ocho últimas semanas cotizadas dentro de las 22 semanas previas a la fecha de inicio de la incapacidad.

3. SENTENCIA TNLA NÚMERO 166 DE 07 DE ABRIL DE 2022

El Tribunal Nacional Laboral de Apelación (TNLA), en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 815/2012[12], actúa como la instancia judicial competente en Nicaragua para conocer en apelación las resoluciones emitidas por los Juzgados del Trabajo y de la Seguridad Social. Sus decisiones adquieren el carácter de cosa juzgada, lo que implica la imposibilidad de interponer nuevos

[10] *Op. cit.,* Ramírez, J., «la situación de IT como causa suspensiva de las prestaciones básicas del contrato va más allá en su duración de lo que la legislación de Seguridad Social marca para la prestación económica. Si, como hemos dicho, prestación de Seguridad Social y suspensión van íntimamente unidas, una vez declarada la situación de IT mediante el cumplimiento de sus correspondientes trámites y comunicada la misma al empleador, la suspensión de las prestaciones básicas del contrato por IT se inicia sin que la voluntad en contra de dicho empleador tenga efecto alguno. El requisito determinante para el inicio de la suspensión, en estos casos, en entregar al empresario tempestivamente -tres días desde su expedición- el parte médico de baja, sin necesidad de ofrecer más explicaciones sobre cuál es la situación determinante que imposibilita el trabajo. En el supuesto de enfermedades cuya duración sea inferior a tres días -dado que este es el plazo establecido por la norma para presentar el parte de baja médico- debemos indicar que la empresa o bien exige la tramitación correspondiente aun tratándose tan sólo de un día de inasistencia al trabajo o exige únicamente un justificante de asistencia o visita médica.»

[11] *Ibidem.,* «La concurrencia de estas circunstancias, la imposibilidad de prestar temporalmente servicios y por tanto, la deficiencia de ingresos por ello motivada, reclama una protección desde dos ámbitos: el laboral, protegiendo la relación laboral de la que el sujeto es titular, y desde el Sistema de Seguridad Social, otorgándose desde el mismo una prestación patrimonial de carácter público.»

[12] de 23 de noviembre de 2012, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua (La Gaceta Diario Oficial núm. 229, de 29 de noviembre de 2012).

recursos «salvo los remedios de aclaración o ampliación que serán resueltos de acuerdo a lo señalado en este Código»[13].

3.1. Antecedentes procesales y posición de la parte apelante

Ante el Juzgado de Distrito del Trabajo y de la Seguridad Social de la ciudad de Chinandega, compareció la demandante Gabriela Luna García, quien interpuso demanda laboral ordinaria contra la Alcaldía Municipal de Chinandega, en la que reclamaba el pago de vacaciones, décimo tercer mes, así como la multa por el atraso en su pago; adicionalmente, solicitaba el complemento de salarios dejados de percibir y la indemnización prevista en el artículo 45 del Código del Trabajo[14]. En su fallo el juez *a quo* resolvió declarar parcialmente con lugar las pretensiones de la demandante.

La parte trabajadora, interpuso recurso de apelación alegando que la sentencia emitida por el juez de primera instancia la perjudicaba al ordenar la deducción de 165,301.72 córdobas, correspondientes a salarios que había percibido en concepto de subsidios que no fueron pagados por el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS)[15]; dicha responsabilidad, según su alegato, recaía en la Alcaldía, al no haber enterado correctamente las cotizaciones correspondientes al INSS.

3.2. Valoración jurídica de la sentencia

El TNLA, como máxima instancia judicial en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Nicaragua, no sólo desempeña una labor jurisdiccional, sino también una función pedagógica, lo que es abiertamente reconocido por la misma autoridad al indicar en sus diferentes sentencias que tienen a su cargo una labor de educación[16]. Es por ello, que sus fallos deben ser objeto de análisis para verificar que no solo garanticen la seguridad jurídica, sino que contribuyan al fortalecimiento del conocimiento ciudadano en el ejercicio de sus derechos fundamentales tanto el ámbito laboral como de la seguridad social.

En la sentencia, el TNLA inicia señalando que los seguros sociales son «aquellos sistemas previsionales y económicos que cubren los riesgos a que se encuentran sometidas ciertas personas, principalmente los trabajadores, a fin de mitigar al menos, o de reparar siendo factible, los daños, perjuicios y desgracias que pueden ser víctimas involuntarias, o sin mal fe, en todo caso; cuando todos los riesgos y las contingencias personales, familiares y económicas se agrupan en un solo régimen de aseguración, entonces el seguro social es el que ampara cualquier eventualidad adversa para el asegurado». Esta definición, aunque acertada en algunos aspectos, revela una imprecisión conceptual, pues el TNLA parece fusionar elementos propios de distintas etapas históricas en la protección social.

En primer lugar, la referencia a una función reparadora se aleja del carácter inicial de los seguros sociales, cuya naturaleza era más limitada en términos de cobertura, estando vinculada a contingencias específicas de los trabajadores, una idea más cercana al modelo bismarkiano. No

[13] Artículo 136 Ley 815.

[14] «Cuando el empleador rescinda el contrato de trabajo por tiempo indeterminado y sin causa justificada pagara al trabajador una indemnización equivalente a: 1) Un mes de salario por cada uno de los primeros tres años de trabajo; 2) Veinte días de salario por cada año de trabajo a partir del cuarto año. En ningún caso la indemnización será menor de un mes ni mayor de cinco meses. Las fracciones entre los años trabajados se liquidarán proporcionalmente.»

[15] Artículo 3 del Decreto 974, «La organización, ejecución y administración del Seguro Social estará a cargo de un Ente Autónomo del Estado, de duración indefinida, con patrimonio propio, personalidad jurídica y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, denominado Instituto Nicaragüense de Seguridad Social.»

[16] *Vid*., Sentencia del Tribunal Laboral de Apelación de Nicaragua, de 21 de abril de 2022, sentencia número 178; Sentencia del Tribunal Laboral de Apelación de Nicaragua, de 02 de junio de 2022, sentencia número 273: Sentencia del Tribunal Laboral de Apelación de Nicaragua, de 22 de septiembre de 2022, sentencia número 416, etc.

obstante, al aludir a la agrupación de todos los riesgos y contingencias, el TNLA se aproxima a los principios planteados por Beveridge, quien proponía una cobertura universal «tendencia hacia la universalización de la cobertura, de forma que abarque a toda la población»[17] a la vez que «lleva implícita una tendencia hacia la unificación y homogeneidad de los riesgos objeto de cobertura»[18].

El sistema de protección social nicaragüense, es un modelo predominantemente bismarkiano, en el cual la cobertura y prestaciones están limitadas y vinculadas a mitigar las consecuencias de los riesgos y a las cotizaciones de los trabajadores. Sin embargo, la gestión presenta rasgos que se alinean con el enfoque de Beverdige. Consideramos que el TNLA, al emitir las sentencias en el ámbito del Derecho de Seguridad Social, debe tener presente las distintas formas de protección social en la historia, para así contextualizar sus fallos e identificar las posibles reformas que un sistema con estas características necesita para responder adecuadamente a las necesidades de sus asegurados.

Continuando con el análisis de la sentencia, la autoridad judicial señala que, en el caso que resuelve, se deben cumplir dos condiciones esenciales para otorgar protección por el seguro social: por un lado, quedarse sin trabajar (paro forzoso), y por otro, que sufra una lesión física o psíquica a consecuencia de la prestación de su servicio, ya sea por accidente de trabajo o enfermedad profesional. El TNLA complementa la reflexión adhiriéndose según ellos, a la corriente más moderna en la materia, que propone enfocarse en los efectos de la contingencia, más que en su causa. Según esta doctrina, se busca «eliminar o al menos minimizar la diferencia entre la enfermedad común y la ocupacional o profesional y entre el accidente ordinario y el de trabajo».

Nuevamente el TNLA formula sus argumentos considerando que en el país existe un modelo de protección bajo la seguridad social en sentido amplio, y no estrictamente bajo los lineamientos establecidos por el seguro social. La propuesta de minimizar la diferenciación entre contingencias comunes y las de origen laboral no resulta acorde con la organización del sistema nicaragüense, el que, en primer lugar, los requisitos *ex lege* para acceder a la protección distan mucho de ser similares y en segundo lugar, existe una diferenciación clara en los regímenes de aseguramiento: las contingencias comunes son cubiertas por el seguro de enfermedad y maternidad, mientras que las de origen laboral son cubiertas exclusivamente por el seguro de riesgos profesionales, financiado íntegramente por los empleadores.

En lo que respecta a la protección de las contingencias laborales, el seguro de riesgos organiza su acción protectora conforme a los principios de la teoría del riesgo profesional, una teoría que exige como elemento central para la cobertura, el nexo de causalidad entre la contingencia y el trabajo realizado. Por tanto, la idea de desatenderse de la causa, como sugiere el TNLA, se aleja considerablemente de la realidad jurídica y práctica del sistema nicaragüense.

En el análisis de la sentencia se identifica que el TNLA coincide con los requisitos doctrinales exigidos para la suspensión de los contratos de trabajo a causa de incapacidad temporal al trabajo «Se plantean como requisitos para que la enfermedad o el accidente justifiquen la suspensión, primero, que se trate de una dolencia impediente, es decir, que imposibilite la concurrencia al centro de trabajo y el desempeño de las labores; un simple malestar o un accidente leve puede explicar una ausencia breve, más no una suspensión. En segundo lugar, la inculpabilidad, especialmente en materia de infortunio laboral. Desde el punto de vista formal, se exige la comunicación oportuna del hecho, tanto para evitar responsabilidades disciplinarias, cuanto para permitir al empleador la cobertura de la vacante temporal con un reemplazante. Natural consecuencia de la suspensión es la prohibición

[17] Alemán-Madrigal, L. E.: "Evolución de la protección social y su adecuación en Nicaragua", *E-Revista Internacional De La Protección Social*, vol. 8, n° 2, 2023, p. 260.

[18] *Ibidem*.

para trabajar: carecería de sentido que el laborante quedara exonerado de cumplir su obligación frente a su principal y que se desempeñara para una tercera persona», haciendo alusión al requisito de la existencia de un proceso patológico que cause alteración significativa que le impida llevar a cabo su actividad económica.

En cuanto al requisito de verificación de la enfermedad o accidente, indicó la autoridad judicial que, las legislaciones suelen reconocer explícitamente el derecho del empleador a comprobar la efectividad del evento morboso[19], pero no son unánimes en cuanto a los efectos de una constatación negativa, en especial cuando el trabajador recibe tratamiento médico en una institución estatal o de la seguridad social, casos en los cuales se suele dar prioridad al dictamen médico oficial sobre el particular.

Por último, el Tribunal aborda el requisito referente a la temporalidad de la contingencia y los períodos de espera de previo abordados «En materia retributiva, lo que correspondería dentro de un régimen adecuado de seguridad social es una suspensión perfecta, quedando el empleador exonerado de pagar remuneraciones y subsidios, los que tienen que ser sufragados por el instituto respectivo. En efecto, el pago de subsidios por enfermedad o accidente está presupuestado dentro de los costos que se cubren con la cotización que abonan trabajadores y empleadores. La normatividad sobre seguridad social excluye a veces el pago de subsidio por los primeros días de incapacidad, ello obedece a causas económicas y psicológicas. Es sabido, en efecto, que los días más costosos son los primeros de toda enfermedad, aunque sólo fuera por la circunstancia obvia de que son inevitables. La enfermedad de larga duración, entendiéndose por tal la que supera 20 o 30 días, es excepcional, estadísticamente esporádica. El pago de subsidio desde el primer día constituye un aliciente al ausentismo. Por eso, muchas legislaciones disponen que los primeros días de eventual ausencia no sean compensados, lo que actúa como ticket moderador, como una limitación psicológica contra el abuso. En el otro extremo, la incapacidad derivada de enfermedad o accidente tiene un plazo máximo de duración: un año prorrogable por un año más en casos especiales según regla aparentemente universal. Vencido ese plazo, si la persona no es dada de alta para reincorporarse al trabajo, la suspensión se transforma en terminación del contrato, pues la incapacidad temporal es declarada invalidez permanente, pasando el trabajador a la condición de pensionista».

El TNLA concluye su análisis reflexionando acerca de la aplicación rigurosa de los requisitos legales y convencionales que rigen el derecho al otorgamiento de prestación económica en caso de incapacidad al trabajo, resaltando que la mera afiliación al sistema de seguridad social no otorga automáticamente el derecho a obtener el 100% de salario durante el período de incapacidad, lo que fundamenta en lo contenido en los artículos 93 y 99 del Decreto 974/1982, que exigen que el trabajador cuente con un mínimo de ocho semanas cotizadas de las 22 anteriores previo al evento que genere la incapacidad. Este requisito que la trabajadora no cumplía, fundamenta su decisión de avalar la deducción salarial que el empleador había aplicado, ya que constató que la trabajadora recibió más del monto al que tenía derecho según la ley.

4. CONCLUSIONES

La sentencia refuerza la importancia del estricto cumplimiento de los períodos de cotización, tanto para el acceso de la prestación económica como para la aplicación de cláusulas de convenios

[19] *Vid*., Andrés, R.: "Los trabajadores de Tesla en Alemania de baja médica están recibiendo una visita inesperada: la de sus jefes". En *Xataca*, 02 de octubre de 2024. Consultarse en https://www.xataka.com/movilidad/trabajadores-tesla-alemania-baja-medica-estan-recibiendo-visita-inesperada-sus-jefes

colectivos[20], que en este caso ofrecía un beneficio adicional a los trabajadores de la Alcaldía de Chinandega. Sin embargo, el tribunal aclara que, incluso cuando existan beneficios contractuales, estos deben ajustarse a lo dispuesto por la ley, y en casos como el que se analizó, es claro que no basta con haber sufrido un accidente de trabajo para obtener el 100% del salario durante la incapacidad, sino que se requiere cumplir con los criterios temporales de cotización, lo que la trabajadora no pudo acreditar.

La resolución del TNLA ratifica la procedencia de la deducción salarial, al concluir que no se cumplió con las semanas de cotización exigidas para recibir el 100% del salario durante la incapacidad, resaltando la rigidez para el acceso a prestaciones económicas de corto plazo. Sin embargo, es necesario aclarar que, a diferencia de las contingencias comunes, en las cuales la normativa exige un período de cotización para acceder a las prestaciones, las contingencias laborales no lo requieren, tal y como se logra inferir de lo regulado en el artículo 99 del Decreto 974 « El asegurado que haya sufrido Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional y se encuentre en estado de incapacidad temporal para el trabajo, tendrá derecho a partir del día siguiente del riesgo a un subsidio diario igual al 60% de salario promedio calculado en igual forma que el subsidio por enfermedad común. Si el accidente ocurriera antes del período prescrito el promedio diario será el que corresponda a las semanas cotizadas y a falta de éstas, con la categoría de salario contractual del asegurado. La remuneración del día del accidente estará íntegramente a cargo del empleador».

Del previo análisis, se concluye que el beneficio económico por incapacidad temporal, aunque calculado de manera similar para contingencias comunes y laborales, presenta diferencias significativas en sus requisitos de acceso[21]. En la sentencia estudiada, la contingencia era de origen laboral, lo que otorga a la trabajadora protección desde el inicio de la relación laboral conforme a la teoría del riesgo profesional vigente en Nicaragua. Sin embargo, el TNLA, erró al exigir, como requisito previo, un período mínimo de cotización aplicable exclusivamente a contingencias comunes. Esta confusión vulnera la seguridad jurídica de los asegurados, dado que, según el artículo 99 del Decreto 974/1982, las contingencias laborales no están sujetas a tales exigencias, sino que el derecho a la prestación económica se activa desde el día siguiente a la declaración del accidente o la enfermedad. Por tanto, el fallo, al incorporar requisitos ajenos a la normativa aplicable, afecta el acceso efectivo a la prestación y desvirtúa el principio protector del seguro social frente a riesgos de trabajo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alemán-Madrigal, L. E.: "Evolución de la protección social y su adecuación en Nicaragua", *E-Revista Internacional De La Protección Social*, vol. 8, n° 2, 2023, pp. 245-284. DOI: http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.11

[20] Indica el TNLA «Así mismo, tenemos que el convenio colectivo de los trabajadores de la Alcaldía Municipal de Chinandega señala en su cláusula No. 21 que: "Los subsidios. La institución se compromete a entregar al cien por ciento del salario mientras el trabajador permanezca de subsidio debidamente autorizados por las autoridades del INSS o de las clínicas adscritas al INSS, en el entendido que la institución asuma el 40% del último salario recibido del mes donde se incluya horas extras, riesgos y comisiones. El 60% restante se pagará conforme la ley del INSS y la alcaldía posteriormente gestionará con autorización del trabajador ante el INSS ese 60%, cuando el trabajador se encuentre de reposo por accidente de trabajo o enfermedad profesional».

[21] Artículo 93 Decreto 974 «Cuando la enfermedad que sufra un asegurado activo o cesante produzca incapacidad para el trabajo comprobada por los servicios médicos del Sistema Nacional Único de Salud, disfrutará mediante órdenes de reposo de un subsidio equivalente al 60% de la categoría en que esté incluido el promedio de las últimas 8 cotizaciones semanales dentro de las 22 semanas anteriores a la fecha inicial de la incapacidad. El subsidio se otorgará mientras dure la incapacidad y se pagará a partir del cuarto día de incapacidad y mientras dure esa situación hasta el plazo de 52 semanas. En los casos de enfermedad que requieran hospitalización y en los accidentes, el subsidio se pagará desde el primer día de la incapacidad. Las órdenes de reposo por incapacidad para el trabajo no podrán ser por períodos mayores de 30 días».

Andrés, R.: "Los trabajadores de Tesla en Alemania de baja médica están recibiendo una visita inesperada: la de sus jefes". En *Xataca*, 02 de octubre de 2024. Consultarse en https://www.xataka.com/movilidad/trabajadores-tesla-alemania-baja-medica-estan-recibiendo-visita-inesperada-sus-jefes

Benavides Vico, A.: *Guía del experto en Seguridad Social. Acción protectora, asistencia sanitaria, nacimiento y cuidado del menor, riesgo durante el embarazo y lactancia, incapacidad permanente, jubilación y desempleo (II)*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Crespí Ferriol, M. del M.: "Get well or get back to work? Why some European countries want sick staff to return while others leave them to recover". En *The Conversation*, 15 diciembre de 2022. Consultarse en https://theconversation.com/get-well-or-get-back-to-work-why-some-european-countries-want-sick-staff-to-return-while-others-leave-them-to-recover-196005

Fernández, J.: "Se acabó enseñar la baja médica a tu jefe: cómo funcionará la nueva reforma para justificar ausencias". En *Xataca*, 03 de enero de 2023. Consultarse en https://www.xataka.com/empresas-y-economia/se-acabo-ensenar-baja-medica-a-tu-jefe-como-funcionara-nueva-reforma-para-justificar-ausencias

Ramírez, J.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 2006.

Tajadura Díez, M. y Puerto Barrio, A. M.: "Situación de incapacidad temporal: su extinción mediante alta médica y demás circunstancias que afectan la prestación económica", *E-Revista Internacional De La Protección Social*, vol. 8, n° 2, 2023, pp. 46-87. DOI: https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.02

VVAA.: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, de buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E. (Coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp. 683-701.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 193-206

La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: una comparativa entre Italia y España

The sustainability of the social security system: a comparison between Italy and Spain

Javier Aibar Bernad *Funcionario perteneciente al Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-3927-5736

Sumario

1. LAS CARACTERISTICAS COMPARTIDAS POR ESPAÑA E ITALIA EN TORNO A LOS RETOS A LOS QUE SE ENFRENTA LA SEGURIDAD SOCIAL
   1.1. La baja natalidad y fecundidad. Alta esperanza de vida
   1.2. El déficit de los sistemas de Seguridad Social
   1.3. La tasa de sustitución de las pensiones
   1.4. Los recientes cambios en el mercado de trabajo
   1.5. La carencia de trabajadores cotizantes
   1.6. El trabajo irregular
2. ANALISIS DE LAS DIFERENTES SOLUCIONES ADOPTADAS POR ESPAÑA E ITALIA PARA ENFRENTAR LA SOSTENIBILIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL
   2.1. Medidas del Gobierno español que guardan relación con la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social
   2.2. Medidas del Gobierno italiano que guardan relación con la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social
   2.3. Medidas orientadas a limitar el acceso a los distintos tipos de jubilación anticipada
   2.4. Medidas consistentes en la reducción de las cotizaciones sociales en determinados supuestos
3. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ESPAÑOL E ITALIANO SOBRE LA SOSTENIBILIDAD Y LA SUFICIENCIA DEL SISTEMA DE PENSIONES
   3.1. Análisis de la sentencia 49/2015 del Tribunal Constitucional español
   3.2. Análisis de la sentencia 70/2015 del Tribunal Constitucional italiano

Cita Sugerida: AIBAR BERNAD, J.: «La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: una comparativa entre Italia y España». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 193-206.

Resumen

Los sistemas de Seguridad Social español e italiano comparten una serie de características que, en algunos supuestos, constituyen desafíos que se deben afrontar para preservar la sostenibilidad de las pensiones. Pero, asimismo, de cara a asegurar ese principio, los actuales respectivos gobiernos han desarrollado recientemente distintas medidas, que, sin duda, conducen a resultados que no siempre favorecen esa esencial sostenibilidad, como ocurre en el caso italiano. Asimismo, la doctrina establecida por los Tribunales Constitucionales de ambos países ha consistido en planteamientos también diferentes, en el caso italiano favoreciendo la existencia de medios económicos precisos para garantizar el mantenimiento de pensiones, de cuantía suficiente que permitan una vida adecuada de los ciudadanos, mientras que el alto tribunal español tiende a limitar este derecho.

Palabras clave

sostenibilidad; suficiencia; pensiones; Seguridad Social; reforma

Abstract

The Spanish and Italian social security systems share a number of characteristics which, in some cases, constitute challenges that need to be addressed in order to preserve the sustainability of pensions. However, in order to ensure this principle, the current respective governments have recently developed different measures, which undoubtedly lead to results that do not always favour this essential sustainability, as in the case of Italy. Likewise, the doctrine established by the Constitutional Courts of both countries has also taken different approaches, in the Italian case favouring the existence of the necessary economic means to guarantee the maintenance of pensions, of a sufficient amount to allow citizens to live an adequate life, while the Spanish high court tends to limit this right.

Keywords

sustainability; sufficiency; pensions; Social Security; reform

En el presente trabajo vamos a abordar la cuestión de la sostenibilidad de la Seguridad Social italiana y española, analizando en primer término características de ambos sistemas a través de su comparación, para estudiar a continuación como se está afrontando la cuestión de la financiación y la sostenibilidad económica de los sistemas de Seguridad Social en los dos países. En tercer lugar, abordaremos la orientación que se ha dado por los Tribunales Constitucionales español e italiano a este asunto.

El debate sobre las medidas para afrontar la sostenibilidad de la Seguridad Social se plantea en todos los países de la Unión Europea, pudiendo considerarse desde diferentes puntos de vista, compatibles en algunos casos entre sí:

— A través del despliegue de medidas para el control del gasto, que no tienen por qué suponer necesariamente una reducción de la protección, sino que la situación se puede afrontar a través de decisiones menos traumáticas y más flexibles, mediante incentivos para retrasar la edad de jubilación, o penalizando la salida anticipada de los trabajadores para obtener una pensión.

— A través de la adopción de diversos mecanismos para la mejora de los ingresos, en particular a través de las cotizaciones sociales o de las transferencias desde los Presupuestos del Estado.

En dicho debate resulta curioso que, en muchas ocasiones, cuando se aborda la situación de la financiación de la protección social, a la sostenibilidad se la asocia con el término "problema", olvidando que la Seguridad Social cumple una importante función de cohesión y vertebración social, y de permitir a los pensionistas que dispongan de una auténtica autonomía financiera, a la que deben acceder tras años de cotización. Todo ello exige que también se comprometa una parte de la riqueza nacional para financiar la protección social.

1. LAS CARACTERISTICAS COMPARTIDAS POR ESPAÑA E ITALIA EN TORNO A LOS RETOS A LOS QUE SE ENFRENTA LA SEGURIDAD SOCIAL

Existen algunas realidades comunes a España e Italia, que constituyen desafíos para mantener la sostenibilidad de la Seguridad Social.

1.1. La baja natalidad y fecundidad. Alta esperanza de vida

A los dos Estados les afecta tanto la baja natalidad registrada, que en Italia alcanza el 6,7 por cada 1.000 habitantes, y en España el 7,6, como su bajo índice de fecundidad, que en el caso español es de 1,16 nacimientos por mujer, y en el italiano del 1,25.

Igualmente comparten los dos países otro importante indicador, como es el de la alta esperanza de vida que, según los recientes datos facilitados por Eurostat, en Italia es de 83,8 años y en España 84 años.

En el caso italiano, según el Instituto Nacional de Estadística ISTAT, el descenso de la natalidad y el envejecimiento de la población están provocando el continuo empeoramiento de otro indicador, el llamado índice estandarizado de jubilación; en 2018 había 259 pensionistas por cada mil habitantes en Italia, en 2019 había 260, en 2020 eran 263 y en 2021 (último dato publicado), ascendían a 267.

1.2. El déficit de los sistemas de Seguridad Social

En los dos países se registra un déficit en los sistemas de Seguridad Social, similar en la actualidad en el importe, ya que en España se alcanzó, tras conocer los resultados de la ejecución presupuestaria de 2023, la cifra de 8.600 millones de euros, y en Italia de 9.800 millones de euros[1]. Sin embargo, la evolución del déficit en el sistema español muestra una mejora en los últimos ejercicios presupuestarios, mientras que en el caso italiano se aprecia lo contrario.

Para Italia, destacamos un factor que sin duda afecta negativamente en la evolución más reciente de los ingresos de Seguridad Social por cotizaciones (aunque veremos que hay otros también influyentes), y es la pérdida del poder adquisitivo de los salarios, una de las mayores del conjunto de los países de la Unión Europea; ello es así, ya que a partir de los salarios se determina la correspondiente base de cotización. En el informe del Instituto estadístico italiano ISTAT, presentado el 15 de mayo de 2024 en la Cámara de Diputados, por su presidente Francesco Maria Chelli, se subrayó la situación por la que atraviesan los ingresos por el trabajo, que en muchos casos, no protegen a las personas trabajadoras y a las familias de las dificultades económicas, puesto que la proporción de ocupados en riesgo de pobreza es del 11,5%, y en riesgo de pobreza absoluta es del 8,2%, añadiéndose a ello que el poder adquisitivo de los salarios brutos ha caído un 4,5% en los últimos 10 años.

1.3. La tasa de sustitución de las pensiones

La denominada tasa de sustitución o de reemplazo de las pensiones, que mide la proporción del importe de la pensión con el último salario percibido, alcanzó en España en 2023 el 80,4% y en Italia del 74,1%, según información actualizada recientemente por la OCDE[2].

1.4. Los recientes cambios en el mercado de trabajo

Ambos países se enfrentan a semejantes retos derivados de los cambios que se vienen produciendo en el mercado de trabajo, y que inciden de manera directa en la financiación de las pensiones.

A los retos clásicos a los que deben hacer frente los sistemas de Seguridad Social, se añade el control de la cotización que debe efectuarse en actividades que tienen que ver con nuevas formas de trabajo que emergen en torno al comercio electrónico, a las plataformas digitales, o la robotización y automatización de los procesos productivos.

Las Administraciones de Seguridad Social deben seguir adaptándose a nuevas realidades, incorporando mecanismos de control que impidan la ocultación de formas de trabajo que surjan de las mencionadas actividades y por las resulta obligado cotizar.

1.5. La carencia de trabajadores cotizantes

La escasez de trabajadores es un problema que afecta a muchos sectores y regiones en el ámbito de la Unión Europea. Tanto España como Italia padecen esa carencia de trabajadores, tanto cualificados como no cualificados, lo que genera dificultades para responder a las demandas de contratación de los empresarios.

[1] Dato provisional en el momento de elaboración del presente artículo.

[2] Pensions at a Glance 2023: OECD and G20 Indicators, OECD Publishing, Paris, pág. 153.

La publicación de 2023 elaborada por UNIONCAMERE[3] de Italia, sobre Previsiones de empleo y necesidades profesionales en Italia a medio plazo (2024-2028), describe los escenarios futuros del mercado laboral en Italia, estimando que se necesitarán por de pronto entre 3,1 y 3,6 millones de nuevos trabajadores en los próximos cinco años. La mayor parte de este requerimiento proviene de la exigencia de reposición, para dentro de unos pocos años, de trabajadores que abandonarán el mercado laboral, que será de 2,9 millones.

Asimismo, UNIONCAMERE edita informes mensuales sobre la situación del empleo en Italia, poniendo en cada uno de ellos de manifiesto las dificultades de las empresas para encontrar candidatos para la cobertura de los empleos ofertados. El porcentaje de difícil contratación sigue siendo alto, equivalente al 50% del total, especialmente debido a la falta de candidatos para cubrir los puestos vacantes, y a los inconvenientes de encontrar trabajadores especializados.

De ahí surge la necesidad, no exenta de polémica como asimismo ocurre en España, del acceso de trabajadores inmigrantes, para alcanzar la cobertura de puestos de trabajo ofertados. Con ello, se tratará de mantener una aceptable relación entre cotizantes y pensionistas; dicha ratio es en la actualidad de 2,4 en España, y de una preocupante proporción de 1,4 en Italia[4].

Ante ello, según UNIONCAMERE, más de una de cada tres empresas tiene previsto contratar trabajadores extracomunitarios en los próximos tres años, pero ya en la actualidad el 35,2% de las contrataciones previstas se reservan para mano de obra extranjera.

En lo que se refiere a España, como hace un año expuso el entonces Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones José Luis Escrivá[5], "en muchos países europeos el mercado de trabajo está muy tensionado, con un creciente número de vacantes tanto en sectores cualificados como no cualificados. Esta situación se va a agudizar hacia delante como resultado de las tendencias demográficas. Vivimos en sociedades con un envejecimiento de la población que inevitablemente conlleva que vamos a necesitar un importante volumen de migrantes en los próximos años para mantener la población activa". Por ello, estimó necesaria una migración ordenada, regular y segura, para lo que el Gobierno de España, en boca del Ministro, propone trabajar directa e intensamente con los países de origen, con relaciones e inversiones de largo plazo, creando una relación de confianza, con proyectos específicos, y con itinerarios alternativos que favorezcan la formación, el empleo y el retorno voluntario de los migrantes[6].

Más recientemente, la actual Ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Elma Saiz ha reiterado la necesidad de avanzar en vías seguras de migración, destacando que los "programas de migración circular son una ganancia para todas las partes implicadas", que permiten aportar los

[3] Unión Italiana de Cámaras de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura, organismo público que une y representa institucionalmente el sistema de cámaras italiano.

[4] En Italia existen dos factores que explican qué en los últimos años haya mejorado, aunque levemente, la proporción entre el número de jubilados y el de personas ocupadas, a pesar de que la proporción sigue siendo insuficiente. Por un lado, algunas reformas han contribuido a contener la salida de trabajadores del mercado laboral, como se ve aprecia sobre todo a partir de 2013, como resultado de la llamada Ley Fornero, que entró en vigor el año anterior, estableciendo unas condiciones más rígidas para el acceso a la pensión de jubilación. Por otra parte, excluyendo el paréntesis del año 2020 por la pandemia de la Covid-19, el número de empleados en Italia ha aumentado, como consecuencia del crecimiento del empleo, pero especialmente en las capas de más edad de la población, cuya pensión se ha pospuesto.

[5] Comparecencia del Ministro Escrivá ante el Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo el 20 de septiembre de 2023.

[6] Hasta septiembre de 2023 se autorizaron en España 159.641 permisos de trabajo, cifra superior a la registrada en el mismo periodo de 2022 que fue de 134.988, según datos facilitados por el de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

trabajadores extranjeros necesarios, protegidos en sus derechos, y facilitando su retorno a sus países de origen.

1.6. El trabajo irregular

También supone una importante incidencia negativa la constatación del trabajo irregular en los dos países, puesto que un determinado número de personas trabajadoras nacionales y extranjeras que desarrollan un trabajo no están declaradas y legalizadas, y por consiguiente no existen para ellas cotizaciones a la Seguridad Social, con el perjuicio que ello supone tanto para que puedan generar derechos sobre de prestaciones sociales, presentes y futuras, como para las cuentas de las que dependen las pensiones públicas.

2. ANALISIS DE LAS DIFERENTES SOLUCIONES ADOPTADAS POR ESPAÑA E ITALIA PARA ENFRENTAR LA SOSTENIBILIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A pesar de que, como hemos señalado, los dos sistemas de Seguridad Social comparten características y desafíos comunes, desde los actuales Gobiernos se están desarrollando políticas distintas, que conducen a resultados que no siempre favorecen la esencial sostenibilidad de las pensiones, como ocurre en el caso italiano.

2.1. Medidas del Gobierno español que guardan relación con la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social

Previamente a abordar las políticas que ha puesto en marcha España en los pasados años, para poder analizar con mayor perspectiva el momento actual, es interesante hacer mención a *indicaciones*, que todavía se pueden considerar recientes, que se dirigieron desde la Unión Europea a nuestro país, por las que se solicitó alternativamente, o bien la adopción de medidas de ajuste por la vía del gasto para *adecuar* los ingresos de los perceptores de prestaciones del sistema (más claramente, se hacía referencia a una reducción de la cuantía de las pensiones), o bien la realización de cambios normativos que permitiesen obtener mayores ingresos.

De esa forma, el Consejo de la Unión Europea, a través de una Recomendación del año 2019, tras la recuperación por el Gobierno socialista del indicador del IPC como referencia para la revalorización de las pensiones y la correlativa derogación del Índice de Revalorización de las Pensiones, exigió a España que optase entre distribuir las cantidades disponibles por la Caja de la Seguridad Social ante el previsible mayor gasto que se podía producir tras ese cambio, con la consecuencia de una reducción del importe de las prestaciones, o bien que aprobase cambios para obtener mayores ingresos por el sistema, ello junto a actuaciones normativas para mejorar la duración e integridad de las carreras laborales, dada la realidad de aquel momento, según se citaba en la Recomendación, *con un alto desempleo y demasiada contratación temporal y a tiempo parcial*.

Posteriormente, también desde la Unión Europea, se requirió a España que, para obtener los fondos provenientes del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia que le fue aprobado, debía comprometerse a abordar nuevas reformas en materia de Seguridad Social. La respuesta española fue adoptar soluciones para equilibrar la sostenibilidad de la Seguridad Social, que consistieron principalmente en reforzar la contribución de las empresas y de las personas trabajadoras, mediante diferentes medidas específicas.

Así, con carácter general cabe citar la sucesiva elevación de las bases máximas y mínimas de cotización, los incentivos para retrasar el acceso de las personas trabajadoras a la jubilación, o la

penalización del anticipo a la jubilación; también debe destacarse la consolidación del protagonismo de las transferencias que se realizan desde los presupuestos del Estado para complementar la financiación a la que nos estamos refiriendo.

Más recientemente, con ocasión de las últimas reformas que se han aprobado para avanzar en el reequilibrio de las cuentas de la Seguridad Social, sobresale el establecimiento del mecanismo de equidad intergeneracional introducido por la Ley 21/2021, cuyo objetivo es volver a dotar de activos al Fondo de Reserva de la Seguridad Social (lo que fundamentalmente servirá para atender en parte el aumento de los gastos en pensiones con la plena llegada de la generación baby boom).

Igualmente, se aprobó otra medida para mejorar la recaudación de la Caja de la Seguridad Social, que se ha denominado Cuota de Solidaridad, que entrará en vigor en 2025, y que se aplicará de manera progresiva a la parte de los ingresos que excedan de la base máxima de cotización. Con ello, España se tratará de homologar paulatinamente al resto de los Estados europeos, ya que dispone de una de las bases máximas de cotización más bajas en dicho entorno.

Las innovaciones desarrolladas en España no se han limitado al ámbito de la mejora de los ingresos para potenciar las cotizaciones sociales, sino que también se han adoptado en el marco del derecho del trabajo, a través de la reforma laboral que entró en vigor en marzo de 2022, conforme a lo previsto en el Real Decreto-Ley 32/2021, que ha dado lugar a un avance sustancial de la contratación indefinida, frente a la temporal, en el mercado de trabajo español.

De los resultados principales de la ejecución presupuestaria de la Seguridad Social del ejercicio de 2023, se obtienen dos importantes indicadores. Los ingresos por cuotas crecieron un 10,2%, mientras que el gasto en pensiones aumentó un 10,8%, sin duda motivado por el incremento del número de nuevos pensionistas, y por la revalorización aprobada en función del alto IPC registrado.

La presencia de migrantes en España es, como ya hemos indicado, importante para la Seguridad Social española, y en ese sentido el Gobierno concedió 300.000 permisos de trabajo a extranjeros en el periodo de 2023 hasta mediados de 2024, valorándose desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones que deberán incorporase entre 200.000 y 250.000 trabajadores migrantes al año, hasta 2050, para sostener el Estado del bienestar, dado el envejecimiento de la población[7]. También es destacable el protagonismo de la afiliación de personas trabajadoras extranjeras[8], que suman 2,9 millones de cotizantes en España, lo que supone alrededor de un 13,5% del total. Ello significa que, el 10% de los ingresos de la Seguridad Social, proviene de las aportaciones de los inmigrantes mientras que solo generan el 1% del gasto.

2.2. Medidas del Gobierno italiano que guardan relación con la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social

Italia tiene pendiente de afrontar hace tiempo una reforma de la Seguridad Social, en el doble sentido de establecer cambios para mejorar la financiación, y para efectuar adaptaciones en las diferentes formas de acceso anticipado a la jubilación. En la actualidad, todavía se toma como referencia para avanzar hacia un cambio del sistema la denominada Ley Fornero de 2011, que endureció el acceso a las pensiones, y que sigue vigente, aunque con algunos ajustes y parches que se han incluido por diferentes Gobiernos en los pasados ejercicios.

[7] Declaraciones de la Ministra Elma Sainz a 20 Minutos, 25 de abril de 2024.

[8] Publicado por elDiario.es, el 10 de junio de 2024, recogiendo informaciones facilitadas por Ministra Elma Sainz.

Desde el Gobierno de Mario Draghi, se retomó con mayor intensidad la necesidad de abordar la referida reforma, sin que fuese finalmente planteada. Con la llegada de Giorgia Meloni se anunciaron cambios que, no obstante, no se concretan, ni a través de un documento gubernamental de objetivos e intenciones, ni en propuestas, aunque resulten parciales, para ser debatidas en la mesa de diálogo social, con la presencia de sindicatos y empresarios. Únicamente ha habido meras manifestaciones y opiniones por parte de miembros del actual Gobierno, sin que ello suponga, como hemos indicado, un plan general de reforma.

Recientemente, el Subsecretario del Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, Claudio Durigon, redujo las expectativas sobre los posibles cambios a dos propuestas: en primer lugar, propiciar la salida del mercado de trabajo para que los empleados accedan a una pensión a través de la fórmula de la Cuota 41, esto es, la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación con 41 años cotizados independientemente de la edad; y en segundo lugar, *animar* a los trabajadores a permanecer en su puesto el mayor tiempo posible (esto implicará una reducción mayor de las condiciones para el acceso a los diferentes tipos de jubilación anticipada). Como se observa, nada se dice desde el Gobierno sobre mejoras acerca de la financiación, sino más bien lo contrario, como en las siguientes líneas pondremos de manifiesto.

2.3. Medidas orientadas a limitar el acceso a los distintos tipos de jubilación anticipada

En el tiempo transcurrido desde la llegada del actual Gobierno italiano, se han desarrollado algunas medidas[9], siempre con la perspectiva de reducir el acceso a las diferentes formas de jubilación anticipada, pero excluyendo entre las nuevas medidas cualquier mejora en los ingresos[10].

En primer término, citaremos las limitaciones dispuestas para el acceso a las formas de jubilación anticipada existentes:

— La Cuota 103, opción que permite la jubilación a la edad de 62 años, siempre que se hayan cotizado 41, ha sufrido restricciones, tanto en lo que se refiere a la forma de liquidar su importe, ya que este se calculará por el método contributivo[11] y no el retributivo, como por el aumento del plazo de las ventanas móviles (finestra mobile), con lo que el tiempo de espera entre la solicitud de la pensión y el primer cobro se ha incrementado hasta siete meses para los trabajadores del sector privado y nueve meses para los funcionarios. Este aumento de la demora ha dado lugar a que se afirme que la Cuota 103 está transitando hasta la Cuota 104.

— La Opción Mujer (Opzione Donna) consiste en la posibilidad de anticipo de la edad de jubilación de las mujeres trabajadoras, tanto por cuenta propia como ajena, como medida

[9] Es oportuno recordar que en los programas electorales de las últimas elecciones italianas, los partidos que forman parte del actual del Gobierno, aunque proponían escasas iniciativas y a veces confusas, para reformar el sistema de pensiones, en algunos casos hubo mayor concreción, como en la propuesta del partido La Liga, que se comprometió al establecimiento de la cuota 41, optando de esa forma por una jubilación anticipada para quienes posean 41 años de contribuciones a la Seguridad Social, independientemente de la edad cumplida; esos años incluso se podrían rebajar para la madres, en función de su número de hijos, hasta los 38 años.

[10] A pesar del delicado equilibrio financiero de la Seguridad Social italiana, en los programas electorales de los principales partidos políticos, no se aludió a ninguna medida para fortalecer sus ingresos.

[11] La forma de cómputo de la pensión a través del régimen contributivo se lleva a cabo considerando varios indicadores: las cotizaciones efectuadas a lo largo de la vida laboral, la edad de jubilación de la persona trabajadora, la esperanza de vida de su generación en el momento de la solicitud de la prestación y la evolución del Producto Interior Bruto. En resumen, los derechos económicos que acumula el futuro pensionista se componen de la suma de las cotizaciones realizadas y de la rentabilidad virtual que se asigne a las mismas. En cambio, en el método retributivo de cálculo de la pensión de jubilación, el objeto central es el salario de la persona trabajadora o los rendimientos de la autónoma.

que se ha dicho que contribuye a la conciliación de la vida familiar y laboral, ya que está orientada a que puedan acceder a la jubilación anticipadamente, las mujeres que deban atender familiares cercanos, o tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 74%, o pierdan su trabajo sin tener acceso a la prestación por desempleo habiendo trabajado en una empresa que se encuentra en situación de crisis económica.

De acuerdo con lo previsto en la Ley de Presupuestos para 2024 , los requisitos vigentes para obtener el acceso a este tipo de jubilación anticipada son los de alcanzar los 35 años de cotizaciones antes del 31 de diciembre de 2023, cumplir 61 años antes del 31 de diciembre de 2023 (el requisito de edad se reduce a 59 años de edad, con 2 o más hijos, y a 60 años de edad con un solo hijo).

A la Opción Mujer se han aplicado limitaciones para ejercer el derecho a la misma desde el 1 de enero de 2024, como son el incremento del retraso que ya existía para poder solicitar la jubilación, debiendo aceptarse un período de espera, a partir de la fecha de vencimiento del último requisito y hasta que la pensión entre en vigor, equivalente a 12 meses para las trabajadoras por cuenta ajena y 18 meses para las trabajadoras por cuenta propia.

Se ha modificado a esta modalidad de jubilación el sistema de cálculo, que ahora será contributivo y ya no retributivo, con ello menos favorable a los intereses económicos de la futura pensionista.

A este respecto hay que recordar que se ha criticado esta fórmula de prejubilación, señalándose que, en parte, encasilla a la mujer en su rol de cuidadora de personas de su entorno familiar, sustituyendo al Estado de alguna forma en dicha función.

— El APE Social (*anticipo pensionistico*) es un programa que beneficia a determinadas categorías de trabajadores que, disponiendo de una larga carrera de cotización, pueden anticipar su edad de jubilación, cuando se encuentren en situación de desempleo tras la terminación de la relación laboral por despido, incluido el despido colectivo, o cuando acrediten haber asistido en el momento de la solicitud, durante al menos seis meses, al cónyuge o a un familiar de primer grado que conviva con una discapacidad grave o de un familiar o pariente de segundo grado con quien igualmente conviva en casos especiales; también se incluye como otro supuesto para acceder al APE Social tener acreditada la persona solicitante de la pensión una reducción de la capacidad para trabajar mayor o igual al 74%, o tratarse de personas trabajadoras por cuenta ajena que hayan ejercido una o más determinadas profesiones consideradas penosas durante un periodo determinado de tiempo.

Los requisitos básicos para obtener el acceso a la pensión consisten en tener al menos 63 años y 5 meses de edad, y como mínimo, entre 30 y 36 años cotizados, en función del tipo de trabajo desarrollado.

Las limitaciones en el acceso a esta modalidad se han centrado en la eliminación de algunas formas de trabajo de la lista de actividades denominadas penosas.

2.4. Medidas consistentes en la reducción de las cotizaciones sociales en determinados supuestos

En segundo lugar, se han aplicado por el Gobierno Meloni, de manera consecutiva, varias reducciones en las cotizaciones sociales para determinadas categorías de trabajadores, lo que sin duda va en un sentido contrario al reforzamiento de la sostenibilidad de la Seguridad Social italiana. De esta forma, el actual Gobierno aprobó el Decreto Ley 48/2023, por el que se produjo una disminución de las cotizaciones para las rentas más bajas, que se aplicó a dos tramos, uno hasta 25.000 euros y otro desde esta cantidad hasta 35.000 euros. Esta rebaja se amplió al aprobarse otra nueva a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que ha sido prorrogada en la Ley de Presupuestos para 2024.

Lo anterior supone que el porcentaje obtenido de las cotizaciones sociales, que en la actualidad alcanza en torno a un 70% del total de ingresos del sistema, puede disminuir, mientras que lo razonable sería que al menos se mantuviesen los ingresos por dicho concepto, pero siendo deseable que estos se incrementasen, dados los desafíos que debe vencer el sistema italiano y a los que se ha hecho referencia anteriormente. En la medida en que esto no ocurra, deberán aumentar los recursos derivados de las transferencias del Estado a la Seguridad Social, y ello en mayor proporción, dado que en Italia ha crecido el déficit financiero de la Seguridad Social en el año 2023 hasta 9.800 millones de euros.

De los resultados principales de la ejecución presupuestaria del ejercicio de 2023 en Italia, se obtienen los siguientes principales indicadores. Las cuotas de Seguridad Social crecieron un 4%, mientras que el gasto en pensiones aumentó un 6,34%.

Sobre los cambios pendientes del sistema italiano de pensiones, cabe destacar que recientemente anunció el Consejo Económico y Social (CNEL) que se encuentra elaborando un documento sobre reforma de Seguridad Social, del que en el momento de escribir estas líneas solo se conocen sus grandes orientaciones que más adelante citaremos. Al informe le seguirá, a principios de octubre, la remisión por el CNEL de un proyecto de ley a la Cámara de Diputados con la finalidad de tratar de reorganizar el sistema de Seguridad Social; dicho proyecto de Ley lo remitirá el CNEL, dada su capacidad de presentar iniciativas legislativas. A partir de ese momento existirá la posibilidad de que el texto se incorpore a los trabajos de la próxima ley presupuestaria para 2025, y bien que elija llevar a cabo una reforma a través de una norma específica, o en caso contrario, de que la propuesta del CNEL no sea acogida en la Cámara de Diputados.

De momento, desde el CNEL se ha anunciado que se propone desarrollar los trabajos en torno a cuatro documentos técnicos sobre los siguientes temas: Seguridad Social obligatoria; pensión complementaria; cotizaciones y, por último, la financiación de los autónomos.

Asimismo, se ha anticipado que, algunos objetivos de la reforma que propondrá el CNEL, serían mantener la edad de jubilación a los 67 años, pero endureciendo la exigencia del periodo mínimo de cotización, que pasaría a ser de 25 años, y no 20 como en la actualidad.

Sobre las jubilaciones anticipadas *ordinarias* se confirmarían los requisitos actuales por los que se exigen 42 años y 10 meses para los hombres, y un año menos para las mujeres.

En lo que respecta a otras formas de jubilación anticipada, parece que lo pretendido en la citada reforma es derogar el sistema de Cuotas, eliminando las actuales opciones de la Cuota 103, el APE Social y la Opción Mujer, que permiten, tal como ya se ha indicado, abandonar anticipadamente

el trabajo activo, previéndose en su lugar un nuevo grupo de edades para acceder a la anticipación de la jubilación desde 64 años.

Por último, en lo que respecta a la política migratoria, la evolución del número de autorizaciones sobre cuotas de los flujos para la entrada en Italia de trabajadores no comunitarios, estacionales y no estacionales ha variado recientemente de manera importante. Entre los años 2014 a 2021 las autorizaciones anuales oscilaron entre 30.050 a 35.850, aunque curiosamente con la llegada del actual Gobierno presidido por Giorgia Meloni, los cupos se incrementaron hasta 136.000 para su gestión en 2023[12], a la vez que el ejecutivo aprobó un Plan especial, denominado Planificación de los flujos de entrada legal en Italia de trabajadores extranjeros para el trienio 2023-2025, con la finalidad de autorizar entre los años 2023 a 2025 un importante incremento de las entradas de trabajadores extranjeros, para alcanzar la cifra de 450.000[13]. A pesar de ello, por el Gobierno italiano se mantiene un perfil bajo acerca de esta cuestión.

3. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ESPAÑOL E ITALIANO SOBRE LA SOSTENIBILIDAD Y LA SUFICIENCIA DEL SISTEMA DE PENSIONES

Curiosamente, en el año 2015 se dictaron dos sentencias por los Tribunales Constitucionales español e italiano, que valoraron dos cuestiones muy similares acerca de la revalorización de las pensiones públicas, en las que expusieron sus respectivas doctrinas sobre el alcance de la sostenibilidad y la suficiencia del sistema de pensiones. Analizaremos a continuación ambas sentencias, dada la importante trascendencia de las tesis mantenidas por ambos tribunales.

3.1. Análisis de la sentencia 49/2015 del Tribunal Constitucional español

En 2012, el Gobierno español aprobó el Real Decreto Ley 28/2012, por el que se suspendió la revalorización de las pensiones, alegando la existencia de déficit del sistema. Dicha norma fue recurrida ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC), que dictó la sentencia 49/2015, en la que, entre otros temas, se pronunció acerca del contenido y del alcance de los principios de sostenibilidad y suficiencia de la Seguridad Social. En dicha sentencia se resume la posición del TC sobre las citadas cuestiones, condensando en aquella las consideraciones recogidas en sus sentencias anteriores.

Si bien el artículo 50 de la Constitución española establece que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, al interpretar el Alto Tribunal dicho artículo, se mostró restrictivo sobre su alcance, exponiendo las siguientes argumentaciones:

— Mantuvo que el artículo 50 CE tiende a radicar situaciones de necesidad, que deben ser observadas en función de las disponibilidades de cada momento, de las circunstancias económicas y del contexto general. Con esta afirmación, el TC español, de una parte, antepone criterios económicos o materiales a los intereses sociales, e igualmente limita excesivamente, según nuestro criterio, la extensión de la citada norma constitucional, que se refiere a pensiones adecuadas y actualizadas, lo que entendemos que constituye

[12] Para las 136.000 autorizaciones previstas para 2023, se presentaron 609.000 solicitudes, y para las 151.000 asignables en 2024, las solicitudes ascendieron a 702.000.

[13] Ello da idea de la presión ejercida por los empresarios italianos, demandando la entrada de trabajadores extranjeros para poder cubrir sus ofertas de empleo, que hizo variar la política que pretendía seguir el actual Gobierno, que inicialmente era menos propicio a esta solución.

un derecho, que pierde esa naturaleza cuando el TC lo califica como ayuda asistencial o situación de necesidad.

— En otro de los apartados de la sentencia señala el TC, con referencia al gasto en pensiones públicas, que hay que administrar medios económicos limitados, para un gran número de necesidades sociales. Cuando el TC se decide abordar el debate de la financiación solo lo hace del lado de los gastos, pero no plantea otras alternativas o soluciones para mejorar los ingresos de la Caja de la Seguridad Social. En tal sentido, cabe recordar que el artículo 41 de la CE establece que los poderes públicos deberán mantener un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, lo que lleva a afirmar que para alcanzarse dicho mandato deberán gestionarse los recursos públicos de tal manera que se posibilite la garantía de unas prestaciones sociales suficientes, como se dispone en el citado artículo constitucional.

— El TC expresa igualmente que la situación económica condiciona la actualización del sistema de pensiones. Con esta declaración, el TC obvia que los pensionistas adquieren, tras culminar sus carreras de cotización, un derecho a una retribución diferida que les permita desarrollar una vida autónoma desde el punto de vista económico.

Junto a la sentencia del TC figuró un interesante voto particular en el que se defendieron principalmente los siguientes argumentos:

— Se formuló una crítica general al contenido de la sentencia, porque según figuró en el voto particular, se renunció a la búsqueda de soluciones para conciliar los intereses de las Administraciones Públicas en asegurar lo solvencia del sistema, y el de los pensionistas para que estos no vean reducido su poder adquisitivo.

— No basta el mero reconocimiento formal de los derechos que figuran en la CE, sino que deben ser garantizados materialmente.

— Cualquier decisión que suponga un retroceso del derecho de actualización de las pensiones, deberá ir acompañada de una justificación. Por ello, se deben valorar los criterios de preferencia en la imposición de restricciones.

— Las prestaciones destinadas a reducir, remediar o eliminar las situaciones de necesidad deben ser defendidas por los poderes públicos, ya que ello supone garantizar la dignidad que tienen todas las personas.

En definitiva, mediante el voto particular se contempló otra forma de abordar la sostenibilidad y la suficiencia de las pensiones, instando a los poderes públicos a que estén activos en la defensa de los derechos que poseen los ciudadanos sobre esta protección.

3.2. Análisis de la sentencia 70/2015 del Tribunal Constitucional italiano

Sobre un caso idéntico al español que hemos abordado, el TC italiano dictó la sentencia 70/2015, con ocasión de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 201/2011, por el que se dispuso una revalorización automática de las pensiones, pero con limitaciones. Este fallo estableció varios argumentos que difieren de los utilizados en la sentencia 49/2015 española, mientras que guardan bastante similitud con los utilizados en el voto particular sobre dicha sentencia.

En la sentencia 70/2015 se invocaron principalmente los artículos 36, primer párrafo, y 38, segundo párrafo, de la Constitución italiana[14]. Con ello se estableció por el alto tribunal que los beneficiarios de las pensiones puedan llevar una existencia libre y digna conforme a los mencionados preceptos constitucionales, de manera que "la proporcionalidad y la adecuación de las pensiones no existan solo en el momento de la jubilación, sino que también deben garantizarse constantemente a partir de entonces, en relación con las variaciones del poder adquisitivo de la moneda", sin que ello conduzca a una coincidencia automática y completa entre el nivel de las pensiones y del salario final del trabajador, ya que se reserva al legislador un ámbito de discrecionalidad para la implementación. No obstante, el TC advirtió de la invariable necesidad de una constante adecuación de las prestaciones de jubilación a los salarios obtenidos por el desarrollo de la actividad laboral, evitando con ello la "anulación irremediable de las expectativas legítimamente alimentadas por el trabajador durante el tiempo siguiente al cese de su actividad".

Sobre la adecuación de las pensiones se reiteró en la sentencia que estamos analizando que, para evitar que se produzca una "desviación intolerable" entre la evolución de las pensiones y los salarios, el legislador no puede eludir el límite de la razonabilidad, haciendo a este responsable respecto a la identificación de mecanismos que garanticen la continua adecuación de las pensiones al aumento del coste de la vida. Dicho criterio de razonabilidad limita, según se precisa en la sentencia, la discrecionalidad del legislador, restringiendo las opciones en lo que se refiere a la adopción de posibles iniciativas.

Cuando el TC dispuso en la sentencia que el interés de los pensionistas tiene como objetivo preservar su poder adquisitivo a través del dinero percibido, de lo que debe derivar una prestación económica de Seguridad Social adecuada, cabe deducir que con ello estableció que ese derecho no se debe sacrificar injustificadamente en nombre de necesidades financieras que no se justifiquen adecuadamente. De hecho, la proporcionalidad del pago de la jubilación, entendida como remuneración diferida, en relación con el artículo 36, primer párrafo de la Constitución italiana, y como la suficiencia derivada de su artículo 38, párrafo segundo, debe entenderse según dispone la sentencia, como "una expresión cierta, aunque no explícita, del principio de solidaridad al que se refiere el artículo 2[15] de la Constitución y… del principio de igualdad sustancial a que se refiere el artículo 3[16], segundo párrafo de la Constitución".

Se aceptó de otra parte por la sentencia el reconocimiento de situaciones no homogéneas en lo que se refiere a la revalorización de las pensiones, declarándose que el hecho de que las pensiones más altas puedan tener una revalorización inferior con relación a las más bajas, lo que no viola el principio de igualdad.

Por consiguiente, en la sentencia 70/2015 se indica que corresponde al legislador aplicar los principios constitucionales relacionados con la defensa de los pensionistas, teniendo que intervenir

[14] El articulo 36, párrafo primero, de la Constitución italiana dispone que "El trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a sí mismo una existencia libre y digna". El artículo 38, en su párrafo segundo, establece que "Los trabajadores tienen derecho a que se prevean y garanticen los medios adecuados para sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez, ancianidad y desempleo involuntario".

[15] "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

[16] Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo,- raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País.

para determinar correctamente el nivel de protección necesaria, y debiendo inspirar su actuación en una serie de principios que el TC concreta en su sentencia, como hemos señalado, y a que continuación sintetizamos:

— Las pensiones son una retribución diferida, y por ello deben quedar aseguradas a través de los medios económicos precisos que permitan una vida adecuada.

— El mantenimiento de pensiones suficientes no es solo un reto más, como se trata de presentar frecuentemente, sino que es una obligación social y un derecho de los ciudadanos.

— La garantía de los principios de proporcionalidad y adecuación de las pensiones debe respetarse en el momento de acceso a la jubilación, así como a lo largo del tiempo.

— La decisión de suspender la revalorización de las pensiones no se puede amparar en una situación financiera difícil. Resulta necesario argumentar los motivos que dan lugar a la merma de derechos.

— La proporcionalidad de la pensión debe mantener su vinculación con el salario.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 207-216

La enseñanza del Derecho de la Seguridad Social en las facultades de Derecho de las universidades radicadas en Washington, D.C.

The teaching of social security law in the law schools of Washington, D.C.-based universities

Alberto Arufe Varela *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-1954-9971

Sumario

1. PRESENTACIÓN DEL TÓPICO
2. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE AMÉRICA
3. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD GEORGETOWN
4. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL DISTRITO DE COLUMBIA
5. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD HOWARD
6. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AMERICANA
7. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD GEORGE WASHINGTON
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Cita Sugerida: ARUFE VARELA, A.: «La enseñanza del Derecho de la Seguridad Social en las facultades de Derecho de las universidades radicadas en Washington, D.C.». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 207-216.

Resumen

Este artículo realiza un recorrido por la capital de los Estados Unidos, tomando como hilo conductor cómo se enseña Derecho de la Seguridad Social en las seis Facultades de Derecho allí radicadas, todas ellas pertenecientes a Universidades (una pública y cinco privadas) a considerar como carísimas, desde el punto de vista español de las tasas académicas pagadas por sus estudiantes.

Palabras clave

Derecho de la Seguridad Social; Derecho comparado de la Seguridad Social; Enseñanza universitaria; Estados Unidos; Facultades de Derecho

Abstract

This article takes a tour of the capital of the United States, taking as a common thread how Social Security Law is taught in the six Law Schools located there, all of them belonging to Universities (one public and five private) to be considered as very expensive, from the Spanish point of view of the tuition fees paid by their students.

Keywords

Social Security Law; Comparative Social Security Law; Law Schools; University Education; United States; Social Security Law; Law Schools

1. PRESENTACIÓN DEL TÓPICO[1]

El Distrito Federal de Washington, D.C. (que es, como se sabe, donde radica la capital de los Estados Unidos), presenta singularidades múltiples (por ejemplo, la de no tratarse formalmente de ningún Estado federado de la Unión, como sí lo son, en cambio, Maryland o Virginia, con los que limita, aunque materialmente se comporte como tal), pudiendo dichas singularidades ser observadas también desde la perspectiva de la enseñanza del Derecho, constituyendo quizá la más relevante de estas últimas el hecho de acreditar el Distrito capitalino la mayor densidad de Facultades universitarias norteamericanas de Derecho por kilómetro cuadrado, resultante de dividir sus 179 kilómetros cuadrados de superficie (por cierto, diez veces más pequeña que la de la provincia española más pequeña, que es la provincia de Guipúzcoa) entre las seis Facultades de Derecho asentadas en esta peculiar demarcación, y oficialmente acreditadas por el organismo competente (que no es ninguna ANECA dependiente de la Administración federal, sino la Asociación Americana de la Abogacía-ABA, lo que resulta congruente con la forma clara y desacomplejada con la que en los Estados Unidos se define cuál es la misión de sus Facultades de Derecho)[2], una densidad a la que ni de lejos se acercan los Estados federados-líder de California o New York (con sus dieciocho y dieciséis Facultades de Derecho oficialmente acreditadas, respectivamente)[3]. Las seis Facultades de Derecho washingtonianas poseen denominadores comunes absolutos —esto es, sin excepción alguna entre ellas—, como el atinente a la configuración del primer año de sus respectivos planes de estudios, al papel rotundamente secundario (como enseguida comprobaremos) que juega en dichos planes de estudio la enseñanza del Derecho de la Seguridad Social, o al coste (significativamente elevado, sobre todo si mirado con lentes españolas) de matriculación y de tasas académicas (tuition and fees) de los alumnos admitidos en ellas. Pero las mismas seis Facultades de Derecho washingtonianas poseen también denominadores comunes relativos —esto es, con alguna excepción entre ellas—, a los que me refiero de inmediato, a modo de presentación de nuestras seis protagonistas estelares. En este sentido, en relación con la libertad de establecimiento reconocida por la Primera Enmienda de la Constitución Federal, todas aparecen desprovistas de carácter confesional, exclusión hecha de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de América (Catholic University of America-CUA Columbus School of Law)[4], supuesto que la misma sí posee naturaleza eclesiástica o pontificia. En relación con su posición en los relevantes rankings domésticos norteamericanos, cabe señalar que todas pertenecen a una virtuosa clase media, salvo en el caso de la Facultad de Derecho de la Universidad Georgetown (Georgetown Law School)[5], la cual aparece tradicionalmente catalogada como una de las dieciocho Facultades de Derecho de élite (y más bien «élite establecida» que meramente «élite emergente»)[6]. En relación con su titularidad, todas ellas tienen una naturaleza privada que se remonta en cada caso al siglo XIX, con la excepción única de la Facultad de Derecho de la Universidad del Distrito de Columbia (University of the District of Columbia-UDC David A Clarke School of Law)[7], dado que esta última es una institución de naturaleza pública fundada en 1986. En relación con las fuentes normativas de regulación, resulta que todas se encuentran situadas al margen del Código de

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2022-136807NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Al respecto, véase Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2015), págs. 40 y ss.

[3] Véase el sitio oficial en Internet de la propia ABA, ubicado en https://www.americanbar.org, con acceso directo en https://www.americanbar.org/groups/center-pro-bono/resources/directory_of_law_school_public_interest_pro_bono_programs/schools_by_state.

[4] Véase su sitio oficial en Internet, ubicado en https://www.law.edu.

[5] Véase su sitio oficial en Internet, ubicado en https://www.law.georgetown.edu.

[6] Al respecto, véase Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, cit., págs. 17 y ss.

[7] Véase su sitio oficial en Internet, ubicado en https://law.udc.edu.

los Estados Unidos, salvo en el caso peculiar de la Facultad de Derecho de la Universidad Howard (Howard University School of Law)[8], cuyas estructuras aparecen configuradas en las secciones 121 y ss. de su Título 20 (rotulado «Education»). En relación con las acciones conducentes a su respectiva fundación, todas aparecen vinculadas fundamentalmente a «padres fundadores», con la singular salvedad de la Facultad de Derecho de la Universidad Americana (American University Washington College of Law)[9], cuya puesta en marcha aparece íntimamente conectada a la acción de dos mujeres pioneras, Ellen S. MUSSEY y Emma GILLETT[10], que fueron igualmente sus primeras Decanas[11]. En fin, desde una perspectiva más personal, todas las anteriormente mencionadas las he llegado a conocer y explorar in situ junto con mi maestro, de manera que la única que nos falta por visitar es la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington (George Washington University Law School-GW Law)[12], aunque confío en que esto ya no podamos seguir diciéndolo a partir de la próxima primavera.

2. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE AMÉRICA

Mi primera estancia académica washingtoniana se produjo en 2005, durante el mes de julio de dicho año, precisamente en la Facultad de Derecho de la citada Universidad Católica de América. Mi maestro había perdido sus contactos universitarios norteamericanos (el catedrático Benjamin AARON, quien le había tutorizado durante su estancia en la Facultad de Derecho de UCLA, era por aquel entonces muy mayor, habiendo fallecido poco tiempo después a los 92 años), aunque pude beneficiarme de los que tenía una catedrática coruñesa (la cual acabaría, por cierto, quedándose a vivir allí), una de cuyas discípulas (compañera mía y ahora catedrática asimismo coruñesa) realizaba una estancia de investigación larga sobre el área de conocimiento de *Canon Law*, cuyo prestigio podía considerarse imbatible en dicha Universidad norteamericana confesional (resultó fundada con la aprobación del Papa León XIII en 1887, aunque su Facultad de Derecho se creó diez años más tarde). Fue la estancia de mi toma de contacto con la Corte Suprema de los Estados Unidos, así como con los libros sobre sus Jueces, que desde entonces empecé a adquirir. Todo el mundo hablaba del Juez Presidente William REHNQUIST y de la grave enfermedad que padecía, la cual acabaría llevándoselo por delante poco después de concluida esta primera estancia mía en los Estados Unidos. Pude comprobar *in situ* que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos era, en realidad, una auténtica jurisprudencia materialmente pluritemática, figurando entre sus grandes casos los relativos, entre otros grandes temas, a la problemática jurídica de la seguridad social, pero teniendo en cuenta que en los Estados Unidos el Derecho de la Seguridad Social es única y exclusivamente el regulado en la Ley federal de Seguridad Social de 1935 (años después, llegué a publicar un libro sobre veintisiete grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ceñidos a esa visión estricta del Derecho norteamericano de Seguridad Social)[13]. En la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de América, el tratamiento docente del Derecho de la Seguridad Social puede

[8] Véase su sitio oficial en Internet, ubicado en https://law.howard.edu.

[9] Véase su sitio oficial en Internet, ubicado en https://www.american.edu/wcl.

[10] Véase Ruth Bader Ginsburg, «The Washington College of Law founders day tribute», *American University Journal of Gender & the Law*, núm. 5 (1996), págs. 1 y ss. Calificando a las fundadoras como «mujeres de gran talento, valientes y visionarias», véase Patricia P. Bailey, «The accomplishments of WCL founder Ellen Spencer Mussey», *American University Law Review*, núm. 32 (1983), pág. 619. Recordando que «en 1896 … empezaron dando clases a tres estudiantes mujeres en el bufete de Mussey en Washington, D.C.», véase Leticia M. DIAZ, «A seat at the table: advancing, leading, and deaning while battling presumed incompetence», *Harvard Latin American Law Review*, núm. 26 (2023), pág. 172.

[11] Véase Mary L. Clark, «The founding of the Washington College of Law: the first Law School established by women for women», *American University Law Review*, núm. 47 (1998), pág. 614.

[12] Véase su sitio oficial en Internet, ubicado en https://www.law.gwu.edu.

[13] Véase Alberto Arufe Varela, *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), 172 págs., con prólogo de María Emilia Casas Baamonde.

considerarse estándar, de un lado, porque no existe ninguna asignatura monográficamente relativa al Derecho de la Seguridad Social en su conjunto, apareciendo disgregado ese tratamiento docente en una pluralidad de asignaturas (en esta concreta Facultad de Derecho, las de «Derecho Sanitario [*Health Law*] y Cumplimiento del Derecho Sanitario [*Health Law Compliance*]», tal y como estas materias se encuentran reguladas en la Ley federal de Seguridad Social, así como la denominada «ERISA», que es el acrónimo de la Ley federal norteamericana reguladora de los planes y fondos de pensiones, un asunto sumamente importante en los Estados Unidos); y de otro lado, porque se trata en todos los casos de asignaturas que aquí, en España, llamaríamos asignaturas optativas o de libre elección por los estudiantes, cabiendo perfectamente la posibilidad de que estos últimos abandonen la Facultad de Derecho de la CUA sin haber estudiado nada, absolutamente nada, sobre Derecho de la Seguridad Social. Por cierto, lo mismo sucede en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, a la que yo pertenezco, en la que sólo es obligatorio el estudio del Derecho del Trabajo, pero no el del Derecho de la Seguridad Social (los parecidos entre ambas Facultades de Derecho se agotan ahí, pues la de la CUA tiene casi dos tercios menos de estudiantes que la de A Coruña, aparte el hecho de tratarse de un centro universitario carísimo, pues sus alumnos pagan aproximadamente 30 mil euros de tasa por semestre académico)[14].

3. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD GEORGETOWN

Tras un largo paréntesis de estancias universitarias alemanas con mi maestro, retomé con él las estancias washingtonianas a partir del año 2011. Elegimos la Facultad de Derecho de la Universidad Georgetown (por causa de su prestigio formal, habiendo podido materializar nuestro deseo gracias a un contacto clave, con el que caímos en la cuenta de que esta Universidad formaba parte de la red mundial jesuítica de universidades). Sus diferencias con la Facultad de Derecho de la CUA (mi primer contacto universitario washingtoniano, recuérdese) son muchas, incluso de carácter topográfico. La CUA forma parte del cuadrante noreste del rectángulo en que se inscribe el Distrito de Columbia, mientras que la Universidad Georgetown está ubicada en el cuadrante noroeste, compartiendo esta ubicación con las otras cuatro Facultades de Derecho washingtonianas, a las que aludiré luego (si antes hablaba de la densidad académico-jurídica del Distrito de Columbia, habría que calificar de mega-denso o ultra-denso, incluso con parámetros norteamericanos, este concreto cuadrante del mismo). A diferencia de la CUA, la Universidad Georgetown es netamente urbana (le da nombre el barrio donde se encuentra ubicada), aunque su Facultad de Derecho no se encuentra ubicada en este barrio, sino en otro distinto, y muy próximo a la plaza alrededor de la cual están radicadas las Cortes federales y estatales de Derecho común, con jurisdicción en el Distrito de Columbia (salvo la Corte Suprema de los Estados Unidos), pudiendo accederse cómodamente al campus en que se ubica la Facultad de Derecho de Georgetown a través del metro de la ciudad (la boca del metro tiene el nombre significativo de «Judiciary Square»). Es una Facultad de Derecho tremendamente linajuda, pues formó parte de la primera tanda de seis Facultades de norteamericanas de Derecho aprobadas por la ABA, en 1923. En los Estados Unidos, se considera una Facultad de Derecho de «élite», entre otras varias razones, por la cantidad de asignaturas optativas que oferta a sus estudiantes, que son más de quinientas. De nuevo aquí, el estudio del Derecho de la Seguridad Social aparece disgregado en una pluralidad de asignaturas optativas, aunque estas últimas se agrupen en un itinerario docente, cuyo rótulo genérico es «Derecho del Interés Público [*Public Interest Law*]». Sobre este tema, la guía docente de la Facultad afirma que «Georgetown es un líder entre las Facultades de Derecho que prevén ofertas académicas en Derecho del Interés Público», así como que las asignaturas que conforman este itinerario son «vehículos formidables [*terrific vehicles*]» para, una vez egresados los estudiantes, «ser competitivos en el empleo posgraduado de interés público». Cabe imaginar que la Facultad de Derecho realiza una contribución significativa a los presupuestos gigantescos de la

[14] Véase en su citado sitio en Internet, con acceso directo en https://www.law.edu/_media/aba-info/2023-CatholicLaw-Std509InfoReport.pdf.

Universidad Georgetown. Baste indicar que los dos mil alumnos de esta Facultad de Derecho pagan cada uno, en principio, unas tasas de 75 mil euros anuales, equivaliendo el total de esta cantidad a casi todo el presupuesto anual de la Universidad de A Coruña[15].

4. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL DISTRITO DE COLUMBIA

A partir de 2017, se produjo un giro radical en nuestras estancias académicas washingtonianas, por causa de haber conocido a la profesora Kristina M. CAMPBELL, que era catedrática en la Facultad de Derecho de la Universidad del Distrito de Columbia, a quien acabaríamos incorporando —a partir de 2018— a nuestro equipo de trabajo coruñés, a efectos de la realización de proyectos de investigación estatales. Nos llamó la atención su «paquete docente» en dicha Facultad, que orbitaba alrededor de lo que allí llaman «*social justice*», con una especialización muy pronunciada en la protección social de los inmigrantes indocumentados, habiendo llegado a publicar incluso un artículo de revista sobre este tema en nuestro *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*[16] (también publicó otro artículo inspirado en la libre circulación europea de trabajadores, en la revista de nuestra Facultad coruñesa de Derecho)[17]. Aparte el acrónimo de esta Universidad (en inglés, UDC, sorprendentemente coincidente con el de la nuestra), también hay alguna otra coincidencia significativa entre ambas Universidades, pues la Universidad del Distrito de Columbia es una Universidad pública, de algún modo equivalente a las Universidades estatales (o *State Universities*), de las que existe al menos una en cada uno de los cincuenta Estados norteamericanos (en el caso de la UDC, su titular no es ningún Estado federado, sino el Distrito de Columbia), aunque su Facultad de Derecho es mucho más pequeña que la nuestra, incluso más pequeña que la de la CUA, a que antes hice referencia[18]. Con parámetros universitarios norteamericanos, las tasas que pagan los estudiantes de esta Facultad de Derecho pública son increíblemente bajas (sólo 12 mil euros por curso académico, para estudiantes residentes en el Distrito de Columbia)[19], aunque indeciblemente más altas que las que pagan los estudiantes de las Facultades de Derecho públicas españolas, incluida la nuestra. Como es usual en los Estados Unidos, también en la Facultad de Derecho de la UDC cabe hallar una pluralidad de asignaturas optativas sobre aspectos concretos del Derecho de la Seguridad Social, habiéndonos llamado a nosotros la atención dos de ellas, calificadas en la guía docente de la Facultad como «turbo asignaturas [*turbo courses*]» de un crédito académico. Se trata, de un lado, de la asignatura «Perspectivas sobre Justicia Social: Medicaid [*Perspectives on Social Justice: Medicaid*]», respecto de la que se afirma que «esta turbo asignatura enseñará Derecho sanitario a través del prisma del programa medicaid en los Estados Unidos [es un programa regulado en la Ley federal de Seguridad Social] y más específicamente, en el Distrito de Columbia»; y de otro lado, la asignatura «Perspectivas sobre justicia social: asistencia social infantil [*Perspectives on Social Justice: Child Welfare*]», indicándose sobre ella que «esta turbo asignatura examina críticamente el sistema de asistencia social de los niños, poniendo el énfasis en el derecho fundamental a la integridad familiar y a la necesidad de proteger todas las familias». Es una Facultad de Derecho urbana, ubicada prácticamente en frente de otra muy conocida Facultad de Derecho washingtoniana, también visitada por nosotros, de la que paso a tratar seguidamente.

[15] Véase en su citado sitio en Internet, con acceso directo en https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2023/12/Std509InfoReport-63-12-14-2023-8-30-37.pdf.

[16] Véase Kristina M. Campbell, «Dacamentados: ¿Destinos pospuestos, aplazados y destruidos?», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020), págs. 41 y ss.

[17] Véase Kristina M. Campbell, «La protección de los inmigrantes irregulares en los Estados Unidos y la libertad de circulación en una "Unión Americana"», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 22 (2018), págs. 54 y ss.

[18] Véase en su citado sitio en Internet, con acceso directo en https://law.udc.edu/wp-content/uploads/2024/01/2023_Std509InfoReport.pdf, donde consta que el número de estudiantes no llega a 250.

[19] Véase *ibidem*.

5. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD HOWARD

En la barriada —más que barrio— de Van Ness-Connecticut Avenue (su antroponímico holandés identifica la parada de metro de la propia barriada, que permite conectarla cómodamente con el centro monumental e histórico de la capital, Casa Blanca incluida), se ubica no sólo la recién citada Facultad de Derecho de la UDC, sino también la Facultad de Derecho de la Universidad Howard. En esta última, nuestra colega Kristina CAMPBELL tenía una amiga profesora, aunque carente todavía del estatus vitalicio o «*tenure*» que caracteriza a los catedráticos universitarios (o «*professors*») norteamericanos. Nuestra tarjeta de presentación en ella resultó extraordinariamente eficaz, pues sacamos a colación el nombre del Juez Thurgood MARSHALL (primer Juez negro de la Corte Suprema de los Estados Unidos)[20], que fue quizá el alumno más brillante que ha tenido la Facultad de Derecho de Howard (también llamada popularmente en los Estados Unidos la «Harvard negra») a lo largo de sus más de ciento cincuenta años de historia[21]. A esta otra Facultad de Derecho le ocurre algo parecido a lo que sucedía con la citada y muy linajuda Facultad de Derecho de Georgetown, pues el campus principal de la Universidad Howard se ubica en otro barrio del cuadrante noroeste de la ciudad, más bien lejos de la barriada donde se encuentra ubicada su Facultad de Derecho. Esta Universidad tiene un estatus jurídico relativamente sorprendente, pues se financia (en parte) con fondos presupuestarios federales (lo que explica su regulación en el Código de leyes federales de los Estados Unidos), a pesar de lo cual (y a diferencia de la UDC) es una Universidad privada, fundada en 1867 por un General del ejército unionista (dos años antes de la apertura de su Facultad de Derecho)[22], que pretendía facilitar el acceso a la Universidad de estudiantes de raza negra. Su tamaño es casi el doble que el de la Facultad de Derecho de la UDC[23], con la que prácticamente linda (en la otra acera de Connecticut Avenue), rodeadas ambas de larguísimas hileras de viviendas unifamiliares de clase media, con muchos árboles añejos y en un ambiente ciudadano muy tranquilo, lo que explica la ubicación en la barriada de diversas embajadas. En Howard, la enseñanza del Derecho de la Seguridad Social forma parte de otras asignaturas más genéricas, con descriptores que nos han parecido especialmente incitantes como, por ejemplo, el de la asignatura optativa «Derecho Constitucional Comparado», en el que se afirma que «la asignatura considerará el desplazamiento desde la constitución "liberal" hacia la constitución "del bienestar social", en muchos países»; o el de la asignatura «La Inteligencia Artificial y el Derecho», en el que se afirma que esta otra asignatura optativa se enseña «aplicando la IA a la elaboración de decisiones jurídicas relativas a reclamaciones de prestaciones, tales como la relativas a la incapacidad de seguridad social o a los accidentes de trabajo».

6. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AMERICANA

Muy cerca, pero ahora en el barrio de Tenleytown (a sólo una parada de metro de la de Van Ness-UDC, y en la colina más elevada de la capital norteamericana), se ubica la Facultad de Derecho de la Universidad Americana, en un entorno ya no urbano, habiéndolo dotado la ciudad de magníficas instalaciones deportivas (por ejemplo, una piscina climatizada olímpica municipal, a la que también pueden acceder personas como nosotros dos, que no son residentes habituales ni en el Distrito de

[20] Al respecto, véase Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023), págs. 146 y ss.

[21] Al respecto, véase Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón, *El abogado laboralista. Nombres ilustres norteamericanos y sus pares asimétricos españoles*, Atelier (Barcelona, 2024), págs. 130 y ss.

[22] Véase J. Clay Smith, Jr., Yewande D. Dada, Henry Ramsey, Jr., Franklyn G. Jenifer, W. Sherman Rogers, Sharon Pratt Kelly, Maudine R. Cooper, y Erika P. Mcdaniel, «Howard University School of Law: One hundred and twenty-five years», *Howard Law Journal*, núm. 38 (1994), págs. 1 y ss.

[23] Véase en su citado sitio en Internet, con acceso directo en https://law.howard.edu/sites/law.howard.edu/files/2023-12/2023%20Standard%20509%20Report.pdf, donde consta que el número de estudiantes llega casi a 500.

Columbia ni tampoco en los Estados Unidos), caracterizándose este entorno por seguir estando salpicado de embajadas. Cuando la visitamos, nos llamaron la atención las orlas de sus egresados, especialmente las de comienzos del siglo pasado, dada la enorme cantidad de egresadas que figuraban fotografiadas en ellas, aunque este hecho en absoluto extrañe. Se trata de una Facultad de Derecho privada fundada por dos mujeres, las cuales fueron sus dos primeras Decanas, como al principio de este escrito puse yo ya de relieve. Su tamaño es similar al de nuestra Facultad de Derecho de A Coruña (con algo más de mil estudiantes)[24], aunque de nuevo con la importante diferencia cualitativa de que las tasas pagadas por ellos sean, con parámetros españoles, incomparablemente caras (algo más de sesenta mil euros por curso académico)[25]. En ella, la asignatura optativa estelar sobre Derecho de la Seguridad Social lleva el nombre de «*Poverty Law*», expresión a traducir no como Derecho de la pobreza, sino más bien como Derecho de la Seguridad Social no contributiva. Este hecho nos llamó en su día la atención, por causa de que la primera catedrática norteamericana en una Facultad de Derecho fuese precisamente una catedrática especializada en «*Poverty Law*». Es la profesora Barbara N. ARMSTRONG, nombrada en 1935 catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Berkeley, unánimemente reconocida en los Estados Unidos por el feminismo jurídico como una mujer pionera de la docencia universitaria[26], habiéndose anticipado en esto treinta años a la profesora Gloria BEGUÉ CANTÓN, primera mujer nombrada catedrática en una Facultad de Derecho española, en 1965[27]. En esta misma Facultad de Derecho, también nos parece llamativa otra asignatura optativa de su plan de estudios, por referirse frontalmente a la que nosotros dos consideramos que es la verdadera contingencia de seguridad social del siglo XXI[28]. Se trata de la asignatura «Derecho de los mayores: Política y práctica», en cuyo descriptor se afirma que con ella «los estudiantes adquieren un conocimiento efectivo básico de diversas cuestiones del Derecho de los mayores», entre las que se incluye expresamente —aquí está su mención— la de la «planificación de la dependencia [*long-term care planning*]».

7. EL TÓPICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD GEORGE WASHINGTON

Como anticipaba páginas más arriba, nos queda por conocer la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, ubicada al sur del tan citado cuadrante noroeste del Distrito de Columbia. El campus de esta Universidad, a la que pertenece la Facultad de Derecho más antigua de la capital de la Nación, es totalmente urbano, situándose en los bordes de una larguísima y emblemática avenida de la ciudad, que es Pennsylvania Avenue (sólo en la porción de la misma ubicada en el Distrito de Columbia, mide más de nueve kilómetros). La parte de esta avenida entre la colina del Capitolio y la Casa Blanca la recorre el Presidente electo de los Estados Unidos, una vez que ha tomado posesión de su cargo (es el llamado «*inauguration day*»), cosa que hará el señor Donald TRUMP el próximo día 20 enero 2025. En esta misma avenida, pero a kilómetros de distancia del trayecto recién citado, se encuentra la Embajada de España, en la que llegamos a asistir a un acto académico sobre Historia del Derecho medieval europeo. El día que asistíamos a este acto pasamos al

[24] Véase en su citado sitio en Internet, con acceso directo en https://www.american.edu/wcl/academics/academicservices/registrar/documents/upload/2023-standard-509-information-report.pdf.

[25] *Ibidem*.

[26] Véase Herma Hill Kay, *Paving the way The first American women law professors*, University of California Press (Oakland-California, 2021), págs. 28 y ss. Mis comentarios acerca de este valiosísimo libro constan en Alberto Arufe Varela, «Recensión» de Hill Kay, Herma, *Paving the way The first American women law professors*, University of California Press (Oakland-California, 2021), 354 págs., publicada en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIV (2022), págs. 353-356.

[27] Véase «Orden de 12 de enero de 1965 por la que se nombra, en virtud de oposición, Catedrática de "Economía Política y Hacienda Pública» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca a doña Gloria Begué Cantón» (*Boletín Oficial del Estado* de 6 febrero 1965).

[28] Véase Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023), págs. 273 y ss.

lado de la Facultad de Medicina de la Universidad George Washington, cuyo hospital universitario está situado en una manzana pegada a esta Avenida Pennsylvania. Su Facultad de Derecho se encuentra a sólo dos manzanas de la propia avenida, y es de un tamaño similar al de la Facultad de Derecho de Georgetown[29]. Nos parece cómoda de visitar, pues se encuentra de paso para efectuar la visita, que repetidamente hacemos en nuestras estancias washingtonianas, de los grandes monumentos nacionales (como los *memorials* de muy famosos Presidentes de los Estados Unidos) y de los grandes museos nacionales de la capital (todos de acceso gratuito), emplazados en las orillas de un larguísimo bulevar de corte romano clásico, llamado «*National Mall*». Cuando hagamos dicha visita, no prevemos encontrarnos con grandes sorpresas, desde el punto de vista de la enseñanza en esta Facultad del Derecho de la Seguridad Social. Y mucho menos, las sorpresas mayúsculas de que profesen en ella famosos catedráticos de la disciplina (como, por ejemplo, el profesor Jon C. DUBIN, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Rutgers de New Jersey, algunas de cuyas publicaciones sobre Derecho de la Seguridad Social aparecen citadas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, un índice de calidad académica allí considerado estratosférico)[30] o catedráticos autores de manuales (en los Estados Unidos, llamados *cases and materials*) multi-editados sobre el propio Derecho de la Seguridad Social (como, por ejemplo, el célebre de los profesores Frank S. BLOCH, catedrático jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Vanderbilt, de Nashville-Estado federado de Tennessee, y el ya citado Jon C. DUBIN)[31].

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alberto Arufe Varela, *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014).

Alberto Arufe Varela, «Recensión» de Hill Kay, Herma, *Paving the way The first American women law professors*, University of California Press (Oakland-California, 2021), 354 págs., publicada en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIV (2022).

Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023).

Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón, *El abogado laboralista. Nombres ilustres norteamericanos y sus pares asimétricos españoles*, Atelier (Barcelona, 2024).

Patricia P. Bailey, «The accomplishments of WCL founder Ellen Spencer Mussey», *American University Law Review*, núm. 32 (1983).

Frank S. Bloch y Jon Dubin, *Social security law, policy, and practice. Cases and materials*, West Academic Publishing (St. Paul-Minnesota, 2016).

[29] Véase en su citado sitio en Internet, con acceso directo en https://www.law.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs5421/files/2024-01/509inforeport-62-01-12-2024-edit.pdf, donde consta que el número de estudiantes supera el de 1.600.

[30] Véase Jon Dubin, «Torquemada meets Kafka. The misapplication of the issue exhaustion doctrine to inquisitorial administrative proceedings, *Columbia Law Review*, núm. 97 (1997), págs. 1289 y ss., citado en el caso *Sims v. Apfel*, decidido el 5 junio 2000 (referencia oficial 530 U.S. 103). Sobre este caso y su consecuente, esto es, el caso Carr v. Saul, decidido el 22 abril 2021 (referencia oficial 593 U.S. __), véase Iván Vizcaíno Ramos, «Sobre la naturaleza jurídica ("inquisitiva" o "contenciosa") de la reclamación administrativa de seguridad social previa al contencioso judicial. Un estudio de Derecho comparado, a la luz de la jurisprudencia federal norteamericana», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 39 (2024), págs. 195 y ss.

[31] Véase Frank S. Bloch y Jon Dubin, *Social security law, policy, and practice. Cases and materials*, West Academic Publishing (St. Paul-Minnesota, 2016), 1112 págs.

Kristina M. Campbell, «La protección de los inmigrantes irregulares en los Estados Unidos y la libertad de circulación en una "Unión Americana"», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 22 (2018).

Kristina M. Campbell, «Dacamentados: ¿Destinos pospuestos, aplazados y destruidos?», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020).

Mary L. Clark, «The founding of the Washington College of Law: the first Law School established by women for women», *American University Law Review*, núm. 47 (1998).

Leticia M. Diaz, «A seat at the table: advancing, leading, and deaning while battling presumed incompetence», *Harvard Latin American Law Review*, núm. 26 (2023).

Ruth Bader Ginsburg, «The Washington College of Law founders day tribute», *American University Journal of Gender & the Law*, núm. 5 (1996).

Herma Hill Kay, *Paving the way The first American women law professors*, University of California Press (Oakland-California, 2021).

Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023)

Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2015).

J. Clay Smith, Jr., Yewande D. Dada, Henry Ramsey, Jr., Franklyn G. Jenifer, W. Sherman ROGERS, Sharon Pratt Kelly, Maudine R. Cooper, y Erika P. Mcdaniel, «Howard University School of Law: One hundred and twenty-five years», *Howard Law Journal*, núm. 38 (1994).

Iván Vizcaíno Ramos, «Sobre la naturaleza jurídica ("inquisitiva" o "contenciosa") de la reclamación administrativa de seguridad social previa al contencioso judicial. Un estudio de Derecho comparado, a la luz de la jurisprudencia federal norteamericana», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 39 (2024).

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

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 219-258

Sumario

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS
   1.1. Unión Europea
   1.2. Cotización y recaudación
   1.3. Sanidad
   1.4. Servicios Sociales y dependencia
   1.5. Otras normas de Seguridad Social
   1.6. Planes y fondos de pensiones
   1.7. Igualdad
   1.8. Extranjería
   1.9. Modificación del Estatuto de los Trabajadores
   1.10. Otras normas laborales
   1.11. Inspección de trabajo
   1.12. Garantía de indemnidad de los trabajadores
   1.13. MEDIDAS URGENTES ANTE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA DEPRESIÓN AISLADA EN NIVELES ALTOS (DANA) EN DIFERENTES MUNICIPIOS
   1.14. Otras normas
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. Jurisprudencia seleccionada
   2.1. Prestación por nacimiento y cuidado de menor
   2.2. Viudedad
   2.3. Jubilación: Complemento de brecha de género
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS
   3.1. Derecho Individual
   3.2. Derecho Colectivo
   3.3. Formación
   3.4. Prevención de Riesgos Laborales
   3.5. Protección Social
   3.6. Procesal Laboral
   3.7. Obras generales y otras
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. Unión Europea

— Trabajo en plataformas. - Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (DOUE núm. 2831, de 11 de noviembre de 2024).

La presente Directiva tiene por objeto mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas y proteger los datos personales de las personas que realizan trabajo en plataformas.

En su Preámbulo, la Directiva reconoce que el trabajo en plataformas puede difuminar los límites entre una relación laboral y una actividad por cuenta propia así como las responsabilidades de los empleadores y las de los trabajadores, teniendo consecuencias para las personas afectadas al restringir su acceso a los derechos laborales y sociales vigentes.

Por ello, la presente Directiva establece normas destinadas a apoyar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas y a mejorar las condiciones laborales y la transparencia en lo concerniente al trabajo en plataformas, también en situaciones transfronterizas, así como a proteger a los trabajadores en el contexto de la gestión

algorítmica. Además, establece normas para mejorar la protección de las personas que realizan trabajo en plataformas en relación con el tratamiento de sus datos personales mediante el aumento de la transparencia, la equidad, la supervisión por humanos, la seguridad y la rendición de cuentas de los procedimientos de gestión algorítmica pertinentes en el trabajo en plataformas.

Presunción legal: en la Directiva se establece una presunción legal de una relación laboral en favor de las personas que realizan trabajo en plataformas, considerando dicha presunción como un instrumento eficaz que contribuye en gran medida a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de plataformas. Debe presumirse que, desde el punto de vista jurídico, una relación contractual es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control.

En virtud de todo ello, la Directiva establece:

1) El objetivo de la Directiva es mejorar las condiciones laborales y la protección de los datos personales en el ámbito del trabajo en plataformas mediante:

    a) la introducción de medidas para facilitar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas;

    b) la promoción de la transparencia, la equidad, la supervisión por humanos, la seguridad y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica en el ámbito del trabajo en plataformas, y

    c) la mejora de la transparencia en relación con el trabajo en plataformas, también en situaciones transfronterizas.

2) La Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen, o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, se considera que tienen, un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

3) La Directiva establece además normas para mejorar la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales mediante la introducción de medidas sobre gestión algorítmica aplicables a las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión, incluidas aquellas que no tienen un contrato de trabajo o una relación laboral.

4) La Directiva se aplica a las plataformas digitales de trabajo que organizan el trabajo en plataformas realizado en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento o del Derecho aplicable.

5) El Capítulo II de la Directiva se dedica a la regulación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas:

    1º. Determinación de la situación laboral correcta: La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la realización real del trabajo, incluida la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones en la organización del trabajo en plataformas, independientemente de cómo se denomine la relación

en cualquier estipulación contractual que puedan haber convenido las partes implicadas.

2º. Presunción legal: Se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control, de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de que la plataforma digital de trabajo pretenda refutar la presunción legal, corresponderá a la plataforma probar que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral.

La presunción legal se aplicará únicamente al período que comience a partir del 2 de diciembre de 2026.

6) En el Capítulo III de la Directiva se regula la Gestión Algorítmica, estableciendo limitaciones al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de seguimiento o sistemas automatizados de toma de decisiones y regulando medidas de transparencia en relación con los sistemas automatizados de seguimiento y con los sistemas automatizados de toma de decisiones.

Se deberá garantizar la supervisión por humanos de los sistemas automatizados de seguimiento y de los sistemas automatizados de toma de decisiones.

Las plataformas digitales deberán garantizar la seguridad y salud de forma específica en lo que respecta a los trabajadores de plataformas.

7) El Capítulo IV de la Directiva establece medidas en relación con la transparencia respecto al trabajo en plataformas.

8) El Capítulo V se dedica a las vías de reparación y cumplimiento efectivo, estableciendo medidas como el derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada por el perjuicio sufrido, en caso de vulneración de los derechos que les confiere la presente Directiva; el establecimiento de canales de comunicación para personas que realizan trabajo en plataformas; la protección contra el trato o las consecuencias desfavorables como consecuencia de la interposición de una reclamación contra la plataforma digital de trabajo o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva; y la protección contra el despido o la extinción del contrato de personas que realizan trabajo en plataformas, o cualquier medida equivalente, así como todo acto preparatorio a ese respecto, por el hecho de haber ejercido los derechos establecidos en la presente Directiva.

— **Nacionales de terceros países. - Directiva (UE) 2024/2842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, por la que se amplía la Directiva (UE) 2024/2841 a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro. (DOUE 14-11-2024 nº 2842 -L-2024-81689)**

El objetivo de la presente Directiva es ampliar las normas, los derechos y las obligaciones establecidos en la Directiva (UE) 2024/2841 a las personas con discapacidad que sean nacionales de

un tercer país que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro y que no sean beneficiarios de la Directiva (UE) 2024/2841, y cuya situación de discapacidad o cuyo derecho a servicios específicos sobre la base de una discapacidad, o cuyos derechos a las condiciones y facilidades de estacionamiento reservadas a las personas con discapacidad hayan sido reconocidos por el Estado miembro de residencia, así como a las personas que los acompañan o asisten —incluidos los asistentes personales— o a los animales de asistencia, y, de este modo, facilitar también sus posibilidades de circular o viajar a otros Estados miembros.

El objetivo de dicha Directiva es fortalecer el ejercicio de los derechos de libre circulación de las personas con discapacidad y de mejorar las posibilidades de las personas con discapacidad de viajar a otro Estado miembro o visitarlo durante una estancia corta.

Para ello, la Directiva (UE) 2024/2841 establece el marco de normas y condiciones comunes, incluido un formato común uniforme y accesible, aplicables a la Tarjeta Europea de Discapacidad como prueba de reconocimiento de la situación de discapacidad, o de un derecho reconocido a servicios específicos sobre la base de una discapacidad, para acceder, en igualdad de condiciones, a cualesquiera condiciones especiales o trato preferente ofrecido por autoridades públicas u operadores privados en una variedad de servicios, actividades o instalaciones, incluidos los que se proporcionan sin que medie remuneración, y aplicables a la Tarjeta Europea de Estacionamiento para personas con discapacidad como prueba de su derecho reconocido a las condiciones y facilidades de estacionamiento reservadas a las personas con discapacidad en un Estado miembro distinto de aquel en el que residan.

El artículo 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la acción de la Unión tiene por objeto garantizar, entre otras cosas, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. Es por ello que esta Directiva (UE) 2024/2842 establece la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2024/2841 a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, garantizando así la igualdad de trato.

Se establece como fecha máxima para la transposición de esta Directiva el 5 de junio de 2027.

1.2. Cotización y recaudación

— Orden ISM/1089/2024, de 9 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2024 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 10-10-2024)

Como consecuencia de la prórroga automática de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023), se mantienen en sus propios términos las normas de cotización previstas en el artículo 122, hasta tanto se aprueben los presupuestos correspondientes al año 2024, si bien con la necesaria adaptación a las modificaciones normativas que, con posterioridad a la publicación de la Ley 31/2022, han incidido en este ámbito. En este sentido, el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, establece en la disposición transitoria novena las bases mínimas, máximas y tope de cotización de los regímenes de la Seguridad Social, que se mantienen con carácter transitorio en tanto se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024.

A tal finalidad responde el contenido de esta orden, mediante la cual se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de

las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

1.3. Sanidad

— Tarjeta sanitaria individual. - Real Decreto 922/2024, de 17 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual (BOE 18-9-2024).

El Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, modificado posteriormente por el Real Decreto 702/2013, de 20 de septiembre, regula aspectos relacionados con la tarjeta sanitaria individual (TSI), el código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS) y la base de datos de población protegida del Sistema Nacional de Salud (BDPP-SNS), en cuanto instrumentos esenciales de la interoperabilidad de la información clínica sobre la población protegida entre las administraciones sanitarias, con el fin de mantener la coherencia de los datos de aseguramiento y ser fuente fiable para la gestión de las políticas de cohesión sanitaria.

En vista del desarrollo que está experimentando la digitalización de los sistemas de información, se precisa adaptar este real decreto a los avances de la tecnología, facilitando que las autoridades sanitarias competentes puedan emitir, complementariamente a la tarjeta en soporte físico, una modalidad de la misma en soporte virtual.

Así, las administraciones sanitarias podrán emitir dicho documento utilizando únicamente soporte físico o utilizando soporte físico y soporte virtual. Cuando la tarjeta sanitaria individual se emita en ambos soportes, físico y virtual, la emitida en soporte virtual podrá sustituir a la tarjeta sanitaria en soporte físico, siempre que la persona titular exprese su conformidad.

Con el fin de posibilitar la adecuación técnica de las tarjetas sanitarias virtuales existentes, se establecerá un plazo para su adaptación a los requerimientos necesarios para que sean interoperables en el Sistema Nacional de Salud.

Las administraciones sanitarias deben garantizar la accesibilidad de la tarjeta sanitaria individual a las personas que presenten una situación de discapacidad.

— Fondo de cohesión sanitaria. - Orden SND/976/2024, de 6 de septiembre, por la que se actualizan los anexos I, II y III del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria (BOE 18-9-2024).

El Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria (FCS), contempla que dicho Fondo compensará la asistencia sanitaria prestada a aquellos pacientes residentes en España que se deriven a una comunidad autónoma distinta de aquella en la que tienen su residencia habitual, para ser atendidos en los centros, servicios y unidades designados como de referencia (CSUR) por el Ministerio de Sanidad.

Dicho real decreto establece que serán incorporadas como anexo al mismo las patologías, técnicas, tecnologías y procedimientos atendidos por los CSUR que hayan de ser objeto de compensación con cargo al FCS, recogiéndose en cada caso la cuantía del coste financiado. Asimismo, señala que las patologías, técnicas, tecnologías y procedimientos objeto de financiación por el FCS

habrán de ser revisados y actualizados con la periodicidad adecuada para recoger los atendidos en los CSUR designados de acuerdo con sus normas reguladoras.

Desde la última revisión y actualización (por la Orden SND/1505/2021), el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud ha continuado acordando y revisando patologías, técnicas, tecnologías o procedimientos para los que es necesario designar CSUR en el Sistema Nacional de Salud y los criterios que deben cumplir éstos para ser designados como de referencia.

Por ello, estas nuevas patologías y procedimientos para los que es necesario designar CSUR son los que se incorporan, mediante esta orden, al anexo III del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, así como la cuantía del coste a financiar en cada caso, y además se revisan los procesos que, como consecuencia de lo anterior, hayan resultado afectados entre los que actualmente se contemplan en los anexos I y II de este real decreto.

El resto de procedimientos ambulatorios incluidos en el anexo II se ha actualizado y se han adecuado las tarifas, excepto en las consultas primeras y sucesivas que mantienen las anteriores tarifas.

Por otra parte, por motivos de racionalidad asistencial y evidencia científica se revisan los procesos de los anexos I y III.B.

— **Establecimientos sanitarios. - Orden SND/1002/2024, de 18 de septiembre, por la que se modifica el anexo II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (BOE 21-9-2024)**

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, regula las bases generales de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, y crea el Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios, en el que se recogen las decisiones, comunicaciones y autorizaciones de las comunidades autónomas en materia de autorización sanitaria. En su anexo I se recoge la clasificación de dichos centros, servicios y establecimientos sanitarios y, en el anexo II, las definiciones de centros, unidades asistenciales y establecimientos sanitarios.

La presente Orden modifica el RD 1277/2003 para actualizar la definición de la unidad asistencial «U.47 cirugía estética» del anexo II del real decreto objeto de modificación, reservándose a aquellas especialidades quirúrgicas o médico-quirúrgicas del apartado 1 del anexo I del Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, que tengan competencia para ejercer la cirugía estética de acuerdo con el contenido de sus respectivos programas formativos.

Dicha modificación viene exigida por el continuo incremento de las intervenciones quirúrgicas con finalidades estéticas y de la apertura de centros sanitarios que incluyen entre sus servicios, la oferta asistencial de cirugía estética y la necesidad de conseguir un mayor control en el desarrollo de esta actividad asistencial con la garantía de que sea ejercida por profesionales con las competencias y titulaciones adecuadas.

— Medicamentos. - Orden SND/1074/2024, de 2 de octubre, por la que se procede a la actualización en 2024 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (BOE 8-10-2024)

A través de la presente orden ministerial se procede a la actualización en 2024 de los conjuntos y precios de referencia establecidos por la Orden SND/1186/2023, de 20 de octubre, y para ello se determinan los nuevos conjuntos y se fijan sus precios de referencia, así como se revisan los precios de referencia fijados por la misma.

Igualmente se procede a la supresión de los conjuntos de referencia previamente determinados por no cumplir, por causas sobrevenidas, los requisitos exigibles para su establecimiento.

Así pues, se ha procedido a la formación de los conjuntos con el mismo nivel 5 de la clasificación anatómico-terapéutico-química de medicamentos de la Organización Mundial de la Salud (ATC5) y con idéntica vía de administración, según lo establecido en la normativa vigente.

Con objeto de garantizar el suministro de los medicamentos esenciales, en concreto de aquellos no sustituibles por ningún otro de los actualmente financiados por el Sistema, se ha adoptado la solución de no revisar el precio de referencia de determinadas presentaciones incluidas en los conjuntos. A estos efectos, se considera medicamento esencial aquel considerado como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Estos son los medicamentos que la OMS indica que deben estar disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad.

En los diferentes Anexos de esta orden (hasta 7 Anexos) se relacionan los conjuntos de referencia de las presentaciones de medicamentos.

1.4. Servicios Sociales y dependencia

— Resolución de 24 de noviembre de 2024, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 20 de noviembre de 2024, por el que se modifica el de 28 de junio de 2022, sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 29/11/2024)

El Anexo de esta Resolución recoge el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 28 de junio de 2022, sobre Criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En su redacción inicial, el citado Acuerdo de acreditación establecía en su punto octavo las titulaciones mínimas requeridas para la contratación del personal de atención directa del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En esta redacción inicial, no se prevé que, en situaciones de emergencia social de gran magnitud, puedan quedarse sin cubrir necesidades de atención a la dependencia por escasez de profesionales derivada de la excepcionalidad de la emergencia.

Dada el previsible incremento de situaciones de emergencia social vinculadas con los impactos del calentamiento global o ante la posibilidad de que se den otro tipo de emergencias que puedan conllevar la declaración de estados de emergencia, alarma, excepción o sitio, se considera pertinente permitir a las administraciones competentes la contratación flexible de profesionales, siempre de forma excepcional y vinculados a un tiempo y zona concretos.

Por ello, se acuerda modificar el punto Octavo del título II «Calidad en el empleo», añadiendo un punto 5 al apartado a), personal de atención directa de primer nivel (Ad1N), incluyendo el punto 5), referido a la contratación de personas en estados de emergencia, alarma, excepción o sitio. Se establece un régimen flexible de contratación de personal en situaciones excepcionales de crisis social, ocasionada por desastres naturales, epidemias o contingencias de otro tipo, siempre que la magnitud de las mismas conlleve la declaración de estado de emergencia situación operativa 2 o 3, tal y como se recoge en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil y su real decreto de desarrollo, o la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

En estos casos y cuando se acredite la no existencia de demandantes de empleo con las titulaciones especificas necesarias en la zona afectada donde esté ubicado, bien el centro o institución social o bien donde se preste el servicio de asistencia personal o las labores de auxiliar de ayuda a domicilio, podrán desempeñar estas funciones personas que, careciendo de titulación, preferentemente, tengan experiencia en cuidado y atención de personas dependientes, debiendo las entidades prestadoras de servicios garantizar la supervisión y formación práctica en el puesto de trabajo para mejorar sus competencias profesionales.

La flexibilidad en la contratación será posible mientras dure la declaración de la crisis o bien por un periodo máximo de tres meses.

Corresponde a las Administraciones públicas competentes en Servicios Sociales dictar las resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en su caso, sean necesarias para la aplicación de este régimen provisional excepcional.

1.5. Otras normas de Seguridad Social

— Cierre ejercicio 2024.-Orden ISM/1253/2024, de 6 de noviembre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2024 para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (BOE 13-11-2024)

1.6. Planes y fondos de pensiones

— Real Decreto 1086/2024, de 22 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo (BOE 23-10-2024)

Este real decreto realiza una serie de modificaciones al Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, sobre aspectos necesarios y mejoras técnicas del desarrollo reglamentario que ya se llevó a cabo para la aplicación de las modificaciones que la Ley 12/2022, de 30 de junio, había efectuado en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre), así como una modificación de la Orden ISM/1198/2023, de 2 de noviembre, por la que se determina la remuneración de los miembros de la Comisión de Control Especial de los fondos de

pensiones de empleo de promoción pública abiertos, utilizando un único texto normativo, por razones de economía procedimental, al tener el mismo objetivo la modificación que se quiere hacer.

El artículo único se divide en diez apartados, que modifican los artículos 7, 23, 69, 78, 79, 104, 106, 111, 115 y la disposición adicional decimotercera del Reglamento de planes y fondos de pensiones:

-Se modifica el contenido del artículo 7 para adecuarlo a lo establecido en la redacción actual del artículo 11 del Reglamento de planes y fondos de pensiones. Así, se establece que las personas que se encuentren en la situación de jubilación parcial tendrán como condición preferente en los planes de pensiones la de partícipe para la cobertura de las contingencias previstas en este artículo, pudiendo realizar aportaciones para la jubilación total.

En este caso, las entidades dispondrán de un plazo de seis meses para incluir en su documentación legal el supuesto de cobro de derechos consolidados del plan de pensiones por jubilación parcial y para que los partícipes puedan solicitar el cobro (Disposición adicional única).

-Se delimitan los planes de pensiones que deben realizar la revisión financiera actuarial y se limita la exigencia de la revisión a los planes de aportación definida que garanticen prestaciones causadas solo en el caso de los planes de pensiones de la modalidad de empleo. Se determina que la revisión financiera actuarial de los planes de pensiones se llevará a cabo cada tres años.

-Se clarifica el contenido que deberá incorporar la declaración comprensiva de los principios de la política de inversión en materia de sostenibilidad en el caso de fondos de pensiones de empleo y fondos de pensiones personales, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros.

-Se prevé que la Comisión Promotora y de Seguimiento y la Comisión de Control Especial, en el ejercicio de sus funciones, puedan solicitar asesoramiento jurídico al Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

-En relación con la Comisión de Control Especial, por un lado, se establece el régimen de convocatorias y el régimen de remuneración. Por otro lado, se describen las actividades que se consideran incompatibles con la condición de miembro de la Comisión de Control Especial. Además, se aclara que la información que debe publicar anualmente la Comisión de Control Especial sobre política de sostenibilidad, implicación y ejercicio de derechos políticos es la requerida en el Reglamento de planes y fondos de pensiones.

-La disposición final primera modifica la Orden ISM/1198/2023, de 2 de noviembre, estableciendo la posibilidad de que las organizaciones sindicales o empresariales más representativas puedan percibir directamente las remuneraciones que le correspondan a un miembro de la Comisión de Control Especial propuesto por ellas, en vez de percibirlas el propio miembro, previo acuerdo entre dicha organización sindical o empresarial y el propio candidato. Y, por otro lado, se suprime la actual disposición transitoria única que regula el periodo transitorio para el abono de las remuneraciones de los miembros de la Comisión de Control Especial.

1.7. Igualdad

— Personas LGTBI. - Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas (BOE 9-10-2024)

Este Real Decreto contiene el desarrollo del artículo 15.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que establece la obligación de que las empresas de más de 50 personas trabajadoras cuenten con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

La regulación del contenido y alcance de estas medidas es fruto del diálogo social desarrollado entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y las organizaciones sindicales y empresariales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, que acordaron junto con el Gobierno las medidas, contenidas en el real decreto, avalando así el proceso de elaboración de la norma.

- Este Reglamento se aplicará a todas aquellas empresas comprendidas en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores que cuenten con más de 50 personas trabajadoras en su plantilla. La negociación de las medidas planificadas será voluntaria en las empresas de 50 o menos personas trabajadoras. Estas medidas se extienden también a los trabajadores cedidos por las ETT a empresas usuarias durante los períodos de prestación de servicios.

El protocolo de actuación frente al acoso y la violencia contra las personas LGTBI se aplicará a las personas que trabajan en la empresa, independientemente del vínculo jurídico que las una a esta, siempre que desarrollen su actividad dentro del ámbito organizativo de la empresa. También se aplicará a quienes solicitan un puesto de trabajo, al personal de puesta a disposición, proveedores, clientes y visitas, entre otros.

- En el contexto del citado artículo 15, la determinación del alcance y contenido de estas medidas se llevará a cabo en el seno de la empresa a través de la negociación colectiva y con el acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva de la siguiente forma:

a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, las medidas planificadas se negociarán en el marco de aquellos.

b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, las medidas planificadas serán negociadas en el marco de dichos convenios, los cuales podrán establecer los términos y condiciones en los que tales medidas se adaptarán en el seno de las empresas.

c) Respecto de los convenios colectivos que se encuentren firmados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, la comisión negociadora se reunirá para abordar exclusivamente la negociación de las medidas planificadas previstas en el anexo I, en los plazos establecidos en esta norma.

d) En ausencia de convenio colectivo de aplicación, las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras negociarán las medidas planificadas mediante acuerdos de empresa.

e) En las empresas que no cuenten con un convenio colectivo de aplicación y carezcan de la representación legal de las personas trabajadoras, la negociación de estas medidas planificadas se hará de acuerdo con el artículo 6.4.

- El capítulo III desarrolla el contenido de las medidas planificadas. Se establece su estructura y contenido dentro de los convenios colectivos o acuerdos de empresa y se aclara su periodo de vigencia, así como sus mecanismos de seguimiento, evaluación y revisión.

-Los anexos recogen las medidas planificadas que como mínimo deben contemplarse y la estructura y contenido del protocolo ante situaciones de acoso por orientación e identidad sexual y expresión de género.

1.8. Extranjería

— Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 20-11-2024).

Debido a la evolución del fenómeno migratorio y a la necesidad de adaptar la normativa a una realidad cambiante, se considera necesario aprobar un nuevo reglamento que aglutine las diversas reformas, en lugar de llevar a cabo una modificación parcial del mismo.

En concreto, se plantea simplificar y agilizar los procedimientos, evitando la presentación excesiva de documentos o por vías inadecuadas y la doble comprobación de los mismos requisitos; reducir los tiempos, excesivos, empleados para algunas vías de migración regular; mejorar la concreción jurídica respecto a las figuras y situaciones cubiertas por determinados permisos; contemplar, de manera expresa, los derechos de las personas trabajadoras migrantes, consagrados, además, en el derecho de la Unión Europea; conseguir una mayor claridad, también, en lo relativo a aquellas disposiciones comunes a todas las autorizaciones, como es el caso de la presentación de las solicitudes o las extinciones de las autorizaciones; la regulación de en qué supuestos, y bajo qué condiciones, se puede modificar el estatus migratorio de una persona, y de sus familiares, algo que resultaba necesario dada la confluencia de varias figuras jurídicas y la dificultad, tanto para el operador jurídico como para el propio titular de la autorización, de efectuar esa transición con seguridad jurídica.

Este real decreto se estructura en un artículo único que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales.

Las modificaciones que se introducen en el reglamento afectan de manera generalizada a todas las situaciones de las personas extranjeras en España:

1. En el título I, relativo al régimen de entrada y salida de territorio español, los principales cambios se introducen con el fin de ajustar la normativa española a las disposiciones de la Unión Europea y especialmente al Código de Fronteras Schengen.

2. El título II pasa a disponer todo lo relativo a visados, contemplando su definición, las clases de visado que existen (de tránsito aeroportuario, de estancia de corta duración, y de larga duración), así como el procedimiento y los requisitos en cada caso.

3. El título III, relativo a la estancia, sufre cambios tanto en las estancias de corta duración como en las de larga duración.

— En el ámbito de las estancias de corta duración, se hace una remisión más directa al derecho de la Unión, de aplicación para este supuesto, y se especifican los requisitos para las prórrogas de estancia sin visado, ya en el ámbito del derecho nacional.

— Respecto a las estancias de larga duración, se introducen una serie de modificaciones en la estancia por estudios, movilidad de alumnos, servicios de voluntariado o actividades formativas. El objetivo de la reforma en este ámbito es regular mecanismos que permitan formar talentos, fomentar su empleabilidad y con la nueva regulación de la modificación de estatus, retenerlos.

— Asimismo, se aclara cada tipología de estudios o actividades formativas incluidas en la autorización con el fin de aportar seguridad jurídica y mejorar la transposición de la Directiva 2016/801/UE. Además, se aporta seguridad jurídica respecto al tipo de instituciones y centros en los que se pueden cursar los estudios y las actividades normativas, algo no regulado reglamentariamente hasta ahora.

— Por otra parte, se suprimen de este título las figuras de prácticas no laborales y de actividades de investigación, ya que se encuentran ambas reguladas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

4. El título IV, dedicado a la residencia temporal, recoge grandes cambios respecto a este tipo de autorizaciones:

— Se ordenan los requisitos aplicables, estableciendo unos generales aplicables a todas las autorizaciones de residencia, y requisitos específicos para cada tipo de autorización.

— Se eliminan las figuras de investigación, Tarjeta azul-UE y prestaciones transnacionales de servicios, que se encuentran reguladas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre; y se introduce la autorización de residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española.

— Se regula la autorización de trabajo de duración determinada como una especialidad dentro de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial en línea con la normativa laboral; y, con el fin de flexibilizar el ejercicio de la actividad laboral, se autoriza el trabajo por cuenta propia en paralelo con el trabajo principal por cuenta ajena.

— Respecto a la reagrupación familiar, se establece una edad mínima de dieciocho años para la reagrupación de cónyuges; se introduce la definición de vivienda de acuerdo con Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. También, se clarifican los miembros de la familia que pueden reagruparse; se modifica el periodo de convivencia requerido para el permiso independiente para el/la cónyuge en línea con la reagrupación de familiares de ciudadanos comunitarios que ejercen la libre circulación; y se transpone al ordenamiento jurídico español parte de la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, regulando la expedición de permisos autónomos a los familiares de las personas titulares de una Tarjeta azul-UE por acumulación de periodos en otros Estados Miembros.

— Se crea un nuevo capítulo para regular la autorización de residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española.

Teniendo en cuenta que la figura del arraigo familiar se ha encontrado con importantes limitaciones, se ha considerado la necesidad de regular el estatuto de familiar de personas con nacionalidad española de forma específica en este nuevo Reglamento fuera de la figura de arraigo familiar, dejando la figura de arraigo familiar para regular los supuestos de progenitores de ciudadanos comunitarios.

5. El título V, de nueva creación, está dedicado a las autorizaciones de residencia y trabajo para actividades de temporada.

— Se introduce la autorización de residencia y trabajo para actividades de temporada también a nivel individual.

— Se introducen en el reglamento los contenidos relativos a derechos y garantías de las personas trabajadoras que se preveían anualmente en la Orden Ministerial sobre gestión colectiva de contrataciones en origen, aumentando así la seguridad jurídica y mejorando la correcta trasposición de la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

6. El título VI, relativo a la gestión colectiva de contrataciones en origen regula la contratación de trabajadores de forma colectiva, mientras que los dos títulos anteriores lo permiten de forma individual. Este nuevo modelo de gestión colectiva de contrataciones en origen permite tramitar conjuntamente varias autorizaciones (al menos 10), siempre y cuando las personas extranjeras no se encuentren en España.

7. El nuevo título VII del Reglamento regula los requisitos y el procedimiento para obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en determinadas situaciones, previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tales como por razón de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

— En relación con el arraigo, se ha definido el concepto y los tipos de arraigo que existen: arraigo de segunda oportunidad, sociolaboral, social, socioformativo y familiar.

— Se han modificado los requisitos que se deben cumplir y las características de estas autorizaciones, favoreciendo así el acceso a las situaciones documentadas regulares e impulsando la integración de las personas extranjeras en el mercado de trabajo. Por eso, se ha reducido el periodo de permanencia en España a dos años, excepto para arraigo familiar, y se habilita a trabajar a todas las personas extranjeras que sean titulares de una autorización de residencia temporal por arraigo.

— Se prevén también las autorizaciones por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público. Estas autorizaciones mantienen sustancialmente la misma regulación que la que tenían anteriormente, pero con algunos pequeños cambios.

— Se desarrollan las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales para las víctimas de violencia sexual, previstas en el artículo 31.bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificado por Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, para incluir una nueva autorización de residencia temporal y trabajo para las víctimas de violencia sexual, así como para los hijos e hijas menores de ambas figuras, menores tutelados y mayores de edad que no puedan proveer a sus propias necesidades.

8. El título VIII, que se refiere a las personas trabajadoras transfronterizas, no ha sufrido modificaciones.

9. El título IX, sobre menores extranjeros, regula la residencia de hijos o tutelados, el desplazamiento temporal de menores y los menores extranjeros no acompañados. En cuanto al capítulo referente a menores no acompañados no ha habido cambios.

10. El título X, relativo a la residencia de larga duración introduce ligeros cambios procedimentales para estar en consonancia con la Directiva 2003/109/CE del Consejo.

11. El título XI se refiere a la modificación de las situaciones de las personas extranjeras en España y recoge grandes cambios frente a la regulación anterior con el objetivo principal de trasponer parcialmente al ordenamiento jurídico español parte de la Directiva (UE) 2024/1233, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para las personas trabajadoras de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

12. El título XII regula las disposiciones comunes, clarificando los procedimientos y aumentando la seguridad jurídica.

13. En el Título XIII se regula la documentación de las personas extranjeras.

14. El título XIV se destina a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, derivadas de la reforma legal, y no ha sufrido apenas modificaciones.

15. El título XV contempla las Oficinas de Extranjería y los Centros de Migraciones, reiterando la dependencia orgánica y funcional que aquéllas poseen.

16. Finalmente, el reglamento contiene diecinueve disposiciones adicionales, y una disposición transitoria única relativa a los centros e instituciones de educación superior reconocidos.

— Sistema de acogida de protección internacional. - Orden ISM/1137/2024, de 15 de octubre, por la que se modifica la Orden ISM/680/2022, de 19 de julio, por la que se desarrolla la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante acción concertada. (BOE 21-10-2024)

La Orden ISM/1137/2024 modifica la Orden ISM/680/2022, de 19 de julio, por la que se desarrolla la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante acción concertada. En concreto se modifica el art, 14. 5 de mencionada Orden.

1.9. Modificación del Estatuto de los Trabajadores

— "Permisos climáticos" y otras reformas. - Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 29-11-2024)

La Disposición Final 2ª modifica el Estatuto de los Trabajadores con el objetivo de establecer, con carácter permanente y estable en la ordenación de las relaciones de trabajo, soluciones que permitan que las empresas y las personas trabajadoras puedan llevar a cabo sus actividades en condiciones de seguridad jurídica y de protección de la seguridad y salud, frente a la previsible recurrencia de fenómenos atmosféricos de consecuencias graves y otras catástrofes en el futuro, como consecuencia del impacto del cambio climático.

- Se añade una nueva letra g) al artículo 37.3 del ET, por el que se introduce un nuevo permiso retribuido, de hasta cuatro días, para cuando no sea posible acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, cuando se deban prestar los servicios de manera presencial, como consecuencia del seguimiento de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento de las autoridades competentes, así como, en general, cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso.

Transcurridos los cuatro días, el permiso se prolongará hasta que desaparezcan las circunstancias que lo justificaron, sin perjuicio de la posibilidad de la empresa de aplicar una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor en los términos previstos en el artículo 47.6.

Cuando la naturaleza de la prestación laboral sea compatible con el trabajo a distancia y el estado de las redes de comunicación permita su desarrollo, la empresa podrá establecerlo, observando el resto de las obligaciones formales y materiales recogidas en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y, en particular, el suministro de medios, equipos y herramientas adecuados.

- Se modifica el apartado 6 del artículo 47 del ET para aclarar la posibilidad de que el mantenimiento de esas circunstancias pueda dar lugar a la tramitación de un expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor.

Así, se establece que la fuerza mayor temporal también estará determinada por el mantenimiento, transcurridos los cuatro días previstos en el artículo 37.3.g), de la imposibilidad de acceder al centro de trabajo o a las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, salvo que sea posible el trabajo a distancia en los términos recogidos en dicho precepto. Por el contrario, estas circunstancias no serán constitutivas de fuerza mayor durante la duración del permiso del artículo 37.3.g). Durante la misma, solo podrá justificarse la fuerza mayor en base a otras circunstancias, en cuyo caso los efectos se retrotraerán al momento del hecho causante correspondiente.

- Se introduce una nueva letra e) en el artículo 64.4 del ET por la que se explicita el derecho de la representación legal de las personas trabajadoras a ser informada por la empresa de las medidas de actuación previstas con motivo de la activación de alertas por catástrofes y otros fenómenos atmosféricos adversos, sin perjuicio de los derechos de información, consulta y participación previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Todo ello a los efectos de la adopción de

las respectivas medidas y decisiones, incluidas, entre otras, las previstas en el artículo 21 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

- Se modifica el apartado 1 del artículo 85 del ET, para introducir el deber de que la negociación colectiva incluya protocolos de actuación que recojan medidas de prevención de riesgos específicamente referidas a la actuación frente a catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos.

1.10. Otras normas laborales

— Calendario laboral. - Resolución de 15 de octubre de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2025 (BOE 18-10-2024)

Vista la relación de fiestas laborales para el año 2025 remitida al Ministerio de Trabajo y Economía Social por las diecisiete comunidades autónomas y por las ciudades de Ceuta y Melilla, mediante esta Resolución se publica la relación de fiestas laborales para el año 2025 de ámbito nacional, de comunidad autónoma y de las ciudades de Ceuta y Melilla que figuran como anexo de esta resolución.

— Empresas de Trabajo Temporal. - Orden TES/1324/2024, de 20 de noviembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal (BOE 25-11-2024)

Esta orden tiene por objeto, en virtud de lo previsto en la Orden ESS/1680/2015, de 28 de julio, por la que se desarrolla el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal:

— Aprobar la relación de códigos de identificación que forman parte del número de autorización administrativa de las empresas de trabajo temporal, necesaria para su inscripción en el Registro de Empresas de Trabajo Temporal.

— Establecer el modelo de contrato de puesta a disposición. Se aprueba un nuevo modelo de contrato a disposición, que se ajustará al modelo formalizado que se establece en el anexo II de la Orden TES 1324/2024.

— Regular el modelo de la relación de contratos de puesta a disposición celebrados que las empresas de trabajo temporal deben remitir mensualmente a la autoridad laboral competente.

Esta nueva regulación viene determinada fundamentalmente por la necesidad de adaptación a las importantes modificaciones legales en materia de contratación laboral operadas por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

La disposición derogatoria única deroga la anterior Orden ESS/1680/2015, de 28 de julio, al entenderse actualizada por esta nueva orden.

Los anexos I, II y III recogen, respectivamente, los códigos de identificación de las empresas de trabajo temporal, el modelo de contrato de puesta a disposición y el modelo de comunicación de la relación de contratos de puesta a disposición.

La orden entró en vigor el 1 de diciembre de 2024.

— Fondo de Garantía Salarial. - Resolución de 14 de noviembre de 2024, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, O.A., por la que se modifican los modelos de certificación individual y colectiva de créditos laborales incluidos en la lista de acreedores del procedimiento concursal, que han de acompañar la solicitud de prestaciones de garantía salarial reguladas en el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 2/2015, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 3-12-2024)

Conforme se explica en la Exposición de Motivos, en la instrucción de los expedientes administrativos de prestaciones de garantía salarial, la práctica demostró que el certificado de inclusión de los créditos en la lista de acreedores o por el órgano del concurso se ha mantenido como requisito para el reconocimiento de las prestaciones, si bien las administraciones concursales utilizaban modelos y redacciones particulares. Para solventar posibles incidencias, por Resoluciones de 11 de diciembre de 2018 y de 13 de octubre de 2020 se aprobaron los modelos de certificación individual y de certificación colectiva, respectivamente, de créditos laborales incluidos en la lista de acreedores del procedimiento concursal.

La interpretación rigorista que en la instrucción de las solicitudes de prestaciones con causa concursal se ha venido realizado de la utilización del certificado y su uso abusivo le han convertido, de facto, en la única forma exigida para acreditar el reconocimiento del crédito en el concurso, pese que a no esté previsto en la legislación concursal ni esta legislación le atribuya ningún efecto; hasta el extremo de haber inducido, fortuitamente, la confusión entre reconocer y certificar al establecer la fecha del límite del salario mínimo interprofesional aplicable a las prestaciones de garantía salarial.

Para evitar confusiones al establecer la fecha del límite del salario mínimo interprofesional aplicable a las prestaciones de garantía salarial es necesario incluir un campo en los modelos de certificación individual y de certificación colectiva en la que se indique la fecha de inclusión del crédito en el procedimiento y, de esta manera, evitar la confusión entre ésta y la fecha de la certificación.

1.11. Inspección de trabajo

— Orden TES/1291/2024, de 13 de noviembre, por la que se regula el Registro Electrónico de apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 18-11-2024)

Esta orden tiene por objeto:

— regular los requisitos y condiciones de funcionamiento del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (REA-ITSS),

— adoptar medidas de cooperación por parte de las autoridades competentes que intervienen en el procedimiento sancionador en el orden social para facilitar a las personas interesadas la realización de trámites a través de representante.

— aprobar los modelos que figuran en sus anexos, que podrán utilizarse para su presentación en papel por los sujetos no obligados a relacionarse con el organismo autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social por medios electrónicos.

En el Registro Electrónico de Apoderamientos del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (REA-ITSS), se inscribirán los poderes otorgados «apud acta» a favor de representante, por quien ostente la condición de persona denunciante, de persona inspeccionada o de persona interesada, para actuar en su nombre ante el organismo autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social en una actuación inspectora o un procedimiento administrativo.

También, se enumeran los tipos de apoderamiento inscribibles en el Registro (art. 5) y las formas en las que se podrá realizar el otorgamiento de un poder "apud acta" a solicitud de la persona poderdante o de la persona apoderada (art. 8), así como la aceptación y confirmación expresa de los apoderamientos (art. 9).

Esta Orden entrará en vigor el 2 de enero de 2025.

1.12. Garantía de indemnidad de los trabajadores

— Derecho de Defensa. - Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (BOE 14-11-2024)

La LO 5/2024 regula el derecho defensa, reconocido el art. 24 CE como derecho fundamental indisponible. Las leyes procesales desarrollarán el contenido del derecho de defensa en sus respectivos ámbitos.

La Ley incorpora, de forma expresa, en la Disposición Adicional 3ª, una regulación específica de la protección de la garantía de indemnidad de las personas trabajadoras, ampliando la protección de la misma en los siguientes términos:

— Las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación efectuada ante la empresa o ante una actuación administrativa o judicial destinada a la reclamación de sus derechos laborales, sea ésta realizada por ellas mismas o por sus representantes legales.

— Además la garantía se extiende expresamente al cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que presten servicios en la misma empresa, aun cuando éstos no hubieran realizado la actuación conducente al ejercicio de sus derechos.

En la protección del derecho de defensa se establece, además, que las personas tienen derecho a conocer con transparencia los criterios de inteligencia artificial empleados por las plataformas digitales, incluidas las que facilitan la elección de profesionales de la abogacía, sociedades de intermediación y cualesquiera otras entidades o instituciones que presten servicios jurídicos (art. 12.4).

1.13. MEDIDAS URGENTES ANTE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA DEPRESIÓN AISLADA EN NIVELES ALTOS (DANA) EN DIFERENTES MUNICIPIOS

— Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de respuesta ante los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 06-11-2023)

[corrección de errores BOE 20-11-2024. Convalidación BOE 29-11-2024]

Este RDL 6/2024 adopta un primer conjunto de medidas dirigidas al restablecimiento de la normalidad de las zonas afectadas.

Básicamente, se adoptan medidas en relación con los daños a las personas; medidas fiscales y tributarias; medidas y ayudas directas para los empresarios y profesionales afectados (ayudas directas a trabajadores autónomos y empresarios) y medidas en materia de Seguridad Social.

— En relación con la Seguridad Social se disponen, en otras medidas, la solicitud de exenciones a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas o reducidas a causa de ERTE. También aplazamientos o moratoria en el ingreso de las cuotas de Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, así como ampliaciones del plazo reglamentario de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y suspensiones del procedimiento de recaudación.

— Se establece la posibilidad de solicitar el cese de actividad de trabajadores autónomos que cesen totalmente (de forma definitiva o temporal) en su actividad por motivo del impacto de la DANA. En esta línea, no será necesario ni acreditar que existe fuerza mayor ni el requisito de período mínimo de cotización.

— Se prevén determinadas situaciones como situaciones asimiladas a accidente de trabajo a efectos de prestaciones y pensiones (IT, Pensiones de incapacidad permanente, muerte y supervivencia causadas).

— Real Decreto-ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 12-11-2024)

Esta norma incluye medidas dirigidas a continuar con la implementación de los medios necesarios para mitigar los efectos de la DANA: medidas en materia energética; medidas de carácter tributario y de apoyo a la actividad comercial e industrial; medidas en materia agraria; medidas en materia de vivienda; medidas de saneamiento y depuración; medidas en el ámbito educativo y de formación de personas trabajadoras; medidas de apoyo al sector cultural; medidas en materia de transportes; medidas de apoyo a colectivos vulnerables y otras medidas complementarias, incluidas medidas de carácter sanitario y social, medidas en el ámbito de las mutualidades administrativas y medidas en materia de personal de las Administraciones Públicas afectadas.

El título VI contiene *medidas en materia de empleo*. En concreto, se abordan un conjunto de medidas laborales para la protección de las personas trabajadoras y de las empresas para sostener el empleo. Se configura, de nuevo, un verdadero escudo laboral:

1.- Se reconoce que tanto la situación excepcional provocada por la DANA como sus efectos constituyen un «riesgo grave e inminente» en los términos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, teniendo las personas trabajadoras derecho no solo a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, sino también a no acudir al mismo por cuanto se entiende que el desplazamiento desde o hacia el centro de trabajo las podría colocar en una situación de riesgo.

2.- Se prevén los supuestos que dan lugar a ausencias al trabajo justificadas, retribuidas y no recuperables, por ciertas causas relacionadas con la DANA. Se trata de permisos retribuidos, no recuperables y computados como tiempo de trabajo efectivo.

3.- Se prioriza la prestación de servicios a través de la modalidad de trabajo a distancia, cuando sea posible.

4.- Se establecen especialidades en los expedientes de regulación temporal de empleo relacionados con la situación excepcional de la DANA.

5.- Se regula de manera novedosa las consecuencias derivadas de la imposibilidad total o parcial de prestar servicios en el ámbito del servicio del hogar familiar.

6.- Se prohíbe el despido de personas trabajadoras de las empresas que hagan uso de las ayudas directas o de los expedientes de regulación de empleo previstos con ocasión de la DANA. De producirse el despido, se calificará como nulo y la empresa deberá devolver las ayudas recibidas.

7.- Se garantiza que la suspensión de los contratos temporales a causa de la DANA no afecte a la duración máxima de dichos contratos ni a sus periodos de referencia.

8.- Se regulan medidas especiales sobre protección por desempleo, dirigidas a agilizar el reconocimiento de las prestaciones contributivas por desempleo.

9.- Se prevé un plan de empleo para la contratación de personas desempleadas que llegará a todas las comunidades autónomas con municipios afectados por la DANA y previstos en el anexo del Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre.

El título VII es el encargado de las *medidas en materia de Seguridad Social*;

1.- Se mejora la acción protectora de las prestaciones de clases pasivas.

2.- Se prevé, con carácter de supuesto excepcional, la posibilidad de disponer anticipadamente de los derechos consolidados en los planes de pensiones de los que sean partícipes, fijándose las condiciones y el importe máximo de disposición.

3.- El Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, estableció un incremento del 15 % en las nóminas del Ingreso Mínimo Vital y de la Prestación Familiar, pero se considera necesario establecer un incremento adicional del 30 % del Complemento de Ayuda a la Infancia, en el marco del Ingreso Mínimo Vital.

4.- Se establece una moratoria en la reclamación de prestaciones indebidamente percibidas por los afectados por la DANA. En consonancia con ello, se procede a establecer la suspensión de los procedimientos de recaudación de conceptos distintos a cuotas de la Seguridad Social.

5.- Se extiende la exención de cotizaciones a todos los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) por fuerza mayor que se declaren en la zona afectada por la DANA.

— Prestaciones de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado. -Resolución de 12 de noviembre de 2024, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, para garantizar la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural a las personas mutualistas afectadas por la DANA (BOE 13-11-2024)

Mediante esta Resolución se trata de garantizar de modo urgente la continuidad del pago del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural para quienes ya lo venían percibiendo antes del 29 de octubre de 2024, en previsión de que las personas mutualistas no puedan obtener los partes médicos acreditativos del mantenimiento de la situación.

— Resolución de 12 de noviembre de 2024, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se regula la tramitación electrónica del procedimiento de reconocimiento de las prestaciones por desempleo reguladas en el Real Decreto-ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 13-11-2024)

Esta resolución tiene por objeto regular las especialidades de los procedimientos de gestión de las prestaciones por desempleo a las que se refiere el Real Decreto ley 7/2024, de 11 de noviembre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 del mismo.

Se refiere al régimen especial de la prestación por desempleo previsto para los casos de suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, relacionadas con la DANA. Régimen especial que se extiende a la protección de las personas trabajadoras del hogar.

— Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 29-11-2024)

Mediante este Real Decreto-ley se aprueba un nuevo conjunto de medidas para reforzar la respuesta del Estado en el marco del propio Plan de Respuesta Inmediata, de Reconstrucción y de Relanzamiento de la Comunitat Valenciana, y, en concreto, de la segunda fase del mismo.

El Real Decreto-ley establece un conjunto de medidas de diversa índole: medidas dirigidas a la renovación y compra de vehículos; medidas de carácter procesal y societario; medidas de apoyo en materia de transición energética; medidas complementarias dirigidas a distintos ámbitos y colectivos en los que la DANA ha tenido una especial incidencia (en materia educativa y universitaria; de apoyo al sector cultural; ayudas dirigidas a entidades deportivas; actuaciones en materia de personas con discapacidad; medidas de apoyo administrativo).

Junto a ellas se establecen *medidas en materia de seguridad social y de apoyo a las empresas*:

— Se establece la exclusión del cómputo de ingresos a los efectos del reconocimiento del derecho o mantenimiento de determinadas prestaciones, así como de los complementos por mínimos de las pensiones de la Seguridad Social (capítulo V del Título V).

— Se prevé que las prestaciones económicas de Seguridad Social reconocidas con ocasión de la DANA se financien desde el Estado (disposición adicional decimotercera).

— Se establece una mejora de la protección de los trabajadores por cuenta propia, incluyendo a aquellos que, a fecha de 28 de octubre, venían beneficiándose de la denominada «tarifa plana» de cotización y no estaban obligados a cotizar por la prestación de cese de actividad, permitiendo formalizar la cobertura por cese de actividad en el mismo momento en que se presente la solicitud (disposición final tercera).

— Se prevé la creación del Mecanismo de financiación a autónomos y pequeñas y medianas empresas industriales y turísticas afectadas por la DANA (Mecanismo REINICIA+ FEPYME DANA) (disposición adicional novena).

— Se dispone una nueva línea de financiación destinada a la reconstrucción y recuperación de las capacidades innovadoras del tejido industrial de las zonas afectadas por la DANA (disposición adicional decimocuarta).

— Se establece el régimen aplicable a la ayuda extraordinaria para compensar la pérdida de renta en las explotaciones agrarias afectadas (disposición adicional decimoquinta).

— La disposición final segunda introduce diferentes *novedades en el ordenamiento jurídico laboral*:

Se modifica así el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo un nuevo permiso retribuido, de hasta cuatro días, para cuando no sea posible acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo; estableciendo una regulación general sobre los ERTEs, derechos de información a la representación legal de los trabajadores y negociación colectiva en supuestos de catástrofe o fenómeno meteorológico adverso.

1.14. Otras normas

— Informante.-Real Decreto 1101/2024, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. (BOE 30-10-2024)

Este Real Decreto aprueba la creación de la Autoridad Independiente de Protección del informante, como consecuencia de lo establecido en el Título VIII de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Se regula la naturaleza y régimen jurídico de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. Se trata de un ente de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena autonomía e independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Se reconoce su autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones, debiendo actuar siempre con plena independencia del Gobierno, de las administraciones públicas y de cualquier otra organización pública o privada.

Se establece como fin de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., garantizar la protección de la persona informante, servir de pilar institucional en la prevención y la lucha contra el fraude y la corrupción, y en la garantía de la integridad de las administraciones y del personal al servicio del sector público, actuando en coordinación en su caso, con otros organismos de control ya existentes en la Administración del Estado y con autoridades similares de otras administraciones territoriales.

En lo que concierne a sus funciones, son las derivadas de la aplicación del artículo 43 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero; entre otras:

— Supervisión del cumplimiento de la Ley de Protección del Informante, sirviendo de pilar institucional en la prevención y la lucha contra el fraude y la corrupción. En este sentido, la Autoridad recibirá las denuncias por medio de un canal seguro, se realizará la correspondiente comprobación y, si procede, se remitirá a la Fiscalía. En todo momento, se mantendrá el anonimato del denunciante.

— Promoción de guías interpretativas útiles para que las entidades implementen de forma adecuada sus sistemas internos de información. Entre otros, adopción de medidas de protección frente a represalias como, por ejemplo, la nulidad de los actos que supongan dicha represalia.

— La llevanza del canal externo de comunicaciones, la asunción de la condición de órgano consultivo y de asesoramiento del Gobierno en materia de protección del informante, la elaboración de modelos de prevención de delito en el ámbito público, o la asunción de la competencia sancionadora en la materia.

— Desarrollo de guías sobre la implementación de modelos de prevención en el ámbito público.

El Real Decreto además establece la estructura orgánica de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., y regula la composición y funcionamiento de la Comisión Consultiva de Protección del Informante, y el régimen de personal, funcionario o laboral, la asistencia jurídica de la citada Autoridad y el procedimiento de elaboración de las Circulares de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.

— Cooperación judicial.- Ley Orgánica 4/2024, de 18 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para su adecuación a la normativa de la Unión Europea sobre el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) (BOE 19-10-2024)

— Facturación de empresarios y profesionales.- Orden HAC/1177/2024, de 17 de octubre, por la que se desarrollan las especificaciones técnicas, funcionales y de contenido referidas en el Reglamento que establece los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación, aprobado por el Real Decreto 1007/2023, de 5 de diciembre; y en el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre (BOE 28-10-2024)

El objeto de la presente orden es detallar los aspectos técnicos, funcionales y de contenido recogidos en el Reglamento que establece los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación, aprobado por el Real Decreto 1007/2023, de 5 de diciembre.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

2.1. Prestación por nacimiento y cuidado de menor

— STC, Pleno, de 6 de noviembre de 2024, Rec. 6694/2023. Permiso por nacimiento y cuidado de hijo de madres biológicas de familias monoparentales

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el art. 48, apartados 4, 5 y 6, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en conexión con el art. 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Permiso por nacimiento y cuidado de hijo de madres biológicas de familias monoparentales: Inconstitucionalidad del art. 48.4 ET y art. 177 LGSS por no poder las familias monoparentales ampliar el permiso por nacimiento más allá de 16 semanas.

El Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, no puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado (siendo ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga) la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el art. 48, apartados 4, 5 y 6, del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con el art. 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró que las previsiones legales cuestionadas suponen un trato discriminatorio hacia el menor perteneciente a una familia monoparental, ya que

implican que recibirá un tiempo de cuidado inferior que el nacido en una familia biparental, a pesar de que tiene idénticas necesidades. También que, aunque los preceptos cuestionados tienen carácter neutro, se produce una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que el impacto negativo y desfavorable de esa regulación incidiría de manera más intensa sobre las mujeres trabajadoras, que encabezan mayoritariamente las familias monoparentales.

El análisis se circunscribe al art. 48.4 ET, en relación con el art. 177 LGSS, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que no prevén un régimen específico para el disfrute de los permisos por nacimiento y cuidado de menor, así como la percepción de las correspondientes prestaciones de la seguridad social, en el seno de una familia monoparental. Ello hace que, en un caso como el que ahora se presenta, en el que existe un único progenitor, que es la madre biológica, la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto (así como la correspondiente prestación económica de la seguridad social, cuando se cumplan los requisitos de afiliación y cotización previstos en la LGSS) se reconoce únicamente a la trabajadora, madre biológica, por 16 semanas, de las cuales son obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto.

Legitimidad constitucional de la diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental: finalidad perseguida y proporcionalidad:

Señala el Tribunal Constitucional que las finalidades que persigue la regulación vigente al equiparar los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor son la conciliación y la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Pero lo que ahora se plantea no pone en duda esa equiparación, sino el hecho de que la norma no prevea la posibilidad de que la primera extienda su permiso por el período que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el impacto que esa omisión tiene en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales. Es una omisión sin justificación.

La legitimidad en abstracto de las finalidades que persigue la norma no pueden hacer perder de vista que la cuestión que ahora se plantea no pone en duda la equiparación de los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor, sino el hecho de que la norma no prevea la posibilidad de que la primera extienda su permiso por el período que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el impacto que esa omisión tiene en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales. La justificación de esa omisión no puede hallarse en la voluntad del legislador de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos -indiscutible desde el punto de vista del art. 39.3 CE-, en tanto en las familias monoparentales la corresponsabilidad no es sino una quimera, al no existir un segundo progenitor con el que poder compartir las tareas de cuidado y atención. Tampoco puede justificarse tal omisión en la voluntad del legislador de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, en tanto parece indiscutible que los progenitores de familias monoparentales tienen -al menos- las mismas necesidades de conciliación que los de familias biparentales y, a pesar de ello, las normas enjuiciadas les ofrecen posibilidades de hacerlo distintas.

Más dudas plantea para el Tribunal Constitucional el último argumento aportado por la fiscalía general del Estado y el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en tanto parecen asumir, sin aportar dato concreto alguno, que la extensión del permiso de nacimiento y cuidado de menor a la trabajadora, madre biológica de familia monoparental, por el tiempo que habría correspondido al otro progenitor, en caso de existir éste, iría en detrimento de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres. Aun siendo conscientes, como ya hemos dicho, de que la maternidad tiene una peculiar incidencia respecto de la situación laboral de las mujeres y puede incidir negativamente en

su acceso y permanencia en el empleo, asumir el genérico argumento de la fiscalía general del Estado y del letrado de la Administración de la Seguridad Social, en un contexto normativo de equiparación de los derechos de ambos progenitores en lo que se refiere a los permisos de nacimiento y cuidado de menor, presupone reconocer a los empleadores un conocimiento de aspectos íntimos de la vida de sus empleados; conocimiento que, en principio, les está vedado ex art. 18 CE.

El Tribunal Constitucional establece que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social, pero que, sin embargo, una vez dispuesta una determinada herramienta de protección (art. 39 CE), su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del art. 14 CE. Y es esto lo que legislador no hace, al introducir -mediante su omisión- una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales, que no supera el canon de razonabilidad y proporcionalidad, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada y declara que los arts. 48.4 ET y 177 LGSS, al no prever la posibilidad de que, en circunstancias como las descritas en el caso del que trae causa la presente cuestión, la madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas, disfrutando del permiso (y también de la correspondiente prestación económica de la seguridad social) que se reconocería al otro progenitor, en caso de existir, generan ex silentio una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales.

Aunque el Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que no es su tarea la de definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste de una ley al texto constitucional, el Tribunal considera necesario (como lo hizo en la STC 15/2020 , de 28 de enero, FJ 3, y las allí citadas) precisar que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 ET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (16 semanas), el previsto en el segundo para progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las 6 primeras).

Anuncian formulación de voto particular concurrente el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada Concepción Espejel Jorquera.

2.2. Viudedad

— STS núm. 1206/2024, de 17 de octubre de 2024 (Nº de Recurso: 3336/2022).

Viudedad: la actora cumple con el requisito de ser víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, como exige el artículo 220.1 LGSS.

En efecto, atendiendo a las circunstancias del caso, no parece dudoso que en el momento de la separación o del divorcio existía "una razonable conexión de funcionalidad temporal, una proximidad que ponga de relieve la probabilidad de que la ruptura del matrimonio" esté relacionada con la violencia de género.

En el presente supuesto, la conexión temporal de la violencia de género con la ruptura del matrimonio es evidente en el caso de la separación. La sentencia de separación judicial es del año 2000 y la actora había presentado denuncias contra su cónyuge en 1998, 1999 y 2000, recayendo sentencia condenatoria en el año 2000.

Pero lo que sucede es que la violencia de género prosiguió tras la sentencia de separación del año 2000. En efecto, la actora presentó denuncia el 2 de septiembre de 2004, lo que dio lugar a un juicio de faltas dictándose orden de alejamiento y recayendo sentencia condenatoria del causante el 7 de septiembre de 2004. Además, el 30 de marzo de 2005 recayó sentencia condenatoria del causante por malos tratos y amenazas. Y, finalmente, como ya hemos señalado, la sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Igualada de 23 de febrero de 2011 condenó al causante por la comisión de una falta de amenazas.

En este contexto, y aplicando los "criterios flexibles" y los "conceptos abiertos que permitan una mejor atención a las situaciones de necesidad (artículo 41 CE), al menos en casos determinados", a los que apela la STS 524/2021, no podemos sino concluir que también existió una razonable conexión temporal con el momento del divorcio.

Debemos señalar, adicionalmente, en primer lugar, que el párrafo tercero del artículo 220.1 LGSS se refiere al momento de la separación judicial "o" el divorcio por sentencia firme; en el presente caso se dio tanto la separación como el divorcio. Y, en segundo lugar, tampoco está de más señalar que el periodo no superior a diez años a que se refiere la disposición transitoria decimotercera.1 LGSS se relaciona con la no exigencia de pensión compensatoria y no con la violencia de género.

Reitera doctrina: STS 524/2021, de 12 de mayo (rcud 4697/2018)

2.3. Jubilación: Complemento de brecha de género

— Sentencia del T.S.J. Castilla-León, Valladolid, núm. 621/2024, de 5 de abril de 2024 (Rec. Suplicación 2770 /2022-A-).

El motivo de suplicación tiene por objeto el examen del artículo 60 LGSS, entendiendo la recurrente que tiene derecho al complemento del citado artículo a pesar de que sus dos hijos fallecieron nada más nacer. En los hechos probados se constata que la demandante dio a luz a un varón en 1983 que nació muerto, y a un segundo hijo en 1985 que falleció unas horas después, siendo inscrito en el Libro de Legajos de Abortos del Registro Civil de Salamanca.

En relación al feto que ha sido alumbrado muerto, la Sala Cuarta se ha pronunciado en el sentido de entender que no debe tenerse en cuenta a la hora de devengar y calcular el importe del complemento de maternidad por aportación demográfica que regula el art. 60 LGSS, en su anterior redacción conforme al RD leg.8/2015, de 30 de octubre, dado que no adquiere la condición legal de hijo nacido, ni habría dedicación y cuidado, concluyendo que, en consecuencia, si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en el esquema legal actual, en el que ninguna duda queda que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa legal derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica (por todas, STS de fecha 30 de noviembre de 2023, Sentencia 1073/2023; Recurso: 4103/2021; Ponente: Sebastián Moralo Gallego).

Dado que es de aplicación el artículo 60 de la LGSS en su redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto ley 3/2021 de 2 de febrero, es requisito haber tenido 2 o más hijos, por lo

que habiendo resuelto la Sala Cuarta que el alumbrado fallecido no ha de computarse a dichos efectos, falta el requisito esencial y constitutivo para que el mismo pueda ser reconocido, por lo que no cabe más que, con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia de instancia.

— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1.000/2024, de 06/06/2024 (Rec. de Casación núm. 5740/2022)

Resuelve sobre los efectos retroactivos del complemento de maternidad en una pensión de jubilación del régimen de Clases Pasivas del Estado.

El demandante pasó a la situación de retiro en 2019 y en 2021 solicitó la revisión de la pensión reconocida para incluir el complemento de maternidad regulado en la disposición adicional decimoctava del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (LCPE), Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Aparte de tal reconocimiento, interesó que fuese con las actualizaciones debidas y el pago de los atrasos desde la fecha de efectos de la prestación más los intereses legales. La sentencia ahora impugnada (con apoyo en la STS 1380/2021, de 25 de noviembre, recurso de casación 4535/2020) declaró su derecho a que a la pensión de retiro por edad se le aplicase un complemento sobre el importe de la pensión por tener dos hijos. En tal punto la sentencia de instancia es, por tanto, firme, pues no la impugna la Administración, sí el demandante en cuanto a los efectos retroactivos que la sentencia anuda a tal reconocimiento y que resuelve remitiéndose sin más al artículo 7.2 del LCPE que prevé que el derecho al reconocimiento de las prestaciones podrá ejercitarse desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de que la retroactividad máxima de los efectos económicos de tal reconocimiento sea de tres meses a contar desde el día primero del mes siguiente a la presentación de la correspondiente solicitud.

En su sentencia, la Sala entiende que no es cuestión litigiosa el derecho del demandante a la percepción del complemento de pensión con base en la disposición adicional decimoctava de la LCPE: en este punto la sentencia impugnada es firme. Lo litigioso, a efectos casacionales, se centra en la retroacción de los efectos económicos y sobre la cuestión de interés casacional hay, ciertamente, pronunciamientos contradictorios entre los Tribunales Superiores de Justicia, si bien el planteamiento más extendido es el que sostiene el ahora recurrente.

Sin embargo, hay razones para inaplicar el artículo 7.2 de la LCPE, porque no se trata de una solicitud de prestación sino de revisar la pensión reconocida, lo que permite aplicar el artículo 13.1 del Real Decreto 5/1993. Pero hay otra razón de peso como es que a esa conclusión nos lleva la jurisprudencia de la Sala Cuarta, que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tal cuestión, a diferencia de esta Sala Tercera.

La sentencia invoca la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por constituir la Seguridad Social un sistema cuyos regímenes General y especiales -ahora el de Clases pasivas- presentan la misma regulación en cuanto al complemento de maternidad: los artículos 53, 60 y 212 de la LGSS, tienen su reflejo en el artículo 7.2 y disposición adicional decimoctava de la LCPE. Así se advierte en la STS, Sala Tercera, 1380/2021 y, es más, el propio Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, del que procede la regulación actual de ambas leyes, expresamente dice que la LCPE en este punto es una réplica de la LGSS.

Por tanto, dentro del sistema de prestaciones de la Seguridad Social hay dos normativas coincidentes, por lo que en aquello que sea común la jurisprudencia debe coincidir en su función hermenéutica, ya proceda de este orden jurisdiccional como del Social. Por ello, se aplica la jurisprudencia establecida por la Sala Cuarta, en sus sentencias más recientes (sentencias 322 y

324/2024, ambas de 21 de febrero, dictadas en los recursos de casación para unificación de doctrina 862 y 1083/2023, respectivamente), que resuelven lo siguiente:

1º Sobre si el complemento de maternidad sobre la pensión de jubilación goza de la misma naturaleza jurídica que la pensión a la que complementa, la Sala considera que tal complemento no es ni puede considerarse una prestación específica, independiente, autónoma, sino que es accesoria de la pensión en este caso, de jubilación forzosa, luego los efectos económicos del complemento de maternidad se retrotraen a la fecha en que se causó la pensión, esto es, al hecho causante, siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS, en nuestro caso los de la disposición adicional decimoctava de la LCPE.

2º La Sala Cuarta expresamente cita en sus sentencias la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023, C-113/22 que, en cuanto a los efectos retroactivos del reconocimiento del complemento, dice que constatada una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el principio de igualdad exige al juez nacional conceder a los desfavorecidos las mismas ventajas de quienes están en una categoría privilegiada.

3º Esa misma sentencia del TJUE añade que el juez nacional no puede limitarse a reconocer ese complemento con efectos retroactivos sino, además, una reparación pecuniaria que compense íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos por la discriminación.

4º Se ha reconocido que, por aplicación de los principios de interpretación conforme del Derecho de la Unión, de cooperación leal (artículo 4 del Tratado de la Unión Europea), y de efecto útil, el reconocimiento del complemento de maternidad debe producir efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión, siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS.

5º En consecuencia, y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, se declara que, una vez reconocido el complemento de maternidad regulado en la disposición adicional decimoctava de la LCPE, los efectos económicos se retrotraen a la fecha en que se causó la pensión a la que complementa.

Por todo ello, se estima el recurso de casación, se casa y anula la sentencia en lo que hace a los efectos económicos y se retrotraen los efectos económicos del complemento de maternidad al 1 de septiembre de 2019, lo que implica la percepción de los atrasos entre esa fecha y el 1 de enero de 2021. Se añade, además, que la percepción de los intereses cumple el fin resarcitorio al que se refiere la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023, C-113/22.

— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 848/2024, de 04/06/2024 (Rec. de unificación de doctrina 1289/2023)

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si resulta aplicable el complemento de maternidad por aportación demográfica a una pensión de jubilación anticipada, causada al amparo del Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio.

El art. 60.4 de la LGSS en su versión vigente a la fecha del hecho causante de la jubilación del actor a los 64 años, el 1 de diciembre de 2019, establecía que: 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.

El beneficiario accedió a la jubilación a los 64 años de edad, al amparo del RD 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo.

Esta especial forma de jubilación ha sido considerada como una modalidad de jubilación anticipada por sentencia de esta Sala núm. 490/2021, de 5 de mayo (rcud. 2392/2019). No es discutible el carácter de jubilación anticipada, un año antes del cumplimiento de la edad legal de jubilación de los 65 años y, tampoco, el de voluntaria, a través de solicitud del interesado, sin perjuicio de que se condicionara al hecho de que la empresa, bien por permitirlo el Convenio Colectivo de aplicación, bien por llegar a un acuerdo con el trabajador, contratara al mismo tiempo a otro trabajador.

Sin embargo, el art. 60.4 de la LGSS, a la hora de excluir el complemento de maternidad, se remite expresamente al art. 208 de la LGSS, es decir, a los casos de jubilación anticipada voluntaria por esa vía, lo que indica la voluntad del legislador de excluir, únicamente, del complemento de maternidad por aportación demográfica, a la jubilación anticipada voluntaria por vía del art. 208 LGSS y no por otra modalidad de jubilación a una edad anterior a la ordinaria.

Es cierto que la norma que recogía esa modalidad especial de jubilación anticipada se encontraba, por la Ley 27/2011, derogada al momento en que se reconoció el complemento de maternidad, por aportación demográfica, que lo fue por la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, por el que se adicionó a la LGSS de 1994 el art. 50 bis, pero ello no implica que no existieran, al momento del establecimiento de ese derecho prestacional, trabajadores que pudieran acceder a aquella jubilación anticipada en tanto que las disposiciones transitorias de la LGSS, destinadas a la aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a la pensión de jubilación así lo venía disponiendo, e incluso estableciendo otras modalidades añadidas (por ejemplo en la D. Transitoria 3ª LGSS 1994, además de la que se recogía en el art. 161 bis de la LGSS 1994, vigentes cuando se introdujo el complemento de maternidad en cuestión y que, tampoco estaban contempladas en el art. 50 bis, entonces vigente). Y que también en el presente caso ocurre para los trabajadores a los que se les aplique transitoriamente la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012, como se infiere de la Disposición Transitoria 4ª.5 de la vigente LGSS.

De este modo, si el art. 60.4 de la LGSS hubiera querido excluir del citado complemento a todos los casos de jubilación anticipada voluntaria sin distinción, así lo podría haber hecho sin remitirse a un concreto precepto de la normativa de seguridad social, en cuyo caso cabría entender que estaba incluida esta modalidad especial de jubilación anticipada a los 64 años, pero no haciéndolo y citando expresamente la vía del art. 208 de la LGSS, existiendo otras, cabe concluir que en este caso sí tiene derecho al complemento.

Es más, el legislador de 2015, al introducir el art. 50 bis en la LGSS de 1994, excluyendo expresamente de su ámbito la modalidad de jubilación anticipada del art. 161 bis. 2 B), lo que hizo fue mantener el derecho a la prestación del complemento de maternidad para otras modalidades de jubilación anticipada que, entonces recogidas en el mismo precepto legal, el citado art. 161 bis contemplaba y que, también, eran voluntarias, como la recogida en el art. 161 bis.1 párrafo segundo, a favor de las personas con discapacidad (hoy art. 206 bis de la vigente LGSS). Esto es, hay una clara voluntad legislativa de lo que no debía verse beneficiado por el complemento de maternidad, por aportación demográfica.

Además, razones de la propia configuración de la protección en materia de jubilación, en las diferentes modalidades, justificaría que el legislador solo estuviera atendiendo a concretas clases de acceso a esa protección del sistema de Seguridad social.

El art. 208 de la LGSS regula la jubilación anticipada por voluntad del interesado que tiene un régimen jurídico distinto al previsto en el RD 1194/1985, ya que el art. 208 de la LGSS, con carácter general, permite acceder a la jubilación desde dos años antes de la edad legal, lo que puede suceder a los 63 años, con tan solo 35 años cotizados, frente a los requisitos generales del art. 205 LGSS que exige 38 años y medio para jubilarse a los 65 años.

Este régimen jurídico del art. 208 LGSS es el que justificó la ausencia de vulneración del principio de igualdad y no discriminación en su exclusión del art. 60.4 de la LGSS en relación con el complemento de maternidad, como dijo la Sala en la STS 393/2023, de 31 de mayo (rcud. 2766/2022), recordando el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 20 de noviembre, que calificó de notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano judicial proponente y destacó que la diferencia introducida por el legislador entre los supuestos de jubilación anticipada voluntaria e involuntaria tiene una justificación objetiva y razonable que convalida la perfecta constitucionalidad de la norma. Dicho Auto del Tribunal Constitucional aludió a que la medida cuestionada se explica también desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya que la jubilación anticipada acorta el período de contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla, y ratificó asimismo la proporcionalidad de esa diferencia entre una y otra clase de jubilación, en tanto que se trata de un complemento de la pensión, de tal suerte que las madres que, como la recurrente en el proceso a quo, accedan a la jubilación por la vía del art. 208 TRLGSS, renunciando con ello a completar su carrera de seguro, quedan simplemente asimiladas a las mujeres que no hayan sido madres de dos o más hijos y a los hombres, en lo que debe tenerse, además, especialmente en cuenta el amplio margen de decisión que este Tribunal ha reconocido al legislador en la configuración del sistema de la Seguridad Social, en particular, a la hora de regular y modificar las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas, lo que conduce finalmente a concluir que la diferencia de trato debe entenderse proporcionada, sin que produzca resultados especialmente gravosos o desmedidos .

En este caso no solo no se está ante una jubilación anticipada voluntaria del art. 208 de la LGSS, sino que el acceso a la jubilación anticipada por vía del RD 1194/1985 no justifica la misma solución, ya que esta norma tan solo permite una rebaja de un año de la edad exigida por el sistema para jubilarse, en el resto, se aplica el mismo régimen jurídico de una jubilación ordinaria, de modo que el porcentaje sobre la base reguladora será el correspondiente a la carrera de seguro acreditada a los 64 años; a tal efecto, el actor accedió a la jubilación con el 100% de la base reguladora y acreditando un total de 38 años y 153 días, sin perjuicio, además, de que existe como condición ineludible el necesario compromiso de sustitución por parte del empresario, de modo que el sistema ve compensada la marcha del trabajador que se jubila con la llegada de otro que ocupa su lugar, uno por uno, lo que marca la diferencia desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema entre una y otra vía.

Esas diferencias entre la jubilación anticipada voluntaria del art. 208 de la LGSS y la prevista en el RD 1194/1985 justifican que el legislador no haya previsto de forma expresa que la misma quede excluida del complemento de maternidad y de que no se trate, simplemente, de un olvido o laguna

que haya que integrar considerando, sin más, que estamos ante una jubilación anticipada y voluntaria como concluyó la sentencia de contraste.

Por último, la Sala considera también procedente acudir a una interpretación literal, conforme a la sentencia núm. 505/2023, de 12 de julio de 2023 (rcud. 2648/2020), cuando es criterio usual de la Sala atender al principio pro beneficiario en el supuesto de textos con dudoso significado no atendible por los habituales criterios exegéticos, que en este caso implica la ausencia de duda respecto de que el art. 60.4 de la LGSS no ha excluido a esta modalidad especial de jubilación y no lo ha hecho por las indudables diferencias que presenta respecto de la jubilación anticipada voluntaria del art. 208 de la LGSS.

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, núm. 459/2024, de 3 de junio del 2024 (Recurso de Suplicación 0000324/2024)

Reconoce el derecho a una indemnización por daños y perjuicios causados, por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo al denegarse por el INSS al demandante -progenitor varón- el complemento de maternidad del artículo 60 LGSS una vez que el TJUE, en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) ya había establecido que la denegación de dicho complemento al varón suponía una discriminación por razón de sexo y que la normativa que lo regulaba era, por tanto, contraria al derecho de la Unión. Sigue la doctrina del Tribunal Supremo sentada en la STS 977/2023, de 15 noviembre (rec. 5547/2022), por la que se da cumplimiento a la STJUE de 14 de septiembre de 2023, seguida entre otras por la STS 393/2024, de 26 febrero (rec. 3956/2022). En ellas se afirma que el TJUE establece, con toda claridad, que la indemnización a percibir debe incluir las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. Derecho Individual

Álvarez Del Cuvillo, A.: *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*. Tirant lo Blanch, 2024 ISBN: 9788410568600 (papel) 9788410568617 (ebook). Páginas 448

Baylos Grau, A. (Coor.): *La Reforma del despido*, Bomarzo, 2024. ISBN: 978-84-19574-64-0310 págs.

Blasco Jover, C.: *Cuestiones clave sobre la readmisión y los salarios de tramitación en el despido improcedente.* Tirant lo Blanch, 2024. ISBN 978-84-1071-0004-7. 278 páginas

Gil Otero, L.: *La economía de plataformas ante las categorías clásicas del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410564909. ISBN Ebook: 9788410564916. 260 págs.

López Balaguer, M. (Coord.), Aragón Gómez, C., Fernández Prats, C. García Testal, E., Nieto Rojas, P., Rodríguez Rodríguez, E.: *Los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad (RD-Ley 5/2023 y RD-Ley 2/2024)*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN: 978-84-1378-066-5. Páginas: 292

Román Vaca, E. (Coord.): *Necesidades empresariales y tutelas laborales*, Monografía de Temas laborales nº 67, 2024 (Acceso público)

Sala Franco, T.: *La modificación de las condiciones de trabajo*. 1ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, 2024. 132 págs. ISBN Papel: 9788410710597. ISBN Ebook: 9788410710603

San Martín Rodríguez, A.J.: *El delicado tratamiento del consumo de drogas en el trabajo en España*, Colex, 2024. ISBN: 978-84-1194-640-7. Páginas: 328

VVVA: *Memento de contrato de Trabajo 2025-2026*, Lefebvre, 2024. ISBN: 978-84-10128-89-7. Páginas: 1.200.

VV.AA.: *Memento tiempo de trabajo 2025-2026.* Lefebvre, septiembre 2024. ISBN: 978-84-10128-71-2. Páginas: 775.

3.2. Derecho Colectivo

Collado García, L, Romero Ródenas, M.J, Tarancón Pérez, E. Trillo Párraga, F.: *La representación de los y las trabajadoras en la empresa*, Bomarzo, 2024. ISBN: 9788418330353. Páginas: 340

Dumortier, G., Loiseau, G., Lokiec, P., Pécaut-Rivolier, L.: *Droit de la négociation collective 2024-2024*, 2ª édition. Dalloz, París, 2024. EAN: 9782247228553. 650 pages.

Gárate Castro, J.: *Derecho Sindical, volumen II. Negociación colectiva laboral*. Bomarzo, 2024. ISBN: 978-84-19574-57-2. Páginas: 357

García Murcia, J., Torres De León, V. (Dirs.): *Negociación colectiva y solución de conflictos de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. ISBN Papel: 9788410716452. ISBN Ebook: 9788410716469. 564 págs.

Gorelli Hernández, Juan: *La dimensión temporal del convenio colectivo*, Editorial BOE, 2024- ISBN: 9788434030091. 268 págs.

3.3. Formación

Cristóbal Roncero, M.R.: *El permiso de formación para el empleo (análisis del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores*. Editorial BOE, 2024. ISBN: 9788434029798. Páginas 146

Villalba Sánchez, A.: *El derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Aranzadi, 2024, ISBN: 9788411240062, 150 págs.

3.4. Prevención de Riesgos Laborales

Rodríguez González, S. (Dir.): *La redimensión de la salud laboral con perspectiva de género*, Atelier, 2024. ISBN: 9791387543044, 338 págs.

Vicente Pachés, F.: *La gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. Contenido de un protocolo específico de actuación y prevención del ciberacoso laboral*, Aranzadi, 2024. ISBN: 9788410308343, 180 págs.

3.5. Protección Social

Alameda Castillo, M.T.: *La flexibilidad del modelo como apuesta en la pensión de jubilación. Especial referencia a las jubilaciones en el RETA*. Dykinson, 2024. ISBN: 9788410705371. ISBN electrónico: 978-84-1070-612-5. Páginas: 237

Laborda Ibañez, M: *Los planes de pensiones de Empleo. El principio de no discriminación*, Editorial BOE, 2024. ISBN: 9788434030039. Pág.: 244.

Rodríguez Iniesta, G., Sempere Navarro, A.V.: *Protección por desempleo tras la reforma de 2024*, Laborum, 2024. ISBN: 9788410262300. Páginas: 200

3.6. Procesal Laboral

Moreno Pérez, J.M.: *El orden social como jurisdicción integral del empleo público. Balance y propuesta a la luz de la experiencia de la prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, 2024, 324 págs.

Selma Penalva, A. (Dir.): *Derecho Procesal laboral y sociedad digital.* Aranzadi, 2024, 275 págs.

Vizcaino Ramon, I.: *La intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procesos laborales*, Atelier, 2024. ISBN: 9788410174986. Páginas: 166

VVAA: *Memento Procedimiento Laboral 2025-2026.* Lefebvre, 2024. ISBN: 978-84-10128-88-0. Páginas: 2.039

3.7. Obras generales y otras

Álvarez Del Cuvillo, A.: *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410568600. ISBN Ebook: 9788410568617. 448 págs.

Arufe Varela, A., Martín Girón, J.: *El abogado laboralista: nombres ilustres norteamericanos y sus pares asimétricos españoles*, Atelier, 2024. ISBN:9788410174924. Páginas:252

Barrio Andrés, M. (Dir.): *El reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410713031. ISBN Ebook: 9788410713048. 220 págs.

Basterra Hernández, M.: *Repercusiones laborales del Brexit.* Aranzadi, 2024. ISBN: 9788411621618. Páginas: 300

Cabeza Pereiro, J.; Fernández Prieto, M. (Dirs.): *Mecanismos empresariales de adaptación y mantenimiento del empleo: gestión, protección socio-laboral y efectividad*, Colex, 331 págs.

Cairós Barreto, D. M.; Fotinopoulou Basurko, O.; López Terrada, E. (Dirs.): *Cambio climático y Derecho del Trabajo: conceptualización y régimen jurídico*, Aranzadi, 393 págs.

Contino Hueso, L.: *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2024

Fernández Domínguez, J.J., Rodríguez Escanciano, S., Martínez Barroso, M. R.: *Relecturas de la obra del profesor Germán Barreiro González. Un recuerdo de sus discípulos. In memoriam*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410717275. ISBN Ebook: 9788410717282. 276 págs.

Fernández Orrico, F.J. (Dir.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un entorno digital*, Aranzadi, 2024. ISBN digital: 978-84-1163-989-7. ISBN papel + digital: 978-84-1163-990-3, 253 págs.

García Campá, S.: *Manual legal de igualdad en la empresa.* Aranzadi, 2024. ISBN (papel): 978-84-1162-870-9. ISBN (electrónico): 978-84-1162-871-6. Número de páginas: 750 páginas.

Gónzalez Del Rey Rodríguez, I. Méndez Sebastían, P. (Ed.): *El trabajo en el mercado no productivo y en otros ámbitos de interés social*, Ediciones KRK, 2024. ISBN: 978-84-8367-811-4. Páginas: 336.

López González, M.J.: *Las relaciones laborales en el ámbito del deporte*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788491699170. ISBN Ebook: 9788491699187. 104 págs.

Martín Romero, A.M.; *La edad como factor de vulnerabilidad en las relaciones laborales*, Editorial BOE, 2024. ISBN: 978-84-340-3008-4

Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M.: *El sistema de garantías sociales de la juventud: aspectos laborales y de seguridad social*, Murcia, Laborum, 2024. ISBN: 978 84 10262 44-7. Versión digital en abierto: https://accesoabierto.laborum.es/index.php/oa/catalog/book/978-84-10262-44-7. Disponible también en versión soporte de papel.

Monereo Pérez, J.L (Dir): *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital*. VIIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de AESS, Laborum, 2024

Rodríguez Escanciano, S.; Álvarez Cuesta, H. (Dirs.): *Hacia un desarrollo sostenible, cohesionado e inclusivo de los territorios rurales y despoblados: empleo de calidad desde la economía social y solidaria*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, junio 2024. ISBN: 978-84-1162-655-2. Páginas: 526

Rodríguez Escanciano, S. (DIR.), Álvarez Cuesta, H. (Coord.): *Trabajo y género. Transiciones justas hacia la igualdad laboral real.* Editorial Colex, julio 2024. ISBN: 978-84-1194-601-8. Páginas: 404

Rodríguez Escanciano, S., Álvarez Cuesta, H. (Dirs.): *Hacia una transición ecológica justa: Los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación.* Editorial Colex, julio 2024. ISBN: 978-84-1194-603-2. Páginas: 427

Solis Prieto, C. (Dir.): *Incidencia del ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: diálogo, tolerancia y convivencia*, Aranzadi, 2024. ISBN: 9788410308787. Páginas: 390

Trujillo Pons, F.: *El derecho del trabajo explicado a través de publicaciones en Linkedln*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410713536. ISBN Ebook: 9788410713543. 416 págs.

Vigo Serralbo, F: *El deber de trabajar. Significado constitucional y proyección legislativa*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410569560. ISBN Ebook: 9788410569577. 626 págs.

VVAA: *Memento Derecho Digital 2024-2025*, Lefebvre, 2024. ISBN: 978-84-19896-71-1. Páginas: 1.150.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

EL SISTEMA DE PENSIONES ESPAÑOL EN UNA SOCIEDAD EN CONSTANTE TRANSFORMACIÓN: UN ESTUDIO DESDE UNA PERSPECTIVA HOLÍSTICA Y COMPARADA, por José Luis Ruiz Santamaría. Editorial: Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023. 185 páginas.

Comentado por:

Alejandro Muros Polo
Profesor Sustituto
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria
Universidad de Granada
amurospolo@ugr.es
ORCID: 0000-0002-6192-8481

La sostenibilidad del sistema de pensiones público ha sido, es y será un tema recurrente en el debate público y privado. Quizá los esfuerzos realizados por la clase política a la hora de cerrar la última versión del Pacto de Toledo en el año 2020, en cierta medida, hayan sofocado la candencia y polémica del asunto. Sin embargo, los retos futuros del sistema pensional están más cerca que nunca

y, por ello, pueden (re)surgir las dudas acerca de si se han tomado todas las medidas necesarias para garantizar el equilibrio.

Se trata, verdaderamente, de un tema complejo que requiere de estudio sosegado y profundo con el fin de encontrar o, al menos, intentar alcanzar las respuestas. La obra aquí recensionada, en esta línea, ofrece una adecuada herramienta para comprender el problema y reflexionar sobre las soluciones aportadas, aunque no en exclusiva desde la perspectiva de la viabilidad financiera del sistema, sino también respecto a la suficiencia de las pensiones y su equidad en clave de género.

Para ello, el autor, Profesor Permanente Laboral de la Universidad de Málaga, parte del desafío principal que acecha sobre el modelo de pensiones público español: el progresivo envejecimiento poblacional que pone en tela de juicio o cuando menos hace tambalear al sistema, al estar basado en la técnica del reparto intergeneracional. Además, el profesor Ruiz Santamaría también nos ofrece un análisis acerca del reto por excelencia de la etapa histórica que nos toca vivir: garantizar la igualdad de género, que de igual modo debe de garantizarse en materia de pensiones. Este enfoque lo podríamos situar en una loable garantía de equidad del sistema que, junto con la suficiencia de las pensiones por la vía de la revalorización, debería de conformar el sistema pensional español en un futuro, próximo y cercano.

En este *puzzle*, donde debe de encajar la sostenibilidad con la equidad y la suficiencia de las pensiones, se enmarca el objetivo de la obra *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación: un estudio desde una perspectiva holística y comparada*. En efecto, el autor, desde un enfoque crítico, relacional y comparado, realiza un análisis exhaustivo y elocuente acerca de los principales desafíos del sistema público de pensiones español y las principales soluciones implementadas, en la idea de arrojar luz a una cuestión enormemente compleja.

El profesor Ruiz Santamaría, siguiendo la máxima de "para saber hacia dónde vamos, debemos de saber de dónde venimos", nos ofrece un viaje en el tiempo para comprender realmente el problema abordado en el capítulo I de la obra, en un intento de llamar la atención en torno a la necesaria (y antigua) existencia de cualquier tipo de pensiones o apoyo público para cubrir los inevitables riesgos humanos. Nos permite viajar en el tiempo para conocer cómo las sociedades primitivas ya ofrecían a sus ciudadanos vulnerables cuidados, a través de un sistema de ayuda mutua, incluso público. Seguidamente, tras pasar por los modelos configuradores de Bismarck y Beveridge, se estudia la evolución de los seguros sociales en España y en concreto el Retiro Obrero Obligatorio, como primera expresión pública de la cobertura de la vejez, hasta llegar a la regulación actual.

Tras esta perspectiva histórica, la obra recensionada recoge en el capítulo II los aspectos esenciales sobre la configuración y el tratamiento del sistema pensional español en un contexto de reformas. Partiendo del bloque constitucional en cuanto a la configuración de los derechos de Seguridad Social (arts. 41 y 50 CE) en una perspectiva multinivel, a lo largo de las siguientes páginas se recogen los principales compromisos asumidos en el Pacto de Toledo de 2020 y, posteriormente, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para acceder a los fondos comunitarios (especialmente se analiza el componente 30 dedicado a la "sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo"). En desarrollo de lo anterior, se hace un recorrido por las principales modificaciones normativas llevadas a cabo (Ley 21/2021, de 28 de diciembre; Ley 12/2022, de 30 de junio; RD-ley 13/2022, de 26 de julio; RD-ley 2/2023, de 16 de marzo), haciendo especial énfasis en la implementación del Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) y la revalorización de las pensiones, como ejes del nuevo sistema.

En el siguiente capítulo, el autor, lejos de conformarse, emprende un viaje europeo e internacional hacia los principales sistemas de pensiones del globo terráqueo. Sin duda ello supone un complemento necesario y muy útil para comprender cuáles son los problemas comunes de las pensiones en un contexto comparado y, al menos, dar unas pinceladas acerca de las últimas reformas o tendencias en cada uno de los países estudiados.

En este marco, el análisis se inicia en la Unión Europea ya que, a pesar de que no tiene competencias como tal en materia pensional (salvo la coordinación entre sistemas), dicha institución sí que ha ejercido un papel relevante a la hora de promover, cuando no directamente instar, reformas en los diferentes países comunitarios. En el contexto de la "Estrategia Europa 2020", destacan el Libro Verde de la Comisión Europea "en pos de unos sistemas de pensiones adecuados, viables y seguros" del año 2010 y su culminación en el Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" del año 2012. Tras este análisis, el autor se ocupa de monitorizar las reformas en materia de edades de jubilación en el seno de la Unión Europea y sus 27 Estados Miembros.

Del lado internacional, más allá del plano comunitario, la obra parte del Código Lovaina y su teoría de los tres pilares, adaptada en el caso de la OIT al agregar un cuarto pilar, para seguidamente explicar los pros y contras de los métodos financieros de reparto y de capitalización. Todo ello permite obtener un base conceptual para analizar, si quiera sea de forma esquemática, los principales sistemas pensionales a nivel internacional (en Europa se estudia la Región de Europa del Norte, Europa Central, Europa Oriental y Europa Meridional; así como se alude a los sistemas de la Norteamérica anglosajona, Iberoamérica, África y Oriente Medio y Asia y Oceanía).

El capítulo cuarto aborda uno de los desafíos vitales de los sistemas pensionales: acabar con la brecha de género en pensiones. Para ello, el autor parte de las estrategias, documentos e instrumentos a nivel internacional, tanto en la ONU, la OIT y la UE. Descendiendo a nivel interno, se aportan datos que ilustran el problema de la brecha de género pensional en España, no sin antes ofrecer una panorámica de la brecha de género en el ámbito del empleo y los salarios, con claro traslado a los niveles medios de pensión en las contributivas, de carácter más reducido respecto a los hombres, y un claro predominio de las mujeres en las pensiones no contributivas. Ante esta situación, se analizan las principales soluciones jurisprudenciales que se han venido ofreciendo desde los tribunales españoles. Por un lado, se examina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 31 de mayo de 2021 (rec. 250/2021), que incorpora la "perspectiva de género" como metodología de análisis jurisprudencial en el ámbito pensional, apartándose de la aplicación estricta y rígida de la ley a la hora de evitar un vacío de justicia. Del mismo modo, el autor también se refiere a la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, que tumba el complemento por maternidad por aportación demográfica por ser discriminatorio con el varón.

El último capítulo de la monografía aquí presentada se detiene sobre otro de los aspectos clave que conformarán los sistemas pensionales en un futuro no tan lejano. La Cuarta Revolución Industrial o la Industria 4.0, según se prefiera, indudablemente va a tener una importante incidencia sobre el mundo del trabajo, que incluso ya se está percibiendo. Es cierto que no hay una posición unánime acerca de si esta afectación será "destructora" o "creadora" de empleo, pero en cualquier caso será "transformadora" y tendrá un alcance relevante sobre los sistemas de protección social. El autor, consciente de esta problemática, enfoca su estudio desde cuatro parámetros referenciales: una aproximación a la situación regulatoria que en la actualidad existe sobre esta materia en la UE; las propuestas y recomendaciones actuales llevadas a cabo en el seno del Pacto de Toledo; el encendido y controvertido debate sobre la posible cotización de los robots y, finalmente, el Mecanismo de Equidad Intergeneracional como medida para afrontar la futura sostenibilidad del sistema español.

En definitiva, la obra recensionada a lo largo de estas páginas es un manuscrito de enorme utilidad para quien quiera acercarse al complejo y problemático tema de las pensiones en el sistema español, desde un enfoque comparado y crítico. Su ágil lectura y lenguaje sencillo, pero cuidado y preciso, hacen de este libro una referencia absoluta en el mercado editorial por sus cualidades didácticas. La capacidad de síntesis y claridad que ofrece esta obra merece que sea un recurso idóneo para cualquier persona que se quiera asomar al asunto tratado, ya se trate de una persona con conocimientos jurídicos o lega en Derecho, como una primera aproximación a la temática. Y buena prueba de todo lo anteriormente expresado en un sentido positivo es la publicación de la monografía aquí presentada en una editorial de máxima referencia y prestigio en el campo jurídico, como es Aranzadi.

El CV del autor también avala la calidad de la obra. El Profesor José Luis Ruiz Santamaría es Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Profesor Permanente Laboral del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga. En la actualidad coordina e imparte docencia en asignaturas de Grado, Postgrado y Doctorado pertenecientes a su área. Es miembro del equipo investigador de diversos Proyectos de Innovación Educativa y de la Red de Excelencia Docente GENERUMA. Ha sido evaluado por la Comisión de Evaluación de la calidad docente de la UMA obteniendo la valoración de excelente (4/4). En la actualidad ostenta el cargo de Secretario general de la Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS) y forma parte como miembro de diversos comités de evaluadores externos en otras revistas científicas nacionales e internacionales.

Dicho lo anterior, solo me queda, pues, recomendar su atenta lectura.

Mário SILVEIRO DE BARROS, *Direito da Segurança Social*, Almedina (Coimbra, 2024), 186 págs.

Comentado por:

Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón

Catedráticos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña

El profesor Mário SILVEIRO DE BARROS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Lusófona de Lisboa, es el máximo especialista portugués en Derecho de la Seguridad Social, área temática que domina en profundidad, después de haberla estudiado con indesmayable tesón, tras doctorarse con nosotros dos (con un Doctorado internacional, en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, en la que ambos profesamos), abordando un tema muy concreto (aunque también dotado de mucho efecto multiplicador) sobre Derecho procesal comparado hispano-luso-norteamericano de la Seguridad Social, hace ahora ocho años. Desde entonces, viene publicando incesantemente sobre asuntos jurídicos de Seguridad Social en su país y, por supuesto, en España (también, por causa de ser miembro de la AESSS, dirigida por el catedrático granadino José Luis MONEREO PÉREZ, con contribuciones periódicas a los sucesivos congresos anuales, nacionales e internacionales, que la misma organiza en Madrid, con el resultado incluso de que alguna de dichas contribuciones suyas resultó premiada), habiéndose incorporado últimamente al ámbito geográfico de su proyección internacional el gigante brasileño. Este *corpus* publicístico suyo es el que ha precipitado ahora en su manual sobre Derecho portugués de la Seguridad Social, publicado por una prestigiosa editorial del país vecino, y que constituye una auténtica obra pionera en su propio país, al tratarse del primer manual de Derecho de la Seguridad Social concebido para ser explicado a estudiantes universitarios portugueses. Invitamos al eventual lector del mismo a que ojee su primoroso «Apéndice bibliográfico sobre manuales de Derecho de la Seguridad Social», alojado al final de la obra (págs. 153-159), aunque inmediatamente antes de un ejemplar «Índice tópico» (prueba de cargo de que se trata, además, de una obra formalmente «acabada», en absoluto publicada de cualquier modo y con prisas), no sólo para calibrar la penuria manualística sobre Derecho de la Seguridad Social que existía en Portugal hasta su publicación, sino también el hecho de tratarse de una obra en línea con la mejor

manualística europea sobre Derecho de la Seguridad Social, cuyos grandes mojones recuerda, repasa y reseña en dicha concreta porción de su obra, para así evidenciarnos a todos que el Derecho portugués es una rama más (por cierto, bien sólida) del tronco común del Derecho continental europeo, el cual —tras una paciente labor de siembra a su cobijo— permite continuar cosechando, como ha sucedido en este concreto caso, nuevos frutos jurídicos extraordinariamente suculentos.

La dificultosa homologación de lo que tradicionalmente venía publicándose en Portugal sobre asuntos jurídicos de Seguridad Social (más bien poco, cuantitativa y cualitativamente hablando) con la literatura estándar continental europea acerca de ese mismo tipo de asuntos traía causa de un hecho, a la vez sorprendente y anacrónico. A día de hoy, Portugal tolera todavía —respecto de los accidentes de trabajo— la interferencia de compañías aseguradoras privadas preñadas de lucro mercantil, como sucedía en España antes de que entrase en vigor nuestra primera Ley General de la Seguridad Social de 1966, habiéndose hecho cargo del asunto la academia de especialistas portugueses en Derecho del Trabajo (no en Derecho de la Seguridad Social), más bien escasamente interesada en investigar y enseñar lo que a todas luces le resulta exótico, muy especialmente si el asunto en cuestión se segrega de su tratamiento «paralelo» en la Ley portuguesa equivalente de nuestra Ley General de la Seguridad Social (la separación es tan marcada, siempre en el Derecho positivo portugués, que trasciende incluso al ámbito de lo estrictamente jurisdiccional). De ahí el esfuerzo reconstructor gigantesco que nuestro querido colega portugués se ha visto obligado a tener que realizar, dando tratamiento conjunto a contingencias y prestaciones derivadas de accidentes (de trabajo y comunes) y enfermedades (comunes y profesionales), con el resultado de haber llegado a tejer una sólida y extraordinaria trama, sobre la que poder explicar unitariamente dichas contingencias y prestaciones (que han dejado de ser, tras su obra, meros *free riders* doctrinales), con independencia de su adscripción a lo que nuestro autor denomina Derecho «administrativo» de la Seguridad Social (del todo equivalente al que tenemos en España, o al que tienen en Francia o Alemania), Derecho «laboral» de la Seguridad Social (la citada anomalía anacrónica portuguesa, que todavía sigue coleando) y Derecho «mixto» de la Seguridad Social (este último, a efectos de albergar la problemática de las enfermedades profesionales, con su peculiar aseguramiento, así como con sus peculiares contingencias y prestaciones). Las distorsiones que provoca esta singularidad portuguesa, y que quedarían encubiertas de no haberse aplicado —como ha hecho nuestro autor— una metodología integradora e «intra-comparatista» impecable, resultan así convenientemente ubicadas *en plein air*. Confiemos, por ello, que se trate de un libro que trascienda la academia, para acabar cayendo en otro tipo de manos (como las de los políticos), que tienen a su alcance resolver los problemas padecidos por el conjunto de la ciudadanía, especialmente muy apremiantes, si es que se trata de problemas —como los estudiados en este manual pionero— sólo susceptibles de ser resueltos con implicación directa y auténtica en la realización de los ideales de la justicia social.

En fin, se trata —con toda rotundidad— de un manual de Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI. Supuesto que la contingencia por antonomasia del siglo en que nos encontramos y en que vivimos sea precisamente la contingencia de «dependencia», conmueve la lectura del Tema 15 de este manual, titulado «La protección no contributiva de la contingencia de dependencia» (págs. 125-130), donde claramente se pone de relieve que el «ideal de cobertura» positivizado por el Convenio número 102 de 1952 de la OIT ha quedado obsoleto. La define inmaculadamente, entendiendo por tal la «dirigida a proteger la situación de envejecimiento pasivo, esto es, la situación en que se encuentran las personas mayores (frecuentemente, personas con más de ochenta años de edad, que son incapaces de cuidar de sí mismas para realizar todas o parte de las actividades de la vida diaria)», alejando de este modo el trampantojo —tan manoseado doctrinalmente— del llamado, por contraposición, envejecimiento «activo». Luce aquí con esplendor el fundamento híper-constitucional que le busca para postular su protección, hallándolo en el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya rotunda mención de la «dependencia» entre las contingencias «contributivas»

de la Seguridad Social solamente no la ven —a diferencia de los ciegos, que no pueden— quienes no quieren hacerlo (lo que, por cierto, les sucede a los políticos portugueses, italianos o españoles, pero no a los alemanes o franceses), lo cual explica, a su vez, que nuestro autor afirme sin ambages, en la primera pregunta de dicho Tema 15, que «consecuentemente, los empresarios y trabajadores deberían pagar cotizaciones para proteger a las personas frente a dicha contingencia», y trayendo a colación a este mismo efecto, como debía, el Reglamento (CE) núm. 883/2004, para explicarnos que «menciona, con naturalidad, la contingencia de dependencia, aunque —por traducción defectuosa [a la lengua portuguesa] del inglés "*long term care*"— la denomine contingencia de "cuidados de larga duración", considerando que son —como regla general— prestaciones de servicios o en especie».

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 261-264

Doctrina Administrativa. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Tercer trimestre de 2024

Andrés Ramón Trillo García *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

Sumario

1. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR.
   1.1. Disfrute de los periodos de descanso obligatorio y voluntario. Declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección como co0nsecuencia de la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA). Criterio de Gestión del INSS 18/2024, de 15 de noviembre de 2024.
2. PENSIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES
   2.1. Requisito de acreditación del estado o situación civil en la fecha del hecho causante. Equiparación de la separación de hecho por existencia de violencia de género a la separación legal o el divorcio. Criterio de Gestión del INSS 19/2024, de 25 de noviembre de 2024
3. INGRESO MÍNIMO VITAL
   3.1. Declaración responsable en las solicitudes de Ingreso Mínimo vital con unidades de convivencia presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2024

1. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR.

1.1. Disfrute de los periodos de descanso obligatorio y voluntario. Declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección como co0nsecuencia de la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA). Criterio de Gestión del INSS 18/2024, de 15 de noviembre de 2024.

En el Criterio se plantea la posibilidad de interrupción de los descansos obligatorio y voluntario de la prestación por nacimiento y cuidado del menor de aquellos trabajadores o funcionarios cuyos servicios son requeridos por las autoridades competentes para realizar actividades a la luz de la legislación de emergencia dictada con ocasión de a Declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil como consecuencia de la Depresión Aislada en niveles Altos (DANA) que ha afectado a amplias zonas de la Península Ibérica y Baleares entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

A este respecto hay que tener en consideración que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de protección Civil, el Consejo de Ministros, en su reunión del 5 de noviembre de 2024 acordó declarar zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil las Comunidades Autónomas de Comunidad Valenciana, Castilla-la Mancha, Andalucía, Illes Balears y Aragón, como consecuencia de la Depresión Aislada en Niveles Altos que ha afectado a amplias zonas de la Península y Baleares entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

Así, la disposición adicional duodécima, sobre suspensión de plazos de prescripción y caducidad estableciendo:

"Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos correspondientes a aquellos cuyo domicilio radique en alguno de los municipios del anexo, o que deba ejercitarse con carácter imperativo en sus partidos judiciales, quedarán suspendidos durante el plazo de suspensión de los plazos procesales a que se refiere la disposición adicional décima".

En este sentido, la disposición adicional décima a la que remite la anterior disposición establece que el plazo de suspensión es del 30 de octubre al 10 de noviembre de 2024. Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo del consejo de Ministros, previa consulta al Consejo General del Poder Judicial, si se mantienen las circunstancias que justifican la suspensión.

En consecuencia, aquellos trabajadores y funcionarios que conforme a las normas de emergencia (Orden PJC/1222/2024, de 6 de noviembre, Real decreto-Ley 6/2024, de 5 de noviembre, artículo 7 bis.6 de la ley 17/2015, de 9 de julio) dictadas se consideren colaboradores en la protección civil y sean requeridos por las autoridades competentes con ocasión de la DANA para prestar servicios y no pueden iniciar el descanso obligatorio por nacimiento y cuidado de menor, o deban reincorporarse al trabajo durante el mismo, no verán perjudicado su derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor del sistema de la Seguridad Social, ni verán consumido el descanso que les reste por disfrutar.

Del mismo modo, si durante el disfrute del periodo de descanso voluntario -ya sea interrumpida o ininterrumpidamente-, procediera la incorporación anticipada al trabajo, dicha incorporación no tendrá como consecuencia la extinción de la prestación.

El descanso obligatorio se reanudará tan pronto cese la obligación de prestación de servicios.

El descanso voluntario podrá disfrutarse más allá de la fecha del cumplimiento de los 12 meses de edad del menor previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, sumando a dicha fecha los días que no se hayan podido disfrutar por la reincorporación al trabajo.

2. PENSIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES

2.1. Requisito de acreditación del estado o situación civil en la fecha del hecho causante. Equiparación de la separación de hecho por existencia de violencia de género a la separación legal o el divorcio. Criterio de Gestión del INSS 19/2024, de 25 de noviembre de 2024

La cuestión planteada consiste en determinar si, a los efectos de causar derecho a una prestación en favor de familiares (PFF) por el fallecimiento de su padre, la separación de hecho de la solicitante víctima de violencia de género de su cónyuge puede equipararse a la separación legal o el divorcio.

El artículo 226 LGSS establece los requisitos que deben acreditar los hijos o hermanos del beneficiario de una pensión contributiva de jubilación e incapacidad permanente para poder beneficiarse de una Prestación en favor de familiares. Entre dichos requisitos, el apartado 2.b) establece que se debe ser "soltero, divorciado o viudo" y el apartado 4 añade a los estados civiles anteriores la "situación de separación".

Sin embargo, la separación de hecho no se equipará a los estados civiles o situaciones anteriores a efectos de las PFF. El Tribunal Supremo ha señalado en numerosas sentencias -Sentencia de 20 de febrero de 2004, rcud 1701/2022; sentencia de 21 de diciembre de 2016, rcud 225/2015;

Sentencia de 1 de febrero de 2017, rcud 3007/2015; Sentencia 640/2020, de 10 de julio de 2020, rcud 1653/2018; Sentencia 947/2020, de 27 de octubre rcud 3893/2018; Sentencia 419/2023 de 13 de junio de 2023 rcud 1549/2020, entre otras que: "la situación de separación de hecho no es equiparable a la separación legal o divorcio, y que este requisito (situación legal de separación) debe en todo caso concurrir en la fecha del hecho causante, sin que pueda considerarse cumplido porque se haya iniciado con anterioridad el procedimiento judicial o los trámites para su preparación".

No obstante, en la precitada sentencia 419/2023, de 13 de junio de 2023 recurso 1549/2020 el alto Tribunal, enjuiciando con perspectiva de género, se cuestiona si "debe reconocerse la prestación en favor de familiares a la hija del pensionista de jubilación que en la fecha del hecho causante estaba legalmente casada, aunque se encontraba separada de hecho de su esposo que meses antes fue condenado como autor de un delito de violencia de género, recayendo finalmente la sentencia de divorcio con posterioridad al hecho causante".

El Tribunal Supremo incide en la trascendental relevancia que se da a la condición de víctima de violencia de género en el cumplimiento de los requisitos para el acceso a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Añade el Tribunal Supremo que, ciertamente, en las prestaciones en favor de familiares no existe previsión legal que admita la posibilidad de tener en cuenta la condición de víctima de violencia de género a la hora de valorar el cumplimiento de los requisitos exigidos. Sin embargo, considera que "esa laguna no puede ser obstáculo para extender a dicha prestación el mismo criterio aplicado a la viudedad de las parejas de hecho al que se refieren nuestras antedichas sentencias, cuando la norma vigente impone la obligada interpretación de las leyes con perspectiva de género en todos los ámbitos jurídicos, también en aquellos que pudieran haber incorporado reglas específicas para las mujeres que son víctimas de violencia de género".

Por consiguiente, concluye que "Aplicando en consecuencia la obligación interpretación de la Ley con perspectiva de género, la conclusión no puede ser otra que la de extender a la prestación en favor de familiares ese mismo criterio ya acuñado respecto a las pensiones de viudedad de las parejas de hecho, que exime el requisito de convivencia cuando la ruptura de la relación obedece a la circunstancia de que la mujer ha sido víctima de violencia de género.

Eso mismo sucede en el caso del matrimonio cuando la separación de hecho es igualmente consecuencia de una situación de violencia de género, que por ese motivo debe equiparse en estos supuestos a la de la separación legal que la norma contempla como elemento habilitante para el acceso a la prestación en favor de familiares.

La separación de hecho se produce en este caso con anterioridad a la fecha del hecho causante, por lo que en ese momento ya concurrían todos los requisitos legalmente exigibles para el reconocimiento de la prestación, sin que sea óbice para ello que la sentencia de divorcio hubiere recaído finalmente con posterioridad al fallecimiento del causante".

Esta Entidad gestora asume la interpretación realizada con perspectiva de género por el Alto tribunal. Por tanto, procede atribuir a la situación de separación de hecho la misma eficacia que la separación legal o el divorcio en los supuestos de acceso a la pensión en favor de familiares cuando la solicitante, en la fecha del hecho causante, se encuentre casada pero separada de hecho por ser víctima de violencia de género de su cónyuge.

3. INGRESO MÍNIMO VITAL

3.1. Declaración responsable en las solicitudes de Ingreso Mínimo vital con unidades de convivencia presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2024

Se plantea la procedencia de solicitar la declaración responsable al titular de la unidad de convivencia cuando ya consta la firma de todos los miembros en la solicitud de ingreso mínimo vital y esta fue presentada con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2024.

El Real decreto ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencia de la protección por desempleo, modificó la redacción del artículo 5.1 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital disponiendo que la solicitud deba ir firmada por la persona solicitante e incluir una declaración responsable sobre el consentimiento para la presentación de la solicitud de todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad, en lugar de que la solicitud de la prestación deba ir firmada todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad.

A este respecto, se concluye que resulta suficiente la firma de todos los miembros de la unidad de convivencia en las solicitudes presentadas por el titular de dicha unidad, a efectos de acreditar su consentimiento.

En consecuencia, las solicitudes que se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado Real Decreto ley sobre las que aún no haya recaído resolución, inicial o de reclamación previa, y que tengan todas las firmas de los miembros de la unidad de convivencia no deberán ser subsanadas y, por tanto, no resulta preciso solicitar una declaración responsable de la persona solicitante sobre el consentimiento para la presentación de la solicitud de todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 265-280

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

Sumario

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

1. BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

— REAL DECRETO-LEY 6/2024, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES DE RESPUESTA ANTE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA DEPRESIÓN AISLADA EN NIVELES ALTOS (DANA) EN DIFERENTES MUNICIPIOS ENTRE EL 28 DE OCTUBRE Y EL 4 DE NOVIEMBRE DE 2024

En el Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2024 se hace referencia a los graves daños personales y materiales, tanto en infraestructuras como en bienes públicos y privados, que se han producido a consecuencia de la DANA, lo que exige una actuación inmediata.

En atención a la naturaleza y magnitud de la catástrofe y de los daños descritos en el citado Preámbulo provocados por la DANA, concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que habilitan al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Española, a adoptar las medidas que se contemplan en el RDL 6/2024. En nuestro caso, haremos mención a las medidas adoptadas en el marco de la Seguridad Social.

En tal sentido, el RDL 6/2024 establece en su capítulo IV medidas en materia de Seguridad Social encaminadas hacer frente al impacto social y económico causado por la DANA. Estas medidas están dirigidas a constituir una parte del denominado el escudo social y de reactivación del tejido productivo.

Como se anticipa el Preámbulo de la citada norma, atendiendo al impacto sobre la actividad económica y laboral, se prevén medidas urgentes para dotar de liquidez a trabajadores y empresarios, amortiguando las pérdidas ocasionadas por la DANA y sus efectos sobre el tejido empresarial y laboral. A tal fin, se establece la posibilidad de que las empresas puedan solicitar exenciones a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, respecto a las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas o reducidas como causa de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo.

También se faculta a las empresas y trabajadores por cuenta propia a solicitar el aplazamiento o moratoria en el ingreso de las cuotas de la Seguridad social y otros conceptos de recaudación conjunta.

Junto a ello, se establece una ampliación del plazo reglamentario de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, así como se suspenden los procedimientos de recaudación de los mencionados conceptos.

Del mismo modo se amplían los plazos para el ingreso de las cuotas devengadas antes de la DANA, y se amplían los plazos para solicitar bajas y variaciones.

Todo ello facilita y garantiza que el tejido social y empresarial afectado por la DANA, prosigue el Preámbulo, disponga de liquidez para el desarrollo y desenvolvimiento en las tareas de recuperación.

En relación con los trabadores por cuenta propia, atendiendo al especial impacto que ocasiona en la paralización de su actividad profesional, se establece que aquellos trabajadores afectados que cesen su actividad por motivo del impacto de la DANA podrán solicitar la prestación de cese de actividad, sin que tengan que acreditar que existe fuerza mayor, ni el requisito de periodo mínimo de cotización.

Se recoge también que, en el caso de pensiones de incapacidad permanente, muerte y supervivencia causadas tanto por trabajadores por cuenta ajena, como por trabajadores por cuenta propia, como consecuencia de la DANA, se considerarán que, a efectos de la prestación económica, las mismas son debidas a un accidente de trabajo. A su vez, tanto para los trabajadores por cuenta ajena, como para los trabajadores por cuenta propia, en el caso de que la DANA dé lugar a una situación de incapacidad temporal, se considerará que es debida a un accidente de trabajo a efectos de la prestación económica.

La disposición adicional novena exceptúa de la obligación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social, con la finalidad de facilitar la gestión y obtención de las ayudas.

— REAL DECRETO-LEY 7/2024, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES PARA EL IMPULSO DEL PLAN DE RESPUESTA INMEDIATA, RECONSTRUCCIÓN Y RELANZAMIENTO FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA DEPRESIÓN AISLADA EN NIVELES ALTOS (DANA) EN DIFERENTES MUNICIPIOS ENTRE EL 28 DE OCTUBRE Y EL 4 DE NOVIEMBRE DE 2024

A través del Real Decreto-Ley 7/2024 el Consejo de Ministros, el Gobierno aprobó un segundo paquete de medidas destinadas a ayudar a la población afectada por la DANA, de las que destacamos las que hacen referencia a ayudas sobre afiliación y cotización a la Seguridad Social. A través de la mencionada norma también se perfilan las ayudas establecidas en el Real Decreto-Ley 6/2024. Esas ayudas están dirigidas a reforzar el denominado el escudo social y de reactivación del tejido productivo.

Como se indica en el Preámbulo del Real Decreto-Ley, en materia de Seguridad Social, las empresas podrán solicitar exenciones a la cotización a la Seguridad Social de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas o reducidas como consecuencia de la DANA.

También se faculta a las empresas y a los autónomos a solicitar el aplazamiento o moratoria en el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social.

Se amplían los plazos para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social e ingreso de las cuotas devengadas antes de la catástrofe natural, y se suspenden los procedimientos de recaudación.

Los autónomos que cesen su actividad por motivo del impacto de la DANA, podrán solicitar la prestación de cese de actividad, sin que tengan que acreditar que existe fuerza mayor, ni acreditar el requisito de periodo mínimo de cotización.

Asimismo, se considerará accidente de trabajo a efectos de la prestación económica las pensiones por incapacidad permanente, muerte y supervivencia, así como la incapacidad temporal (las bajas), de trabajadores y autónomos originadas como consecuencia de la DANA.

Se establece una moratoria en la reclamación de prestaciones indebidamente percibidas por los afectados por la DANA, con el fin de no agravar la situación de vulnerabilidad originada por el impacto social y económico de la catástrofe. En consonancia con ello, se procede a establecer la suspensión de los procedimientos de recaudación de conceptos distintos a cuotas de la Seguridad Social.

Finalmente, en materia de Seguridad Social se extiende la exención de cotizaciones a todos los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, que se declaren en la zona afectada por la DANA.

La disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley reitera la excepción de la obligación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social.

— REAL DECRETO-LEY 8/2024, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES COMPLEMENTARIAS EN EL MARCO DEL PLAN DE RESPUESTA INMEDIATA, RECONSTRUCCIÓN Y RELANZAMIENTO FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA DEPRESIÓN AISLADA EN NIVELES ALTOS (DANA) EN DIFERENTES MUNICIPIOS ENTRE EL 28 DE OCTUBRE Y EL 4 DE NOVIEMBRE DE 2024

En lo que se refiere a la Seguridad Social, mediante el Real Decreto-Ley 8/2024 se establece un número limitado de medidas, en relación con los anteriores Reales Decreto-Ley 6/2024 y 7/2024, en los que se establecieron anticipadamente todas las que resultaron necesarias.

Hay que citar la mejora la protección de los trabajadores por cuenta propia, incluyendo a aquellos que, a fecha de 28 de octubre de 2024, venían beneficiándose de la denominada «tarifa plana» de cotización y no estaban obligados a cotizar por la prestación de cese de actividad, no incluyéndose en el ámbito de aplicación de esta prestación extraordinaria regulada para paliar los daños causados por la DANA. Con el objetivo de abordar esa situación, se introduce un nuevo párrafo en el artículo 24 del Real Decreto-Ley, permitiendo formalizar la cobertura por cese de actividad en el mismo momento en que se presente la solicitud.

— REAL DECRETO 1086/2024, POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES, APROBADO POR EL REAL DECRETO 304/2004, DE 20 DE FEBRERO, PARA EL IMPULSO DE LOS PLANES DE PENSIONES DE EMPLEO

Mediante el Real Decreto 1086/2024 se realizan una serie de modificaciones al Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, sobre aspectos necesarios y mejoras técnicas del desarrollo reglamentario que ya se llevó a cabo para la aplicación de las modificaciones que la Ley 12/2022, había efectuado en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, así como una modificación de la Orden ISM/1198/2023, de 2 de noviembre, por la que se determina la remuneración de los miembros de la Comisión de Control Especial de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

— ORDEN ISM/1089/2024, POR LA QUE SE FIJAN PARA EL EJERCICIO 2024 LAS BASES NORMALIZADAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN

El artículo 122.nueve de la prorrogada Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, prevé que, para la determinación de las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, se aplicará el procedimiento descrito en las reglas contenidas en el citado precepto, facultando al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para fijar la cuantía de las citadas bases de cotización.

En el preámbulo de la Orden 1089/2024 se anuncia que, al haber quedado prorrogados de forma automática los Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, en virtud de lo dispuesto en el artículo 134.4 de la Constitución Española, procede mantener en sus propios términos las normas de cotización previstas en el citado artículo 122, hasta tanto se aprueben los presupuestos correspondientes al año 2024, si bien con la necesaria adaptación a las modificaciones normativas que, con posterioridad a la publicación de la Ley 31/2022, han incidido en este ámbito.

En este sentido, el Real Decreto-ley 8/2023, estableció con carácter transitorio, las disposiciones precisas que permitían articular esta orden, en tanto se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024, señalándose en la disposición transitoria novena las bases mínimas, máximas y tope de cotización de los regímenes de la Seguridad Social. A tal finalidad responde el contenido de la Orden, mediante la cual se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023.

— ORDEN PJC/1222/2024, POR LA QUE SE PUBLICA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2024, POR EL QUE SE DECLARA «ZONA AFECTADA GRAVEMENTE POR UNA EMERGENCIA DE PROTECCIÓN CIVIL» EL TERRITORIO DAMNIFICADO COMO CONSECUENCIA DE LA DEPRESIÓN AISLADA EN NIVELES ALTOS (DANA) QUE HA AFECTADO A AMPLIAS ZONAS DE LA PENÍNSULA Y BALEARES ENTRE EL 28 DE OCTUBRE Y EL 4 DE NOVIEMBRE DE 2024

A través de la Orden 1222/2024 se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declara «Zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil» el territorio damnificado como consecuencia de la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) que ha afectado a amplias zonas de la Península y Baleares entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

Sobre lo anterior destacamos el Acuerdo octavo, que se refiere a Medidas laborales y de Seguridad Social, estableciéndose lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la disposición final segunda de la Ley 17/2015, , las medidas laborales y de Seguridad Social a las que se refiere su artículo 24.2b) se podrán desarrollar, respectivamente, mediante órdenes de las Ministras de Trabajo y Economía Social, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, ajustándose a lo establecido en el artículo 47.5 y 7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en la disposición adicional cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

— ORDEN ISM/1253/2024, POR LA QUE SE REGULAN LAS OPERACIONES DE CIERRE DEL EJERCICIO 2024 PARA LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Se recuerda en el Preámbulo de la Orden 1253/2024 que, las distintas operaciones a realizar en la ejecución del presupuesto y operaciones no presupuestarias se regulan con carácter general en la Ley 47/2003, General Presupuestaria, y en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio.

Ahora bien, la mencionada regulación se completa mediante la Orden 1253/2024, especificando las operaciones y procedimientos que deben realizarse al final del presente ejercicio de 2024, como vienen realizándose en los años precedentes. Por ello, resulta preciso determinar los plazos para la tramitación de expedientes de gasto a fiscalizar e intervenir y para la remisión de la documentación contable necesaria para el registro de las operaciones, para la ordenación de pagos y realización de los mismos, en el momento del cierre del ejercicio 2024, así como para la concreción de distintas operaciones reguladas en la citada Ley 47/2003, y en la Instrucción de operatoria contable para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, aprobada por Resolución de la Intervención General de la Seguridad Social de 11 de octubre de 2022.

2. NOTICIAS SOBRE LA GESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES[1]

Previamente indicamos que un espacio importante de este apartado, lo dedicamos a informar sobre las adaptaciones que se han realizado por la Tesorería General de la Seguridad Social, en sus

[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

servicios y funcionalidades para la liquidación y cotización, a consecuencia de los efectos de la DANA en este ámbito.

— CRITERIOS ACERCA DE LA COTIZACIÓN ADICIONAL DE SOLIDARIDAD

La LGSS, en su artículo 19 bis, regula la cotización adicional de solidaridad, con efectos desde el 1 de enero de 2025. Asimismo, la Disposición Transitoria 42ª de la citada norma dispone una aplicación progresiva de los tipos de cotización hasta el año 2045. Para el año 2025, el tipo de cotización por solidaridad entre empresario y trabajador será el siguiente:

Año	Retribuciones desde base máxima hasta 10 % adicional de la base máxima	Retribuciones desde el 10 % adicional de la base máxima hasta 50 % adicional de la base máxima	Retribuciones superiores al 50 % adicional de la base máxima
	Tipo cotización %	Tipo cotización %	Tipo cotización %
2025	0,92	1	1,17

Es importante recordar que, para aplicar la cotización adicional de solidaridad, se seguirán las siguientes instrucciones dictadas por la TGSS:

Se deberá indicar en el fichero de bases, en tres nuevos conceptos económicos, el importe de la fracción, según los 3 tramos a los que se refiere el artículo 19 bis y DT 42ª LGSS citados, de la base de cotización que supere a la base máxima de cotización de no existir dicha base máxima:

— Concepto 497 “cotización adicional solidaridad. Exceso Primer tramo” (exceso hasta el 10% base máxima)

— Concepto 498 “cotización adicional solidaridad. Exceso Segundo tramo” (exceso desde el 10% hasta el 50% base máxima)

— Concepto 499 “cotización adicional solidaridad. Exceso Tercer tramo” (exceso superior al 50% de la base máxima) La TGSS calculará las cuotas correspondientes aplicando al importe consignado en cada Concepto Económico el tipo de cotización a cargo de empresa y trabajador que proceda. El importe de cada concepto se trasladará al Recibo de Liquidación de Cotizaciones. Estos importes no figurarán en la Relación Nominal de Trabajadores.

Asimismo, por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social se emitieron los criterios en relación con la cotización adicional de solidaridad:

1) Personas trabajadoras excluidas de cotizar por contingencias comunes:

A las personas trabajadoras por cuenta ajena excluidas de cotizar por contingencias comunes, conforme a lo establecido en los artículos de la LGSS que se indican a continuación:

A) Artículo 152, sobre cotización al Régimen General a partir de la edad de jubilación.

B) Artículo 153, sobre cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo.

ofrecida por la Tesorería General de la Seguridad Social a través de dicho canal.

C) Artículo 153 ter, sobre cotización de las personas pensionistas de jubilación cuando realicen actividades artísticas, a las que resultará de aplicación lo establecido en el artículo 19 bis de la LGSS y, en consecuencia, por las mismas se deberá proceder a ingresar la cotización adicional de solidaridad devengada a partir del 1 de enero de 2025, con independencia de que, en el caso de las personas a las que resulten de aplicación los artículos 153 ó 153 ter, se deba ingresar la cotización especial de solidaridad.

2) Determinación de la base de cotización máxima:

En función de la modalidad de cotización, en relación con las personas trabajadoras por cuenta ajena con modalidad de cotización diaria se procederá a ingresar la cotización adicional de solidaridad cuando el importe de las retribuciones exceda de la cuantía de la base de cotización máxima diaria, multiplicada por el número de días en alta con obligación de cotizar.

— FIN DE LA VIGENCIA DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA DE PERSONAS JÓVENES CON BAJA CUALIFICACIÓN, BENEFICIARIAS DEL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL

En la Disposición Adicional 1º del Real Decreto Ley 1/2023, se reguló la contratación indefinida de personas jóvenes con baja cualificación beneficiarias del sistema nacional de garantía juvenil, habiendo dejado de estar vigente dicha medida, por lo que no se admiten nuevas altas para acceder a ese beneficio cuando la fecha de inicio del contrato sea igual o posterior a 01-09-2024.

— ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA. LIMITE DE EDAD EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL

El artículo 11.4.d) del Estatuto de Trabajadores establece que en el contrato para la formación en alternancia no será de aplicación el límite de edad contemplado en el art. 11.b), cuando se concierte con los colectivos en situación de exclusión social previstos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, en los casos en que la contratación se realice por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente.

Actuaciones en el ámbito de afiliación: en el caso de las altas, por empresas de inserción, de trabajadores con tipo contrato 421, edad superior a la contemplada en el artículo 11.4.d) del ET, y en situación de exclusión social prevista en el artículo 2 de la Ley 44/2007, se deberá presentar, junto a la solicitud de alta, una declaración responsable sobre la situación de exclusión social.

— BASE DE DATOS DE EMPRESAS. NUEVOS SERVICIOS EN LA SEDE ELECTRÓNICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SEDESS) Y EN EL SISTEMA RED DE INFORME DE EMPRESAS Y PERSONAS VINCULADAS

Se habilitó un nuevo servicio en la SEDESS y una nueva funcionalidad en el Sistema RED, para la obtención de un informe relativo a los datos de la empresa y de las personas vinculadas.

— ACLARACIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE ORDENACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL AL CONTENIDO DEL ARTICULO 19 BIS DE LA LGSS, SOBRE COTIZACIÓN ADICIONAL DE SOLIDARIDAD

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitió aclaraciones en relación a la cotización adicional de solidaridad:

1) Personas trabajadoras excluidas de cotizar por contingencias comunes:

A las personas trabajadoras por cuenta ajena excluidas de cotizar por contingencias comunes, conforme a lo establecido en los artículos del TRLGSS que se indican a continuación: A) Artículo 152, sobre cotización al Régimen General a partir de la edad de jubilación; y B) Artículo 153, sobre cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo; y C) Artículo 153 ter, sobre cotización de las personas pensionistas de jubilación cuando realicen actividades artísticas, les resulta de aplicación lo establecido en el artículo 19 bis TRLGSS y, en consecuencia, por las mismas se debe proceder a ingresar la cotización adicional de solidaridad devengada a partir del próximo 1 de enero de 2025, con independencia de que, en el caso de las personas a las que resulten de aplicación los artículos 153 ó 153 ter, se deba ingresar la cotización especial de solidaridad.

2) Determinación de la base de cotización máxima:

A) En función de la modalidad de cotización: para personas trabajadoras por cuenta ajena con modalidad de cotización diaria, procede ingresar la cotización adicional de solidaridad, cuando el importe de las retribuciones exceda de la cuantía de la base de cotización máxima diaria, multiplicada por el número de días en alta con obligación de cotizar.

B) Para personas trabajadoras por cuenta ajena con bases de cotización y/o cuotas fijas, la base de cotización máxima que debe tenerse en cuenta para aplicar la cotización adicional de solidaridad será el tope máximo de cotización establecido con carácter general, y no el importe de la base de cotización fija establecido para cada colectivo al que resulte de aplicación estas bases de cotización fijas.

C) Para el Régimen Especial de la Minería del Carbón, las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Minería del Carbón quedan excluidas de la aplicación de la cotización adicional de solidaridad establecida en el artículo 19 bis de la LGSS.

D) En situaciones de pluriempleo, la aplicación de la cotización adicional de solidaridad viene determinada por las retribuciones que excedan del tope máximo de cotización establecido en cada momento y no por el importe de la base de cotización máxima aplicable a cada empresa en cada momento por la distribución de dicho tope.

E) Para el colectivo de Artistas, la cotización adicional de solidaridad ha de calcularse por las retribuciones que excedan del tope máximo de cotización establecido en cada momento, salvo que el importe de la base a cuenta sea superior a aquél, en cuyo caso se calcularía sobre las retribuciones que excedan de la base de cotización a cuenta. Esta cotización adicional de solidaridad será definitiva para las empresas y provisional para la persona trabajadora, regularizándose dicha cotización provisional al finalizar el ejercicio

económico, junto con la cotización por contingencias comunes y la cotización para desempleo.

F) Respecto a las mejoras de prestaciones, la cotización adicional de solidaridad, ha de aplicarse por el importe de las retribuciones que las empresas abonen a las personas trabajadoras por cuenta ajena como mejoras de prestaciones, excluida la Incapacidad Temporal, cuando dichas mejoras hubieran implicado una base de cotización superior a la máxima, pero no debe computarse para el cálculo de la cotización por solidaridad el importe de aquellas retribuciones que la persona trabajadora perciba como mejoras durante la situación especial de que se trate y que se han integrado en la base de cotización de los meses que sirven como referencia para el cálculo de la base de cotización durante dicha situación especial.

Por último, sobre la aplicación de beneficios en la cotización adicional de solidaridad, la cotización adicional de solidaridad no podrá ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna.

— 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

En el ámbito de afiliación, no se precisa la realización de actuaciones específicas en el ámbito de afiliación para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas en el artículo 18 del RDL 1/2023, salvo las indicadas respecto de las bonificaciones reguladas en el artículo 17 de dicha norma, y aquellas otras que ya están actualmente operativas para la aplicación de estas bonificaciones de cuotas, reguladas por la DA 2ª de la Ley 12/2001.

En el ámbito de las liquidaciones de cuotas, con carácter general, no se precisa la realización de actuaciones en el ámbito de la liquidación de cuotas para la aplicación de las bonificaciones del artículo 18 del RDL 1/2023. No obstante, en los supuestos en los que la prestación por las situaciones de nacimiento y cuidado del menor se disfruten a tiempo parcial, el límite del importe de la bonificación se aplicará exclusivamente sobre las cuotas correspondientes a la parte de jornada en la que se encuentre en situación de descanso.

— ASIGNACIÓN DE NÚMERO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PLAZO PARA LA COMUNICACIÓN DE LA PRIMERA ALTA

El plazo para solicitar la primera alta de una persona trabajadora, tras la asignación del número de la Seguridad Social a través del Sistema RED, es de cinco días naturales inmediatamente siguientes a la asignación del número de Seguridad Social. La fecha real de dicha alta no podrá ser anterior a la fecha de asignación del número de Seguridad Social, ni posterior en más de cinco días a dicha fecha de asignación del número.

— INFORME SOBRE ACTIVIDADES POR CUENTA PROPIA

Se ha incorporado un nuevo servicio de Informe de actividades en el Sistema RED, que permite generar un informe con indicación y detalle de la actividad o actividades que, simultáneamente, realice

el trabajador autónomo por cuenta propia en el momento en el que se solicite el informe, conforme a la información disponible en dicho momento en la Tesorería General de la Seguridad Social.

— ANÁLISIS DE LOS REALES DECRETO-LEY 6/2024 y 7/2024. PRINCIPALES MEDIDAS

A continuación, se analiza el contenido de los reales decreto-ley 6/2024 y 7/2024, con referencia a los daños causados por la DANA entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

El Real Decreto-ley 6/2024, por el que se adoptaron medidas urgentes de respuesta ante los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, con entrada en vigor el 7 de noviembre, establece, entre otras, las siguientes medidas:

— Artículo 18: Exenciones en la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta -en adelante, cotización a la Seguridad Social.

— Artículo 19: Aplazamiento y moratoria en el pago de la cotización a la Seguridad Social.

— Artículo 20: Ampliación del plazo reglamentario de ingreso de las cuotas de Seguridad Social.

— Artículo 21: Suspensión de los procedimientos de recaudación de las cuotas de Seguridad Social.

— Artículo 22: Ampliación del plazo de ingreso de cuotas devengadas con anterioridad a la catástrofe natural.

— Artículo 23: Ampliación del plazo para solicitar bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

— Artículo 24: Medidas para los trabajadores por cuenta propia.

— Artículo 25: Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los procesos de incapacidad temporal.

Por otra parte, el RDL 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la DANA en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, establece, entre otras, las siguientes medidas:

— Artículo 44: Suspensiones totales o parciales de la actividad laboral y reducciones de jornada por causas de fuerza mayor.

— Artículo 54: Suspensión de los procedimientos de recaudación de conceptos distintos a cuotas de Seguridad Social.

— Artículo 55: Exenciones en la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta.

Disposición final octava: Modifica el artículo 18 del RDL 6/2024, sobre exenciones en la cotización a la Seguridad Social, así como el párrafo primero del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 19 del RDL 6/2024, sobre aplazamiento y moratoria en el pago de la cotización a la Seguridad Social, el artículo 24 del RDL 6/2024, sobre medidas para los trabajadores por cuenta propia, el artículo 25 del RDL 6/2024, sobre consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los procesos de incapacidad temporal.

— EXENCIONES EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO DE TRABAJADORES POR CUENTA AJENA, INTRODUCIDAS POR LOS RDL 6/2024 y 7/2024.

El artículo 18 del RDL 6/2024, en la redacción dada por el RDL 7/2024, sobre exenciones en la cotización a la Seguridad Social, dispone principalmente que, las empresas titulares de códigos de cuenta de cotización con domicilio de actividad en las localidades del anexo de la citada norma, que hayan visto o vean impedido o limitado el desarrollo de su actividad normalizada, a las que se les autorice un expediente de regulación temporal de empleo en base a lo previsto en el artículo 47.5 del Estatuto de los Trabajadores, como consecuencia de los siniestros descritos tendrán derecho a los beneficios extraordinarios previstos.

Las empresas citadas podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas o reducidas, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión o reducción, de una exención del 100% de la aportación empresarial a que se refiere el artículo 153 bis de la LGSS, por contingencias comunes, profesionales y conceptos de recaudación conjunta, con respecto a las cuotas devengadas en el período afectado por la suspensión o reducción,

Por otra parte, el artículo 44 del RDL 7/2024, sobre suspensiones totales o parciales de la actividad laboral y reducciones de jornada por causas de fuerza mayor, establece principalmente que las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan como causa directa los daños producidos por la DANA, así como las pérdidas de actividad indirectamente originadas por la misma, entre las que se encuentran las derivadas de las órdenes, prohibiciones, instrucciones, recomendaciones o requerimientos realizados por las autoridades de protección civil, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas, incluidas las que afecten al desplazamiento de las personas trabajadoras al centro de trabajo, o las mercancías o falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor a los efectos de los artículos 47.5 y 7 del Estatuto de los Trabajadores.

Acerca de lo anterior, sobre las actuaciones en el ámbito de afiliación se ha previsto que las empresas, para poder beneficiarse de las exoneraciones a las que se refiere el artículo 18 del RDL 6/2024, deben tener autorizado el ERTE al que se refiere el artículo 44 del RDL 7/2024, y, conforme a lo establecido en la DA 44ª LGSS, presentar ante la TGSS una declaración responsable que haga referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de la vigencia de este ERTE y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de estas exoneraciones. En concreto y, en cualquier caso, la declaración hará referencia a haber obtenido la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo. Esta declaración responsable debe presentarse:

a) A través del Sistema RED, respecto de cada código de cuenta de cotización y de cada uno de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2024, y enero y febrero de 2025, así como de

los posteriores en el caso de que las suspensiones o reducciones de jornadas se extiendan a períodos posteriores al de febrero de 2025, en el que figuren de alta las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas, en los centros afectados, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, y antes de solicitar el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente.

b) Debe comunicarse a la TGSS la identificación de las personas trabajadoras y periodo de la suspensión o reducción de jornada. Igualmente, la TGSS comprobará, a la fecha en que se comunique la declaración responsable, que la Autoridad Laboral competente haya informado de la autorización del ERTE por fuerza mayor.

La TGSS comprobará, en la fecha en que se comunique la inactividad, que la Autoridad Laboral competente haya informado sobre la inclusión de la persona trabajadora en el ERTE por fuerza mayor

— AMPLIACIÓN DEL PLAZO REGLAMENTARIO DE INGRESO DE LAS CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL, INTRODUCIDO POR ARTÍCULO 20 DEL RDL 6/2024

Acerca del artículo 20 del RDL 6/2024, sobre ampliación del plazo reglamentario de ingreso de las cuotas de Seguridad Social, para el ámbito de afiliación y en el de las liquidaciones de cuotas, se establecen los siguientes criterios:

— No se precisa la realización de ningún tipo de actuación, ni en el ámbito de afiliación, ni en el de las liquidaciones de cuotas, para la aplicación de la ampliación del plazo reglamentario de ingreso de cuotas de los CCC con domicilio de actividad en las localidades del anexo del RDL 6/2024, dado que la ampliación de dicho plazo reglamentario de ingreso respecto de estos CCC se efectuará automáticamente y de oficio por la TGSS.

— En consecuencia, no se deberán presentar las liquidaciones de cuotas, de los CCC con domicilio de actividad en las localidades contempladas en el Anexo del RDL 6/2024, correspondientes a los períodos de liquidación de octubre de 2024 a enero de 2025, en los meses en los que se deberían presentar con carácter general de no resultar de aplicación lo establecido en el artículo 20 del RDL 6/2024, es decir, en los meses de noviembre de 2024 a febrero de 2025, respectivamente-, dado que, en caso contrario, se procederá a rechazar la presentación o, en su caso, a anular la misma. Las liquidaciones de cuotas de estos CCC, correspondientes a los períodos de liquidación de octubre de 2024 a enero de 2025, se deberán presentar en los meses de diciembre de 2024 a marzo de 2025, respectivamente.

— La misma ampliación se aplicará a las liquidaciones complementarias cuyo plazo reglamentario de ingreso estuviese comprendido en cualquiera de los meses indicados anteriormente.

— De igual forma, no se precisa la realización de ningún tipo de actuación para la aplicación de la ampliación del plazo reglamentario de ingreso de cuotas de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social para Trabajadores por Cuenta Propia y en el Régimen Especial de la Seguridad Social para los Trabajadores del Mar, con domicilio de actividad o residencia en las localidades del anexo del RDL 6/2024, dado que la ampliación de dicho plazo reglamentario de ingreso respecto de estas personas trabajadoras se efectuará automáticamente y de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social.

— SUSPENSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RECAUDACIÓN DE LOS RECURSOS OBJETO DE LA GESTIÓN RECAUDATORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONFORME A LO DETERMINADO EN LOS RDL 6/2024 y 7/2024.

En relación con las actuaciones en el ámbito de afiliación y en el de las liquidaciones de cuotas, no se precisa la realización de ningún tipo de actuación, ni en el ámbito de afiliación ni en el de las liquidaciones de cuotas, dado que la suspensión de los procedimientos de recaudación se efectuará de automáticamente y de oficio por la TGSS.

— AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA SOLICITAR BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS DE TRABAJADORES EN LA SEGURIDAD SOCIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 23 DEL RDL 6/2024

No se precisa la realización de ningún tipo de actuación en el ámbito de afiliación, dado que la ampliación del plazo reglamentario para la comunicación de las bajas, tanto respecto de trabajadores por cuenta ajena en alta en CCC con domicilio de actividad en alguna de las localidades del Anexo del RDL 6/2024, como respecto de trabajadores por cuenta propia con domicilio de actividad o residencia en alguna de estas localidades, se efectuará automáticamente y de oficio por la TGSS. De igual forma, la TGSS procederá a ampliar, automáticamente y de oficio, el plazo reglamentario para la comunicación de las variaciones de datos que sean consecuencia del inicio y finalización de los períodos de suspensión o reducción de jornada como consecuencia de un ERTE a los que se refiere el artículo 18 del RDL 6/2024. En el supuesto de que no se aplique esta ampliación del plazo para la comunicación de las bajas, se deberá solicitar la oportuna corrección a través de la aplicación CASIA.

— APLAZAMIENTO EN EL PAGO DE LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 19 DEL RDL 6/2024

Este aplazamiento se ajustará a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa de Seguridad Social, con las siguientes particularidades:

1.- Será de aplicación un interés del 0,5 %, en lugar del previsto en el artículo 23.5 LGSS (para 2024, del 4,0625%).

2.- Las solicitudes de aplazamiento deberán efectuarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a las cuotas devengadas de octubre 2024 a enero 2025 para empresas, y de noviembre 2024 a febrero 2025 para trabajadores autónomos, en atención a la ampliación de plazo reglamentario de ingreso establecida en el artículo 20 del RDL 6/2024.

3.- El aplazamiento se concederá mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortizará mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada, sin que exceda en total de 16 mensualidades. El primer pago se producirá a partir del mes siguiente al que aquélla se haya dictado.

4.ª La solicitud de este aplazamiento determinará que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, respecto a las cuotas afectadas por el mismo, hasta que se dicte la correspondiente resolución

Procedimiento de presentación de las solicitudes a través del Sistema RED:

Los autorizados RED están habilitados para la presentación de las solicitudes de aplazamiento, como representante de persona jurídica o de persona física, utilizando exclusivamente el formulario del Registro Electrónico de la SEDESS (servicio de aplazamiento en el pago de deudas de la Seguridad Social). Las solicitudes que se presenten a través de cualquier otra vía (CASIA, ...) no surtirán efectos de ningún tipo. En el formulario del citado servicio de aplazamiento en el pago de deudas de la Seguridad Social, deberá marcarse la casilla RDL 6/2024 DANA.

— MORATORIA EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES CORRESPONDIENTES A LAS EMPRESAS, PREVISTA EN EL REAL DECRETO 6/2024

En relación con los apartados 2, 3 y 4 del artículo 19 del RDL 6/2024, en la redacción dada por el RDL 7/2024, sobre aplazamiento y moratoria en el pago de la cotización a la Seguridad Social, se indican a continuación las actuaciones a realizar para la solicitud de moratorias por parte de las empresas:

— CCC respecto de los que se puede solicitar la moratoria. CCC con domicilio de actividad en las localidades relacionadas en el Anexo del RDL 6/2024, respecto de los meses de octubre de 2024 a enero de 2025.

— Forma de presentación de la solicitud: las solicitudes se deberán presentar a través del sistema RED, por cada periodo de liquidación respecto del que se pretenda la moratoria, a través de la causa de peculiaridad de cotización: 111, moratoria DANA rdl6/2024/ morator.DANA RDL6/24, debiendo cumplimentarse los siguientes campos:

  • CCC: Debe ser aquél en el que se solicita la moratoria.

  • Fecha desde: Debe ser el primer día del mes natural al que corresponda.

  • Fecha hasta: Debe ser el último día del mes natural al que corresponda.

  • Plazo: Debe indicarse el número de meses por el que se solicita la moratoria. Teniendo en cuenta que este plazo puede ser hasta 1 año, deberá anotarse un número entre 01 y 12.

— Plazos de presentación de las solicitudes: las moratorias deben solicitarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales del plazo reglamentario de ingreso.

Teniendo en cuenta que a las empresas que pueden solicitar la moratoria le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 20 del RDL 6/2024, sobre la ampliación del plazo reglamentario de ingreso de cuotas, la solicitud se deberá presentar, desde el día 1 del mes respecto del que se solicita el diferimiento y hasta el día 10 del segundo mes natural siguiente a dicho mes. Por lo tanto, las solicitudes de moratoria respecto de cada periodo de liquidación se podrán presentar:

— Período de liquidación de octubre de 2024: hasta el 10 de diciembre de 2024.

— Período de liquidación de noviembre de 2024: hasta el 10 de enero de 2025.

— Período de liquidación de diciembre de 2024: hasta el 10 de febrero de 2025.

— Período de liquidación de enero de 2025: hasta el 10 de marzo de 2025.

Ingreso de las cuotas: el pago de la cotización empresarial a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, se demora en hasta un año, de tal forma que si, por ejemplo, se solicita la moratoria de 12 meses, el mes en el que deben ingresarse las cuotas, en función del mes de devengo cuyo plazo reglamentario de ingreso ya ha sido ampliado, sería el siguiente:

— Período de liquidación de octubre 2024: plazo de presentación ampliado a diciembre 2024, ingreso con moratoria en diciembre 2025

— Período de liquidación de noviembre 2024: plazo de presentación ampliado a enero 2025, ingreso con moratoria en enero 2026

— Período de liquidación de diciembre de 2024: plazo de presentación ampliado a febrero 2025, ingreso con moratoria en febrero 2026

— Período de liquidación de enero de 2025: plazo de presentación ampliado a marzo 2025, ingreso con moratoria en marzo 2026.

La moratoria no exime a las empresas de presentar las liquidaciones de cuotas a través de los procedimientos y plazos ya establecidos, así como de efectuar el ingreso de las aportaciones de los trabajadores por cuenta ajena o asimilados a estos, en los plazos ampliados anteriormente señalados.

Presentación de liquidaciones: la aplicación de la moratoria no requiere modificación en el fichero de bases.

— MORATORIA EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES CORRESPONDIENTES A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS, PREVISTA EN EL REAL DECRETO 6/2024

En relación con los apartados 2, 3 y 4 del artículo 19 del RDL 6/2024, en la redacción dada por el RDL 7/2024, sobre aplazamiento y moratoria en el pago de la cotización a la Seguridad Social, los trabajadores autónomos incluidos podrán solicitar una moratoria en el pago de sus cotizaciones de Seguridad Social. Las peticiones se deberán presentar a través del sistema RED, por cada periodo de liquidación respecto del que se pretenda la moratoria, a través de la *situación adicional de afiliación*.

Acerca de los plazos, las moratorias deben solicitarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales del plazo reglamentario de ingreso. Teniendo en cuenta que a las personas trabajadoras por cuenta propia que pueden solicitar la moratoria le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 20 del RDL 6/2024, sobre la ampliación del plazo reglamentario de ingreso de cuotas, la solicitud se deberá presentar:

— Trabajadores incluidos en el RETA

  • Período de liquidación de noviembre de 2024: hasta el 10 de diciembre de 2024.

  • Período de liquidación de diciembre de 2024: hasta el 10 de enero de 2025. o Período de liquidación de enero de 2025: hasta el 10 de febrero de 2025.

  • Período de liquidación de febrero de 2025: hasta el 10 de marzo de 2025.

— Trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar

- Período de liquidación de octubre de 2024: hasta el 10 de diciembre de 2024. o Período de liquidación de noviembre de 2024: hasta el 10 de enero de 2025.

- Período de liquidación de diciembre de 2024: hasta el 10 de febrero de 2025.

- Período de liquidación de enero de 2025: hasta el 10 de marzo de 2025.

— REDUCCIÓN DE JORNADA A CONSECUENCIA DE LA DANA

La identificación de los trabajadores afectados por la reducción de jornada a consecuencia de la DANA, a la que hace referencia el artículo 42.4.b del Real Decreto-Ley 7/2024, se efectuará a través de sistema RED, mediante la cumplimentación de una serie de campos establecidos al efecto.

— DONACIONES QUE OTORGUEN LOS EMPRESARIOS A SUS TRABAJADORES DERIVADAS DE LA DANA

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitió un criterio jurídico en relación a las donaciones que otorguen los empresarios a sus trabajadores, con el objeto de ayudar a reparar los daños provocados por la DANA, determinando que "las donaciones que otorguen los empresarios a sus trabajadores con el objeto de ayudar a reparar los daños provocados por la DANA deben excluirse de la base de cotización, al no tratarse de retribuciones por la actividad laboral de los trabajadores, ni afectar en modo alguno a la relación laboral." Al no tratarse de retribuciones, estos importes quedan excluidos de la obligación regulada en el artículo 147.3 LGSS, es decir, no deben comunicarse como CRA a través del correspondiente fichero

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 283-346

La "carta global de derechos laborales" en su contexto: significación técnica y político-jurídica

The 'global charter of labour rights' in context: technical and legal-political significance

José Luis Monereo Pérez

Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum

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

Sumario

1. Configuración del instrumento "Carta Global de Derechos Laborales". Distinción entre Declaración y Garantía
2. El lugar de "Carta Global de los Derechos Laborales: Principios de indivisibilidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos
3. Nuevos derechos para nuevos riesgos y situaciones de necesidad: derecho a la protección de datos y derechos digitales
4. El catálogo de los derechos de la propuesta de nueva "Carta Global de Derechos Laborales". Del reforzamiento de los derechos existentes a la innovación del sistema de derechos (los nuevos derechos proclamados)
5. La necesidad de una mayor presencia en la Carta Global del derecho humano al desarrollo, como derecho holístico insatisfecho
6. Crisis del constitucionalismo social y derecho humano al desarrollo
7. Bibliografía

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: «La "carta global de derechos laborales" en su contexto: significación técnica y político-jurídica». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 283-346.

Resumen

La Declaración de Copenhague sobre el Desarrollo Social y el Programa de Acción, aprobada en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, incluida la resolución 78/174, de 19 de diciembre de 2023, más de 25 años después de la celebración de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, deja constancia de que el progreso social es lento y desigual –y no se corresponde con los niveles de crecimiento económico- y sigue habiendo lagunas importantes. La Cumbre Social Mundial que se celebrará en 2025, bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, tiene como objetivo abordar las lagunas que persisten, renovar su compromiso con la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción y su aplicación y dar impulso a la implementación de la Agenda 2030. En este contexto, en el Congreso Internacional de Madrid (14 noviembre 2024) se propone integrar en los objetivos de la Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, la adopción de una "Carta global de derechos laborales", que recoja estándares básicos clásicos con experiencias en la protección de los derechos de las personas trabajadoras y que sea compatible con los retos que plantean las transiciones ecológica y digital y los cambios geopolíticos y culturales que inciden cualitativamente en el mundo del trabajo y las relaciones de producción en su conjunto.

Palabras clave

"Carta Global de Derechos Laborales"; Declaración y Garantía de Derechos; Cartas de Derechos Sociales; Principios de indivisibilidad; interdependencia y progresividad de los derechos fundamentales; Carta Social Europea Revisada de 1996; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007; Emergencia de Nuevos Derechos Sociales

Abstract

The Copenhagen Declaration on Social Development and the Programme of Action, adopted at the World Summit for Social Development, including resolution 78/174 of 19 December 2023, more than 25 years after the World Summit for Social Development, records that social progress is slow and uneven - and not matched by levels of economic growth - and significant gaps remain. The World Social Summit to be held in 2025, under the title 'Second World Summit for Social Development', aims to address the remaining gaps, renew its commitment to the Copenhagen Declaration on Social Development and the Programme of Action and its implementation and give impetus to the implementation of the 2030 Agenda. Accordingly, the Madrid International Congress (14 November 2024) proposes to include in the objectives of the Second World Summit for Social Development the adoption of a 'Global Charter of Labour Rights', which would bring together classic basic standards with experience in the protection of workers' rights and which would be compatible with the challenges posed by the ecological and digital transitions and the geopolitical and cultural changes that have a qualitative impact on the world of work and production relations as a whole.

Keywords

'Global Charter of Labour Rights; Declaration and Guarantee of Rights; Social Bills of Rights; Principles of indivisibility, interdependence and progressivity of fundamental rights; Revised European Social Charter 1996; Charter of Fundamental Rights of the European Union 2007; Emergence of New Social Rights

"Un nuevo paradigma teórico se halla actualmente en plena evolución: un paradigma aliado con la reclamación que tantas y tantas personas hacen de una calidad de vida que satisfaga los requerimientos de la igualdad de dignidad humana que todas merecen".

Martha C. Nussbaum[1]

1. CONFIGURACIÓN DEL INSTRUMENTO "CARTA GLOBAL DE DERECHOS LABORALES". DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN Y GARANTÍA

En marzo de 1995, con la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague, la comunidad internacional, concentró su atención en la naturaleza y la raíz de las tendencias y problemas sociales. En esta Cumbre, los Estados Miembros aprobaron la *Declaración de Copenhague sobre el Desarrollo Social y el Programa de Acción*. Es, ésta, una Declaración de carácter político-jurídico, sin rango normativo, pero de enorme transcendencia como instrumento de impulso para la acción en favor del desarrollo social basado en un enfoque de garantista de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho humano al desarrollo.

Las transformaciones estructurales, de todo orden (cambios geopolíticos, emergencia climática, la transformación digital, etcétera) impactan en el mundo del trabajo y de la empresa. Ello exige una capacidad de reacción rápida por parte de los Estados para no postergar por más tiempo la consecución del "trabajo decente"[2] para todas las personas y en todos los países del mundo y la capacidad de abordar las transiciones inminentes desde el paradigma de la justicia social. La *Declaración de Copenhague sobre el Desarrollo Social y el Programa de Acción*, aprobada en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, incluida la resolución 78/174, de 19 de diciembre de 2023, más de 25 años después de la celebración de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, deja constancia de que el progreso social es lento y desigual –y no se corresponde con los niveles de crecimiento económico- y sigue habiendo lagunas importantes. La Cumbre Social Mundial que se celebrará en 2025, bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, tiene como objetivo abordar las lagunas que persisten, renovar su compromiso con la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción y su aplicación y dar impulso a la implementación de la Agenda 2030.

En este contexto, en el Congreso Internacional de Madrid (14 noviembre 2024) se propone integrar en los objetivos de la Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, la adopción de una "*Carta global de derechos laborales"*, que recoja estándares básicos clásicos con experiencias en la protección de los derechos de las personas trabajadoras y que sea compatible con los retos que plantean las transiciones ecológica y digital y los cambios geopolíticos y culturales que inciden cualitativamente en el mundo del trabajo y las relaciones de producción en su conjunto. Esta "Carta Global de Derechos Laborales" propuesta en el Congreso Internacional del Trabajo de Madrid, es un instrumento que pertenece también -como la misma Declaración de Copenhague- al género de las "Declaraciones de Derechos", cuyas fuentes institucionales e intelectuales se sitúan fuera de las instancias legislativas internacionales y nacionales. Se espera que esta propuesta sea acogida por

[1] Nussbaum, M.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano,* trad. de A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2012, p. 218.

[2] Para esta noción y sus fundamentos véase Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, especialmente, Capítulo I ("La dignidad de la persona: significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantías de los derechos y capacidades humanas…"), pp. 9 y ss., y Capítulo II ("La dignidad de la persona que trabaja como expresión "materializada" del principio de dignidad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos o inespecíficos y de los derechos específicos sociales"; "Dignidad humana y trabajo decente: la función garantista de la OIT"), pp. 161 y ss. Consúltese la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa,* adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

la nueva Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social impulsada por las Naciones Unidas, para su elaboración definitiva. En un futuro se podrá apreciar si en el seno de las Naciones Unidas existirán las condiciones idóneas para alcanzar un deseable consenso respeto a la aprobación de una *Carta Global de Derechos Sociales* con pleno valor normativo y, por tanto, dotada de fuerza jurídica vinculante multilateral generalizable a nivel mundial. Por el momento, conviene incidir en que esta calificación técnica le separa nítidamente de los instrumentos de "garantía" jurídica de los derechos, para más adelante entrar en otras consideraciones -contextuales y sistémicas- que ponen de manifiesto su utilidad real y efectiva en el plano de la política del Derecho para avanzar en la mejora del sistema de tutela internacional de los derechos sociales atendiendo a los principios de indivisibilidad, interdependencia y progresividad de *todos* los derechos fundamentales en su conjunto.

Abordar esta problemática desde la perspectiva histórico-jurídica ayudará a comprender la significación de política del Derecho de la distinción entre "Declaraciones" de los derechos humanos y "Garantías" de los derechos fundamentales[3]. Las Declaraciones de Derechos decimonónicas eran ante todo Declaraciones de los derechos del hombre en forma de "proclamación". Esas declaraciones comportaban, en efecto, una proclamación de derechos humanos[4] más en términos de principios o valores superiores a preservar por la Comunidad política que en el de derechos en sentido propio[5]. Se

[3] Abundando en lo indicado en el texto, consúltese Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009.

[4] Se han definido los derechos humanos positivados como las "facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en los referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación". Cfr. Peces Barba, G. y otros.: *Derecho positivo de los derechos humanos,* Madrid, Debate, 1987, págs.14-15. Sobre el "desplazamiento" de la Declaración de derechos hacia el sistema del derecho originario, *vid.* Monereo Pérez, J. L.: «Carta comunitaria de Derechos Sociales fundamentales. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea», (I), *REDT*, núm. 56 (1992), págs. 886 y sigs. Ya de por sí, la Carta monográfica de 1989 y la Carta totalizadora de 2000/2007 (art.6.1 del TUE), sufrieron de inmediato un proceso de "juridificación" como impulso de las políticas legislativas comunitarias y como texto que recogían principios generales del derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia europeo. Asimismo, *Ibid., La protección de los derechos fundamentales. El modelo Europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009.

[5] Hay que tener en cuenta que los "derechos humanos" "son derechos morales", "tienen validez solamente en razón de su corrección material. Su institucionalización, *positivación* o efectividad social no desempeñan ningún rol como criterio de validez. Lo característico de estos derechos es su funda-mentalidad, propiedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Por este motivo, los derechos humanos constituyen el núcleo de las teorías de la justicia. Estos derechos tienen validez universal, se atribuyen por igual a todos los hombres en el mundo. En esta medida, tienen prioridad frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad del mismo. Finalmente, también es característico de los derechos humanos su índole abstracta". Los derechos fundamentales son un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo (cfr. Alexy; Koller). Cfr. Borowski, M.: *La estructura de los derechos fundamentales,* Bogotá (Colombia), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, págs.30-31. Por su parte, los derechos fundamentales internacionales, supranacionales y nacionales son derechos que han adquirido una dimensión positiva en textos jurídicos. "Los derechos fundamentales internacionales son derechos que han sido consagrados en pactos y convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos. *Estos derechos constituyen el intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo.* Desde la perspectiva de su fuerza vinculante, regularmente se distingue entre varios niveles. Entre los pactos y convenciones de validez mundial deben mencionarse ante todo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 19 de diciembre de 1966. Asimismo, en el continente europeo, debe citarse especialmente la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, así como la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (y su Protocolo Adicional de mayo de 1988), revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Por su parte, los derechos fundamentales *supranacionales* corresponden a las libertades fundamentales de la Unión Europea, que en un principio fueron desarrolladas ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Europea de Luxemburgo. Su desarrollo tuvo su punto de partida en el ámbito económico. Aunque muy pronto se reconoció ampliamente a todo un conjunto de libertades fundamentales no económicas, hasta hace muy poco tiempo no podían

trataba de Declaraciones de derechos frente al Estado postulando una obligación de abstención de éste[6]. Esas Declaraciones se encuadran, así, dentro del movimiento de las declaraciones internacionales y nacionales de derechos. Pero cabe decir inmediatamente que en el sentido histórico más exacto este tipo de declaraciones abstractas se sitúan *al lado* –en un plano diverso, aunque no en confrontación de las garantías jurídico-institucionales de los derechos. Es importante recordar el significado político-jurídico del movimiento evolutivo que va desde las declaraciones a las garantías jurídicas de los derechos dentro de la evolución del constitucionalismo moderno. En realidad, el desplazamiento de las declaraciones hacia las garantías jurídicas de los derechos obedece a la pretensión general de salvaguardar los derechos y libertades de los individuos y grupos sociales frente a los poderes públicos, elevando su protección a un ámbito de supralegalidad ordinaria; y precisamente este esfuerzo de conferir a los derechos y libertades un rango supraestatal –como ha hecho notar Hauriou[7]- deriva más de las garantías de los derecho que de las meras Declaraciones, como texto separado de las Constituciones o normas fundamentales, toda vez que las garantías de derecho se presentan "como reglas positivas y obligatorias, con valor vinculante que aseguran la aplicación dinámica de determinados derechos generalmente reconocidos y que se imponen, en particular, al legislador ordinario, y formando parte de la Constitución participan del mismo valor jurídico que ésta, pudiendo ser oponibles al legislador ordinario y, matizadamente, a los particulares. Las Declaraciones de derechos, por el contrario, cuando no están enmarcadas en las Constituciones (conformando ésta el contenido esencial de los derechos incorporados cuyo respeto se impone con fuerza vinculante general, es decir, dotándolos de garantías institucionales en el mismo texto constitucional) aparecen, ante todo, como enunciados de principios filosóficos y político-jurídicos, sin valor y eficacia jurídica directa. Se puede ir más lejos, en este orden de ideas, para afirmar que la garantía[8] de los derechos humanos fundamentales está entre las últimas causas de la constitucionalización del poder político, incorporando el catálogo

ser comprendidas como un catálogo de derechos fundamentales omnicomprensivo y con todos sus efectos. Hace más de un año se aprobó un completo *catálogo* de derechos fundamentales para la UE, que sin embargo no tiene validez para los actos jurídicos de la Comunidad Europea. El paralelismo entre los derechos fundamentales nacionales y supranacionales origina también un paralelismo entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional nacional y la Corte Supranacional, que conduce a conflictos de competencias". Por último, "los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos fundamentales nacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles jurídicamente" (*Ibid.,* pp.31 a 33). Sobre la historia de la institucionalización de los de los derechos humanos como derechos fundamentales, puede consultarse Alexy, R.: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá (Colombia), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 31 y sigs. Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; *El concepto y la validez del derecho,* 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997; "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", en *Derechos y libertades,* núm. 8 (2000), pp.21 a 41; *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático,* en Carbonell, M.(Ed.).: *Neoconstitucionalismo (s),* Madrid, Trotta, 2003; *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá (Colombia), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003; *El concepto y la naturaleza del Derecho,* Madrid, Marcial Pons, 2008. También Cruz Villalón, P.: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 25 (1989), pp. 35 a 62.

[6] Véase Bataglia, F.: "Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador. Esencia, evolución, perspectivas futuras", en *Estudios de Teoría del Estado,* Madrid, 1966, pp.157 y ss.

[7] Hauriou, A.: *Derecho constitucional e instituciones políticas,* Barcelona, Ariel, 1971, p.208.

[8] Desde la teoría del garantismo de Ferrajoli la garantía "es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo". Cfr. Ferrajoli, L.: "Garantías", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* (Madrid), núm.38 (2000), págs.39 y sigs., en particular pág.30. Realza también Ferrajoli que "El enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la elaboración de *garantías sociales o positivas* adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad. *Las prestaciones positivas del Estado* en beneficio de los ciudadanos han tenido ciertamente un enorme desarrollo de hecho", pero no han venido acompañadas de las garantías suficientes y adecuadas para hacerlas valer. Cfr. Ferrajoli, L.: *Derecho y razón,* cit., p.863.

de derechos al texto constitucional –en la norma fundamental que sienta las bases primordiales del sistema jurídico-. Así, una declaración de derechos constitucionalmente garantizada no puede ser considerada una mera declaración retórica, sino un conjunto de poderes jurídicos dotados de plena operatividad y efectividad. La corporeización de la Declaración de Derechos de 1948 en los grandes Pactos Internacionales de Derechos muestra que no se trataba simplemente de una Declaración abstracta y retórica, sino de un reconocimiento garantista de los derechos fundamentales[9]. Es éste el trasfondo político-jurídico del reconocimiento de los derechos humanos (indiferenciados y sociales) en términos de garantías jurídicas (es decir, los derechos fundamentales en sentido técnico-jurídico; *derechos del hombre garantizados por las instituciones jurídicas)*[10], lo cual permite comprender la

[9] Cuestión distinta es que actualmente exista una marcada orientación conservadora que tiende a cuestionar le fuerza normativa de estos textos constitucionales e incluso a afirmar el carácter meramente programáticas del catálogo interno de derechos consagrados en las Constituciones sociales contemporáneas.

[10] Para algún autor, los derechos humanos no pueden ser formulados como simple decisión del poder soberano en el plano del derecho positivo. "Si bien no tienen carácter de derecho natural en el sentido de una validez pre-política absoluta, *son pre-sociales en un sentido totalmente diferente, pues se basan en "derechos latentes" de las unidades cuerpo-alma, en su identidad/autoconservación; y a la vez son pre-políticos y pre-jurídicos en cuanto se basan en "el derecho vivo de los derechos humanos, que hace surgir tales derechos humanos y sus conquistas a partir de los conflictos comunicativos en la política, la moral, la religión o el derecho.* Su positivación como derecho técnico en la política y en el derecho no es una libre decisión del legislador legitimado democráticamente, sino que se basa en este doble subsuelo formado por los procesos auto-conservadores externos a la sociedad y por los conflictos en el interior de la sociedad". Es así, que "el problema de los "derechos humanos latentes" surge cada vez que se comunica: como "derechos intrínsecos" de la vida orgánica y de la vivencia psíquica frente a la puesta en peligro de su integridad mediante la comunicación social.". Por otra parte, a la problemática tradicional de los derechos fundamentales en la modernidad se añade la creciente fragmentación de la sociedad, con la consiguiente multiplicación de los sistemas sociales expansivos. En este contexto, "El modelo *estatal* de los derechos fundamentales sólo funciona mientras el Estado se puede identificar con la sociedad, o al menos se pueda considerar el Estado como forma de organización de la sociedad, y la política como coordinación jerárquica de la sociedad. *Por la liberación y autonomización de otros medios comunicativos altamente especializados (dinero, saber, derecho, medicina, tecnología) este modelo se vuelve cada vez menos plausible. Exactamente en este punto surge la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y humanos: la fragmentación de la sociedad multiplica las zonas fronterizas entre las matrices de comunicación autonomizadas y los hombres.* Los nuevos territorios de sentido trazan sus propios límites respecto de los ambientes humanos. Ahí nacen nuevos peligros para la integridad del cuerpo y los hombres". Ahora bien: "Si la violación de los derechos fundamentales hay que atribuirla sistemáticamente a las tendencias *totalitarias* de racionalidades sociales parciales, entonces ya no tiene sentido ver la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como si se tratase de relaciones entre actores privados, cuyos derechos fundamentales hubiese que ponderar recíprocamente…. En la imagen de la "horizontalidad" sigue operando el absurdo punto de vista de la parte y el todo, minimizando la problemática de los derechos humanos de una manera inaceptable, como si solamente se tratase de que unos miembros de la sociedad amenazan a otros miembros". No obstante: "En una simplificación precavida y aún por justificar, la problemática de los derechos humanos "horizontales" se puede calificar tal vez mediante categorías jurídicas conocidas: la problemática sólo existe si la amenaza a la integridad cuerpo/alma procede de "instituciones" sociales y económicas (y dentro de actores individuales sin más). Con "instituciones" se alude, en principio, a organizaciones formales privadas y a regímenes privados. Los casos más importantes entonces serían las empresas económicas, asociaciones privadas, hospitales, escuelas, universidades, como organizaciones formales. Y las condiciones generales de los negocios, homologaciones privadas y regulaciones privadas similares, como regímenes privados. (Pero hay que tener en cuenta que le concepto de institución sólo representa de manera imperfecta las cadenas de actos de comunicación amenazadores de la integridad, caracterizados por un medio especial –la "matriz" anónima-, y apenas hace visible su dinámica expansiva. Pero tiene para los juristas, que forzosamente se orientan a las normas y a las personas, la ventaja inapreciable de que la *institución se define como un haz de normas y se puede personificar a la vez.* El concepto de institución señalaría entonces el camino para la re-especificación de los derechos fundamentales en los ámbitos sociales (por decirlo así, el equivalente al Estado como institución y como persona). El resultado sería, pues, la fórmula de la "eficacia frente a terceros", plausible también para el jurista como tal: no una eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre actores privados, como ponderación entre los derechos fundamentales de portadores individuales de derechos, sino derechos humanos y derechos discursivos *frente a las instituciones sociales*)". En la dimensión funcional e institucional, lo que importa es poner el conflicto en su contexto social, y tener en cuenta que la catástrofe del sida u otro mal social implica en último término una colisión de lógicas de acción incompatibles. En particular Teubner, G.: "Sociedad global-Justicia fragmentada. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales "privados"", en *Anales de la Cátedra*

evolución histórica de las Declaraciones, como postulados filosóficos y jurídico-políticos (como valores superiores no positivizados), hacia las garantías de los derechos. Se puede resumir de forma concisa y rigurosa indicando que "la Declaración apela más bien a convencimientos, cree ingenuamente que formula verdades y espera que su simple enunciación bastará para su eficacia. La prescripción de garantía es obra jurídica y, por tanto, de relativa desconfianza en poderes o instituciones, contra cuyos posibles abusos o descarríos adopta posición precautoria"[11]. Los derechos humanos, pues, son el resultado de la lucha constante por la dignidad humana[12]. En un sentido amplio, la dignidad humana no es exclusivamente en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma -valorativa o principialista- de todos los derechos fundamentales. De ahí su historicidad más allá de planteamientos exclusivamente esencialistas y abstractos. En esa perspectiva no se basan tanto en la personalidad abstracta –ni menos aún en el individualismo abstracto- como en la personalidad histórica, real, que le vincula al sistema de necesidades humanas que subyace a la vida humana y a la "cultura de los derechos". No se puede ignorar que la dignidad del hombre como fundamento de de los textos

Francisco Suárez, núm. 39 (2005), pp.551 y ss. No existen razones impeditivas para no configurar los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, lo que ocurre es que se insertan en una revisión de la categoría técnica de derecho subjetivo. Así, se ha señalado que "un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas (derecho *prima facie*) y suficientes (derecho definitivo abstracto), y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto (derecho definitivo concreto)". Cfr. Arango, R.: *El concepto de derechos sociales fundamentales,* Bogotá (Colombia), Legis Editores-Universidad Nacional de Colombia,2005, capítulo I ("Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos"). Para Arango los derechos subjetivos pueden concebirse como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica. Las posiciones jurídicas son condiciones necesarias para los derechos subjetivos. La norma jurídica y la obligación jurídica no son características suficientes de la noción de derecho subjetivo. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general. No hay dificultades insalvables en esa construcción. No obstante, es preciso siempre hacer distinciones entre los diversos derechos sociales fundamentales, dados sus distintos contenidos y alcances (pp.56-57).

[11] Pérez Serrano, N.: *Tratado de Derecho Político,* Madrid, Civitas, 1976, pp.587 y ss., en particular, p. 593. Sobre el sentido diferencial de los textos constitucionales, declaraciones y cartas de derechos, véase también Biscaretti Di Ruffia, P.: *Derecho constitucional,* trad. P. Lucas Verdú, reimpresión de la 1ª ed. de 1965, Madrid, 1973, pp. 665 y ss.; González Casanova, J.A.: *Teoría del Estado y Derecho Constitucional,* Barcelona, 1980, pp.241 y ss. Sobre la noción de garantía, como realización de los derechos reconocidos en la norma, con especial referencia al Derecho Internacional en materia de los derechos del hombre, así como sus peculiaridades en este ámbito, véase, por todos, Lattanzi, F.: *Garanzie dei Diritti dell'uomo nel Diritto Internazzionale generale,* Milano, 1983, especialmente pp.45 y ss., y la amplia bibliografía allí citada. Sobre la diferenciación entre "declaración" y "garantía" de los derechos, véase Monereo Pérez, J .L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* números 56-57 (1992-1993); Salazar, C.: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociale,* Torino, Giappichelli, 2000, y Ferrajoli, L.: *Derecho y razón,* Madrid, Trotta, 2006.

[12] En este sentido sobre todo debe tomarse en cuenta el pensamiento del primer Marx -el "joven Marx"- y su concepto de alienación como fenómeno social, en el que subyace la idea de proteger la dignidad humana. Véase Marx, C.: *Manuscritos de economía y filosofía,* Madrid, Alianza, 2005. Véase al respecto Heller, A.: *Teoría de las necesidades en Marx,* Barcelona, Eds. Península, 1978; *Ibid., Más allá de la justicia,* Barcelona, Planeta-Agostini, 1994; Lukács, G.: *Marx, ontología del ser social,* Madrid, Akal, 2007; Eymar, C.: *Kart Marx, crítico de los derechos humanos,* Madrid, Tecnos, 1987; Plamenaztz, J.: *Kart Marx y su filosofía del hombre,* México, FCE, 1986; Israel, J.: *Teoría de la la alienación,* Barcelona, Península, 1977; Schaff, A.: *La alienación como fenómeno social,* Barcelona, 1979, y la reflexión de conjunto más amplia de Postone, M.: *Tiempo, trabajo y dominación social. Una reinterpretación de la teoría crítica de Marx,* Madrid, Marcial Pons, 2006. También el concepto de *anomia* de Emilio Durkheim, como puede apreciarse en 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,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, pp. VII a LXVI.

constitucionales[13] de los Estados democráticos y así se ha normativizado en las Constituciones[14]. Se puede hablar igualmente de la dignidad del hombre como garantía constitucional, en el sentido de que la dignidad es una noción clave jurídico-constitucional respecto a la relación del hombre entre sí y con el Estado[15].

Los textos escritos declarativos de derechos representaron una conquista esencial del ciudadano respecto al poder establecido[16]. Declaración de Derechos como la francesa de 1789 y sus precedentes más destacados (los *Bills of rights* de las colonias ameritas y el *Bill of rights* de Inglaterra, que consagraba la "Glorious Revolution" de 1689)[17] obedecían al clima cultural, filosófico e ideológico de

[13] Así la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, que declara que "Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos…, en reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la personalidad humana". También la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, en cuyo Preámbulo se establece que: "El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". De mismo modo, en su art. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente lo su nos con los otros". Igualmente, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y los Estatutos de la UNESCO, de 16 de noviembre de 1945.

[14] V.gr., el art.10 de nuestra Constitución y el art.1.1. de la Ley Fundamental alemana.

[15] Sobre la dignidad del hombre y sus fundamentos en los textos fundamentales, véase Häberle, P.: "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", Starck, C.: "La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho Alemán", Luther, J.: "Ragionevolezza e dignità umana", todos ellos en Fernández Segado, F. (Coord.).: *Dignidad de las personas, derechos fundamentales, justicia constitucional,* Madrid, Ed. Dykinson, 2008, págs.175 y sigs., págs.239 y sigs., y 303 y sigs., respectivamente. También HESSE, C.: "Significación de los derechos fundamentales" y Benda, E.: "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde: *Manual de Derecho Constitucional,* edición, prolegomena y traducción de Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 83 y ss., y 117 y sigs., respectivamente.

[16] "El origen de los derechos humanos es discutible. Unos lo encuentran en la filosofía del derecho natural, desde los estoicos hasta la Ilustración francesa del siglo XVIII. Otros –tanto los teóricos marxistas como conservadores- lo buscan en una "base económica", a saber, en los intereses burgueses ligados a la apropiación y la explotación. Otros, a su vez, lo buscan en el derecho inglés y norteamericano. La cuestión de saber cuál de estas teorías tiene razón puede tener importantes consecuencias para la interpretación de los derechos fundamentales y la legitimidad del Estado constitucional". Cfr. Kriele, M.: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático,* Buenos Aires, Depalma, 1980, p.205. Kriele realiza una exposición sucinta a la controversia entre el clásico de la moderna teoría general del Estado alemana, Georg Jellinek, y Emil Boutmy, un clásico de la moderna politología francesa, que tuvo lugar al comienzo del siglo veinte. Georg Jellinek fue contrario a la idea de que el origen de los derechos humanos estuviese en la filosofía iluminista francesa del siglo XVIII y en especial en Rousseau (*Ibid*., Capítulo 3, pp.205 y s.).

[17] Estas Declaraciones se limitan a proclamar los derechos individuales y a establecer los principios de la organización política. Se ha señalado que lo que faltaba en el contenido de la Declaración de 1789, desde el punto de vista de los sistemas políticos actuales, era el control de constitucionalidad y el reconocimiento de los derechos sociales. Respecto a lo primero, ya que en principio parecería contrario al legicentrismo de la Declaración; y lo segundo, porque la Revolución francesa fue una revolución burguesa o de élites en la que las clases populares no llegaron a ocupar el papel dominante, y porque sus fundamentos ideológicos todavía no estaban bien desarrollados. El modelo de la declaración universal y abstracta se correspondía con la filosofía iusnaturalista inspiradora del texto (que, en lo principal, fue la misma que en los textos americanos); su matriz es el Derecho natural y se construye conforme a un esquema que deriva de ella y que está integrado por tres elementos: el hombre, la soberanía de la ley y el ciudadano. De manera que el esquema permite captar en la Declaración un fundamento último iusnaturalista, un modelo político contractualista y una concepción del Derecho legicentrista. El iusnaturalismo es la ideología y filosofía inspiradora del contenido de la Declaración de 1789. Cfr. García Manrique, R.: "Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores", en *Historia de los derechos fundamentales,* t. II, v. III. *El derecho positivo de los derechos humanos,* Peces-Barba Martínez, G., Fernández García, E. y De Así Roic, R. (Dirs.), Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2001, pp. 226 y ss., y la bibliografía allí citada. Sobre la polémica de la relevancia y la influencia de las declaraciones americanas, anteriores en pocos años, y la Declaración francesa de 1789, es ilustrativa la controversia mantenida por Jellinek y Boutmy. Los textos se recogen en González Amuchastegui, J. (ed.).: *Orígenes de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano,* Est. prel., "Polémica del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789", Madrid, Editora Nacional, 1984. Sobre la polémica en sí, aparte del Estudio preliminar de Adolfo Posada al texto de Jellinek,

la época, en la que imperaban el Derecho natural (las doctrinas y declaraciones de derechos humanos de los siglos XIX, y en gran medida del siglo XX son derivaciones directas de la teoría liberal de los derechos "naturales", imprescriptibles e inalienables que enumeraban)[18] y las tesis contractualistas[19]. De manera que, en coherencia, se pensaba que todos los hombres tienen derechos naturales[20] innatos a su naturaleza y que el orden político-jurídico presentaba un carácter transaccional, estando limitado el Estado constitucional limitado por el obligado respecto al estándar de derechos consagrados. En las fases más avanzadas del "proceso de constitucionalización" de los derechos, la orientación esencialmente individualista de las primeras declaraciones de derechos, tendió a superarse a través de un reconocimiento y garantía jurídica más integral de las distintas dimensiones del ser humano formulada en término de derechos, esto es, como derechos individuales, derechos políticos y derecho sociales (en cuyo consagración impera, como es sabido, la realización del principio de igualdad sustancial y que presuponen una acción positiva por parte de los poderes públicos). Se trata de una "triada" de derechos que se encuentran intrínsecamente vinculados, pues formalizan los principios subyacentes de libertad, participación, igualdad y solidaridad social. La segunda gran tendencia ha sido la del reconocimiento de los derechos en instrumentos internacionales; un proceso que tiene un hito central en la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre"[21], adoptada el 10 de diciembre de 1948, y que –a pesar de reconocer la extraordinaria dificultad de establecer fórmulas que sean capaces de formalizar los valores y derechos que puedan considerarse comunes a los distintos tipos

puede consultarse, Robles, G.: "El origen histórico de los derechos humanos: Comentario de una polémica", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* núm.57 (1979), pp. 21 y ss., Asís Roig, R.de y Ansuátegui Roig, F.J.: "Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica", Cap. XII de la *Historia de los derechos fundamentales,* t. I, *Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII,* Madrid, Ed. Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2003, págs.801 a 810, y bibliografía allí citada; Habermas, J.: "Derecho natural y revolución", en *Teoría y Praxis (Estudios de Filosofía social),* Madrid, Tecnos, 1990, pp.87 a 122; Bobbio, N.: "La Revolución Francesa y los derechos del hombre", y "La herencia de la Gran Revolución", ambos en *El tiempo de los derechos,* trad. de Rafael de Asís, Madrid, Sistema, 1991; Peces Barba, G.: "Los derechos del hombre en 1789 (Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa)", en *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. VI (1989); Aparisi, A.: *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-BOE, 1995; Bailyn, B.: *Los orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana,* trad. de A. Vanasco, Buenos Aires, Paidós, 1972; Rials, S.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* París, Hachette, 1988; Godechot, J.: *Los orígenes de la Revolución Francesa,* trad. María L. y Rosa M. Feliu, Barcelona, Península, 1985; *Ibid., Filosofía de la Revolución francesa,* trad. C. Vallée, México, FCE, 1989; Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna,* v. I. *Assolutismo e codificazione del diritto,* Bologna, Il Mulino, 1976; Troper, M.y Jaume, L. (Dirs.).: *1789 et l'invention de la Constitution,* París, Bruylant/LGJD, 1994; y Pound, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad,* edición y Estudio Preliminar, "La 'jurisprudencia sociológica" de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social" (pp. IX-LXXXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Obra, ésta última, fundamental para comprender la historia del constitucionalismo norteamericano.

[18] Ya es significativa la vinculación de la Declaración con la naturaleza intrínsecamente del hombre según los esquemas propios del Derecho natural. Se ha señalado al respecto que la idea de una "declaración" suponía el reconocimiento de la verdad de toda una filosofía política, presentada filosóficamente como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. Cfr. Zagrebelsky, G.: *El Derecho dúctil,* trad. M. Gascón, Madrid, Trotta, 1997, p.52.

[19] Sobre la influencia de las revoluciones francesa y americana en la construcción de los derechos fundamentales, véase Fioravanti, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones,* Madrid, Trotta, 1996, especialmente, capítulo 2, pp. 55 y ss. En la doctrina clásica, PAINE, T.: *Los derechos del hombre,* Madrid, Alianza Editorial, 1984. Paine (1737-1809), aparte de defender los derechos naturales, fue más allá de la idea liberal de un Estado mínimo garante de libertades individuales, aportando argumentos para lo que después se denominaría "Estado social".

[20] Sobre la tradición de los derechos naturales y sus aportaciones, véase Viola, F.: *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea,* trad. y estudio introductoria, Vicente Bellver, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, págs.311 y ss.

[21] Un enfoque de conjunto sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en Carrillo Salcedo, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo,* 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, cap.2º, pp.49 y ss.

de Estado- se ha constituido en un elemento básico de un estándar mundial de referencia, aunque todo estándar sea en sí problemático y objeto de discusión respecto a su conformación y aplicación.

En una perspectiva, la de la eficacia, las Declaraciones han tendido hacia una mayor "juridización" a través del garantismo fuerte, donde la Declaración se inserta en un texto constitucional propiamente dicho –recibiendo su valor normativo de dicho texto- o se formalización en texto internacional de "valor constitucional" equivalente, con mecanismos de exigibilidad reforzada y con un sistema de control *ad hoc* para velar por su recto cumplimiento. En el plano internacional es de realzar la aprobación por la Naciones Unidas, el 16 de noviembre de 1966, de los grandes instrumentos normativos en materia de derechos humanos o de derechos fundamentales: sobre los derechos civiles y políticos y sobre los derechos económicos, sociales y culturales. La juridificación en sentido fuerte ha sido la propia del constitucionalismo democrático-social (impulsado por constituciones como la mexicana de Querétaro de 1917, la alemana de Weimar de 1919 y la española de 1931). Estos textos constitucionales incorporan Declaraciones, cartas, de derechos fundamentales garantizados, que se consideran imprescindibles para asegurar una vida digna y la participación activa de las personas en la vida de la comunidad política[22].

Una de las ideas-fuerza fundamentales del proceso de constitucionalización reforzado a partir de la segunda postguerra mundial ha sido la tendencia a reconocer la universalidad de los derechos humanos[23], superando su mera condición de derechos de "ciudadanía" estricta[24], mediante su atribución a la persona. El proceso vendría marcado por el desplazamiento de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona[25]. Sin embargo, el proceso es incompleto, en la medida en que quedan condicionados por los sistemas estatales y la demarcación de sus fronteras. Es decir, estamos ante los derechos de ciudadanía entendida ésta como el "estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad" política[26]. La propuesta alternativa desde el garantismo jurídico ha sido la de recuperar el aliento universalista en una refundación del Derecho internacional. Se apuesta por "la elaboración de un constitucionalismo mundial capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías cuya ausencia genera inefectividad. Si se desea que esas cartas sean tomadas en serio como normas y no como declaraciones retóricas, es necesario que esta ausencia de garantías sea reconocida por la cultura política y jurídica como una laguna que debe ser resuelta obligatoriamente por la ONU, y por tanto por los Estados que a ella se adhieren". La propuesta no residiría en establecer "un improbable y no deseable gobierno mundial. Si no, de forma mucho más simple, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humano en el interior, avanzada por

[22] Véase Friedrich, C.J.: *La democracia como forma política y como forma de vida,* Madrid, CEC, 1965, p.15.

[23] El fenómeno de la universalización de los derechos preside ante todo la refundación de los derechos en la segunda postguerra mundial. Véase, al respecto, Facchi, A.: *Breve storia dei diritti umani,* Bologna, Il Mulino,2007, cap.V, pp.131 y ss.

[24] En la lógica de la defensa de la universalidad de los derechos, se ha aportado una definición formal o estructural de derechos fundamentales como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas". Cfr. Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999, p.37. Es verdad que la experiencia histórica pone de manifiesto ciertas aporías de un discurso universalista, pues no son pocas las culturas que cuestionarían algunos de ellos. No obstante, tras la refundación del sistema internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial inició un proyecto constituyente en el marco de la ONU que confiere un alto grado de legitimidad político-jurídica a las grandes Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

[25] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999, pp.97 y ss.

[26] Véase Marshall, T.H.: *Ciudadanía y clase social (1950),* en Marshall, T.H. y Bottomore, T.: *Ciudadanía y clase social,* trad. P. Linares, Madrid, Alianza, 1998.

Kelsen hace exactamente cincuenta años en su libro *La paz por medio del derecho"*[27]. La propuesta se traduce en una suerte de globalismo jurídico[28]. Este reforzamiento garantista de los derechos a escala internacional supondría, muy en particular, "una reforma de la actual jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, hoy escasamente relevante"[29]. La importancia del garantismo internacional de los derechos no debe desconocer, sin embargo, la estrategia de los poderes, pues todo derecho presupone una lucha para su reconocimiento y realización efectiva frente a la presión ejercida por los grupos antagonistas[30]. Es una lucha por la dignidad humana[31] y sus condiciones de realización plena atendiendo a los modos de existencia del hombre, en cuyo eje se encuentra el derecho a la existencia (incluido el proceso de constitucionalización de los derechos en el ámbito de la Unión Europea, con la juridificación problemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE).

Ahora bien: en el horizonte utópico se encuentra la idea de una "ciudadanía cosmopolita" (Habermas; Falk; Held; Beck y Bauman) o "ciudadanía universal" o "ciudadanía europea", de manera que la ciudadanía nacional y la ciudadanía cosmopolita podrían tender a unirse en un continuum social y político. Se estaría ante un proceso de transición entre el Derecho internacional "westfaliano" a un Derecho cosmopolita, al que corresponde la dimensión sociopolítica y comunicativa de la ciudadanía universal. En la perspectiva de la realidad política este enfoque globalizador tiende a infravalorar el papel positivo de los Estados en la esfera internacional, el carácter contradictorio del

[27] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999, pp.152-153. Ahora bien, lo discutible, por ingenuidad y también por razones de oportunidad (y quizás de realismo político), es la afirmación de Ferrajoli de que "el paradigma del viejo Estado soberano ha pasado a ser inadecuado y ha quedado obsoleto" (pág.150). Es discutible que la globalización suponga la desaparición del Estado nacional. También subraya que "reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Hoy, por el contrario, debemos admitir que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status,* el último factor de exclusión y discriminación, el último resto premoderno de las desigualdades personales que contradice la aclamada igualdad de los derechos fundamentales". De ahí que para él la noción de ciudadanía es una categoría político-jurídica cuestionable y obsoleta. Cfr. Ferrajoli, L.: "Cittadinanza e diritti fondamentali", en Zolo, D. (ed.).: *La cittadinanza. Apapartenenza, identità, diritti,* Roma/Bari, Laterza, 1994, p.288. Más que de derechos del ciudadano de lo que debería hablarse y buscarse es de derechos de la persona. Pero también se ha planteado, en una lógica complementaria, se argumenta sobre el universalismo de los derechos y la necesidad de implantar una "ciudadanía cosmopolita". Véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 159 y ss. En general, Kymlicka, W.: *Ciudadanía Multicultural,* Barcelona, Paidós, 1996; Kymlicka, W.: *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad* (2007)*,* Barcelona, Paidós, 2007; Vitale, E.: "Ciudadanía, ¿último privilegio?", VV.AA.: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2005, pp. 463 y ss.

[28] Kelsen, H.: *La paz por medio del derecho,* trad. L. Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946. La crítica de esta posición desde el realismo político se realiza en ZOLO, D.: *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial,* Barcelona, Paidós Ibérica, 2000. Sobre esta problemática, puede consultarse ampliamente Monereo Pérez, J.L.: "Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt", Estudio preliminar a Schmitt, C.: *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

[29] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999, p.153.

[30] Véase la obra clásica de Ihering, R.V.: *La lucha por el derecho,* trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; y para la lucha por la integridad de los derechos de ciudadanía combinando y articulando la estrategia jurídica de los derechos y la estrategia jurídica de los poderes, dando cuenta de la relevancia de la juridificación y de la atención a las fuerzas e intereses políticos realmente en presencia, véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Trotta, 1996, específicamente, pp. 159 y ss.

[31] Sobre el valor de la dignidad humana en la dimensión europea, véase Serna, P.: "La dignidad humana en la Constitución Europea", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Europea,* Libro II, Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol, V. (directores), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp.191 y ss., y ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, Capítulo I ("La dignidad de la persona: significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantía de los derechos y capacidades humanas. La dignidad de la persona como fundamento de los principios de libertad, igualdad y solidaridad"), pp. 3-161.

proceso y su implicación directa en la determinación de las políticas internacionales. La ideología del globalismo jurídico mantiene una visión optimista del proceso e ignora ese perdurable papel de los Estados nacionales[32]. Es lo cierto que el universalismo racionalista de la Ilustración quiere ir más allá del Estado con su impulso universal de la razón subjetiva en la afirmación de los derechos del hombre, pero nació como filosofía –e ideología- en el interior de las formas estatales existentes. De ahí que la afirmación de los derechos, lejos de realizarse universalmente, ha constituido un cauce importante de reforzamiento y de legitimación de la soberanía, es decir, de ese universal particular que es el Estado moderno (a pesar del hecho de que se pretendía también limitar –en cierta medida- el poder soberano del Estado). De hecho, el Estado acabó siendo un instrumento especialmente adecuado y eficaz en la instrumentación de los derechos, realizando, así, una suerte de determinación territorial de los derechos. Al tiempo el impulso universalista de los derechos afirmados se resuelve en ideología con pretensiones expansivas de una verdad objetiva y absoluta, y será entonces cuando se manifiesta con la fuerza de –potencia- de romper la espacialidad del Estado nacional. La idea enlaza con la afirmación crítica de la tendencia hacia la universalidad de los derechos humanos y la reproposición *normativa* de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en la era de la globalización. Con ello se produce una cierta tensión persistente entre la espacialidad del Estado y el aserto de la universidad de los derechos del hombre, como derechos de la Humanidad en su totalidad indiferenciada. La modernidad tardía, con toda su complejidad y diversidad cultural, exige esa universalidad y la predisposición de mecanismos de tutela de carácter universalista o supranacional, es decir, derechos garantizables universalmente, con las mediaciones políticas necesarias[33]. El problema continúa siendo el dato cultural de que la Declaración Universal es tributaria, en gran medida, de la tradición cultural europea, profundamente impregnada de la filosofía iusnaturalista cristiana. También se ha criticado la *inherencia generalizada* de los derechos del hombre a la naturaleza humana en cuanto tal, prescindiendo del particular contexto cultural que marcó su surgimiento en la historia particular europea[34]. En un sistema internacional que se encuentra condicionado por los intereses de las grandes empresas (reflejado en la *lex mercatoria*) y entidades financieras, el poder de decisión de las fuerzas del mercado tiende a prevalecer sobre la decreciente función reguladora de los sistemas jurídicos estatales. Un sistema internacional globalizado que se encuentra dominado por la ideología del liberalismo económico. Por lo demás, lo que se asiste es al fenómeno de redefinición –y en alguna medida desmantelamiento- del Estado social y la generalización de los niveles de inseguridad material de las personas. En este contexto global no encuentra facilidades las alternativas de *reespacialización* de la democracia como "democracia global" basada precisamente en el universalismo racional de los derechos humanos, moral y jurídicamente obligatorios[35]. Menos ingenua es la posición de Habermas, para el cual debe garantizarse la democracia y sus valores fundamentales en un contexto de crisis de la estatalidad y de expansión de un mercado libre de todo control político-democrático. La emergencia de la constelación postnacional representa para él el gran reto actual de los sistemas democráticos.

[32] Una crítica a esa ideología del "globalismo jurídico" en Zolo, D.: *I signori della pace. Una critica del gobalismo giuridico,* Roma, Carocci, 1998 (traducción castellana, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico,* Madrid, Dykinson, 2005); *Ibid.,* "Fondamentalismo umanitario", en Ignatieff, M.: *Una ragionevole apología dei diritti umani,* Milán, Feltrinelli, 2003.

[33] Véase Habermas, J.: *La inclusión del otro: estudios de teoría política,* Barcelona, Paidós Ibérica, 1999; ID.: *Vergangenheit als Zukunft,* Zúrich, Pendo Verlag, 1990.

[34] La crítica al particularismo filosófico y jurídico de los derechos se ha formulado, por ejemplo, por Baccelli, L.: *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell' universalismo,* Roma, Carocci, 1999. Aunque tampoco se puede desconocer la realidad de que la "modernidad reflexiva" o "segunda modernidad" presenta un carácter global muy vinculado a la tradición cultural occidental, su concepción antropológica del individuo, de lo público y de lo privado, etcétera. Es la posición de BECK, U.: ¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós Ibérica, 2001.

[35] Es lo que afirma el "globalismo jurídico" en los términos de autores como Archibugi, D. y Beetham, D.: *Diritti umani e democracia cosmopolitica,* Milán, Feltrinelli, 1998; Höffe, O.: *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung,* Munich, Beck, 1999; Held, D.: *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita,* Barcelona, Paidós Ibérica, 2002.

Respecto al cual se apuesta por la federación europea (la Unión Europea), como estrategia de *reespacialización* de la política en el mundo global, por un lado, y por otro, por la implantación de una democracia deliberativa global, que pondría –ni quizás debería- imponer algo más que un universalismo de las diferencias[36]. En una dirección análoga se subraya la formación de nuevas formas de unidad política supraestatales, capaces de hacer frente a la exigencia de una "reespacialización" de la política democrática más allá de los confines del Estado (estructuras políticas parlamentarias de ámbito regional europeo, creciente obligatoriedad del Derecho internacional y elaboración de Cartas de Derechos internacionales jurídicamente vinculantes) y que permita gestionar los nuevos espacios de poder a través de formas de democracia deliberativa, comunicativas, pluralistas y participativas[37]. Esa adaptación de los espacios de la política permitiría articular una respuesta acorde con la internacionalización de la economía pretendiendo su control democrático.

Por otra parte, emerge una realidad conflictiva que impulsa la presencia cambiante de ciudadanías múltiples, *nómadas,* cuyo exponen son las personas migrantes, las cuales aspiran no sólo a la integración en los países de acogida, sino también, más primaria y esencialmente una libertad de circulación y de movilidad en el espacio internacional global. Una teoría de los derechos hoy no se sostiene sin una referencia precisa y permanente a los dilemas –políticos y jurídicos- planteados por los flujos migratorios. Por un lado, el Derecho internacional reconoce el derecho de migración de modo *incompleto,* porque se limita a reconocer el derecho de "salida" (emigración) ex art.13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[38], sin que encuentre una garantía simétrica el derecho de "entrada" (inmigración)[39]. Así pues, estamos ante un Derecho incompleto, a pesar de que, al menos, se ha avanzado normativamente en el reconocimiento de la igualdad y no discriminación

[36] Habermas, J.: *La constelación posnacional: ensayos políticos,* Barcelona, Paidós Ibérica, 2000.

[37] Held, D.: *La democracia y el orden global: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita,* 3ª ed., Barcelona, Paidós, 2002; *Ibid., Un pacto global: la alternativa socialdemócrata al Consejo de Washington,* Madrid, Taurus, 2005.

[38] Conforme al art.13.1 "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado". Por su parte, en art.13.2 establece que "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país". La materialización de esta Declaración en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, se sitúa en la misma dirección. En efecto, de acuerdo con el art.12.1 "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia". Por su parte, con arreglo al art.12.2 "Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio".

[39] Monereo Pérez, J.L.: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", en Revista *de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 34 (2013), pp. 11-67; *Ibid.,* "Derechos de los extranjeros y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/ Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo 15/2014, 2014; *Ibid.,* "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: Inmigración laboral y refugiados", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), pp.235-289; *Ibid.,* "Derecho a la Seguridad Social", en VV. AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014; *Ibid.,* "La "criminalización" de los más débiles: El Estado penal y las políticas migratorias", en Monereo Pérez, J.L: *Espacio de lo político y soberanía internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, pp. 551-631; *Ibid.,* "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), pp. 235-289; *Ibid.,* "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la 'era de la flexibilidad'", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2016, pp. 444 y ss.; *Ibid.,* "Refugiados y derechos humanos: el Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano", *Revista española de derecho del trabajo,* Nº. 194, 2017, pp. 55-116. https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Refugiados%20y%20derechos%20humanos%20el%20estatuto%20de%20los%20refugiados%20y%20el%20asilo%20como%20derecho%20humano.pdf; *Ibid.,* Políticas de inmigración y mercados de trabajo inclusivos", en Porras Ramírez, J.M. (Dir.): *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021, pp. 179-258; Monereo Pérez, J.L., Triguero Martínez, L.Á. (Dirs.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho,* Granada, Comares, 2016; Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Barcelona, Paidós, 2007.

con los nacionales de las personas de terceros países una vez que residen y trabajan en el Estado de acogida (integración a través de los derechos)[40]. Su "derecho" es un derecho de frontera que marca los confines de la ciudadanía. Esos colectivos de emigrantes y marginados presionan por la atribución de los nuevos derechos de ciudadanía cosmopolita o global[41]. Esta realidad de los procesos migratorios no ha hecho más que agravarse con los cambios estructurales en curso (geopolíticos, climáticos, demográficos), que van a suponer una aceleración de tales procesos migratorios por razones económicas y de persecución política o ideológica. De este modo, la tensión entre migración y derechos no hace sino agudizarse. El problema no podrá resolver con políticas excepcionales de "criminalización" de las personas migrantes (propias de un Derecho penal del enemigo) y de restricción de los derechos al refugio y asilo, al menos en regímenes democráticos como los que integran la Unión Europea y el Consejo de Europa. Una democracia constitucional no puede basarse en una política excluyente de las personas migrantes. La cuestión migratoria pone a prueba los principios fundamentales constitutivos del sistema de democracia constitucional. Ello supone un creciente proceso de vaciamiento del sistema de garantías de los derechos fundamentales y a la par un cuestionamiento de las políticas migratorias integrales desde un enfoque garantista, a saber: políticas de cooperación al desarrollo de los países de origen (atendiendo a las "causas" reales) y políticas de integración e inclusión social en los países destino (y de posibles "acogida"). Estas políticas *defensivas y expulsivas* no solamente son injustas, sino que también serán ineficientes porque acrecentarán los conflictos migratorios a nivel "externo" e "interno" a los países. Las personas migrantes no pueden ser recibir un estatuto de "individuos sin derechos", porque existe un derecho básico fundamental "el derecho a tener derechos" como personas[42]. Ello permite comprender cómo una "Carta *Global* de Derechos Laborales" (derechos sociales, económicos y culturales) no puede eludir la *garantía expresa de estos derechos a todas las personas con independencia de su país de origen*.

En estas coordenadas, la Unión Europea puede aspirar a implantar una unidad política federalista (proceso constituyente de tipo federal) dotada de una constitución integral (es decir, en sus dimensiones política, social, económica y cultural) e integradora a través de derechos garantizados y del fomento de las capacidades de las personas. Ese constitucionalismo o paradigma garantista europeo ya no podrá construirse una ciudadanía política cerrada y uniforme, sino sobre "ciudadanías múltiples", que darán cuenta de la pluralidad existente en Europa como espacio de dominio político-constitucional de nuevo tipo. Una ciudadanía plural de los "pueblos de Europa", ya que no puede sino tomarse constancia aquí de la existencia de un poder constituyente (un *demos,* plural y no uniforme y diversamente estructurada en el campo político). La democracia europea exige su institucionalización al máximo nivel a través de un constitucionalismo plural y multinivel[43]. Por el momento se está ante

[40] Véase Balibar, E.: *La crainte des masses. Politique et philosophie avant et après Marx,* París, Galilèe, 1997; Mezzadra, S.: "Cittadini della frontiera e confine della cittadinanza", en *aut aut,* núm. 298 (2000), pp. 133 y sigs.

[41] Sobre la problemática del derecho cosmopolita desde una perspectiva crítica, véase, Zolo, D.: *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial,* Barcelona, Paidós Ibérica, 2000, especialmente, pp.137 y ss.

[42] Este enfoque –que es inherente al constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho- fue lúcidamente planteado por pensadoras de la talla de H. Arendt y Simone Weil. Véase Arendt, H.: *La condición humana,* Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, 2005; Monereo Pérez, J.L.: *Simone Weil: Filosofía del trabajo y teoría crítica social,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023: *Ibid.,* "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 11(1), (2021), https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426; Monereo Pérez, J. L. (2023). "El sentido del trabajo y su centralidad en las sociedades democráticas: pensamiento y acción en Simone Weil". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *13*(2), 1–126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8197; WEIL, S.: *Raíces del existir: Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. María Eugenia Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023.

[43] En esta línea de pensamiento –y asumiendo la idea de Derecho Constitucional Común Europeo de Meter Häberle- se ha advertido que "lo que no tendría sentido en el futuro es un nuevo experimento como el del Tratado Constitucional. Lo lógico es que el siguiente paso fundamental de la Unión sea una auténtica Constitución europea que lo sea no sólo por el contenido sino también por la forma. Una Constitución que sea expresión de la voluntad expresada por la

una Unión de Estados miembros construida sobre la base de una ciudadanía común, pero sin que exista nada parecido a un proyecto de Estado federal europeo. Europa aparece como una realidad política supranacional que pretende afrontar las limitaciones que encuentran los Estados nacionales para hacer frente a las exigencias de gobernabilidad en los nuevos espacios supranacionales. Al tiempo la legitimación de la Unión exige la recuperación del contenido material propio del constitucionalismo democrático-social[44]. Por tanto, los pueblos de Europa deberán darse una Constitución como comunidad políticamente organizada en la unidad en la diversidad[45]. Por el momento el sistema de los Tratados –tal como resultan de la reforma del Tratado de Lisboa- no alcanzan a ser una Constitución en sentido estricto, aparte de los mecanismos de decisión de la voluntad constituyente cabe hacer notar la misma falta de incorporación de la Carta de Derechos en el interior del propio Sistema de los Tratados. Estaríamos todavía ante un Derecho constitución *común* europeo, pero no ante una Constitución Europea y su correspondiente Derecho constitucional europeo[46]. Un poder constituyente de los "pueblos" europeos propiamente dicho –es decir, reconociendo en él el poder de soberanía decisoria, como es propio del principio democrático proyectado en el poder constituyente verdaderamente existente- y una Carta de derechos dentro de la Constitución europea con eficacia

ciudadanía europea. No por la ciudadanía europea nacional de cada país, no por una ciudadanía fragmentada, sino por la ciudadanía de la Unión Europea. La reforma en curso puede proporcionar una base constitucional sólida para pasar de una Constitución material europea a una Constitución formal. Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias actuales no cabe pensar en una Constitución forma europea en el corto plazo". Cfr. Balaguer Callejón, F.: "La constitución europea tras el consejo europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa", en *ReDCE,* núm.8 (2007), p.36; Pernice, I.: "De la Constitution composée de L' Europe", en *Revue Trimestrielle de Droit Européene,* núm. 36 (2000), pp.623 y ss.; *Ibid.,* "Multilevel Constitutionalism in the European Union", en *European Law Review,* núm.27 (2002), pp.511 y ss.; Cassese, S.: "L' Unione Europea come organizzazione pubblica composita", en *Riv. Ital.Dir.Pubblico Comunitario,* 2000, pp.987 y ss. No obstante, se ha señalado que "La apelación a las tradiciones vinculadas al Estado social de los estados miembros en la construcción del "modelo social europeo" cumple una suerte de legitimación vinculada a la construcción del neoconstitucionalismo europeo. La tesis de la constitución *compuesta o multinivel* permite abordar el problema del déficit social de la Comunidad, desde una perspectiva que integra a los Estados en un complejo unitario, beneficiándose de unos contenidos y una tradición que, en el caso del "modelo social europeo", son erosionados por la integración europea. El "modelo social europeo" podemos afirmar que, de esta manera, se contrapone al "modelo social de los Estados miembros. De la misma manera que la Constitución económica europea se contrapone a las Constituciones económicas nacionales vinculadas al Estado social". Cfr. Maestro Buelga, G.: "Estado de mercado y constitución económica: Algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea", en *ReDCE,* núm. 8 (2007), p.68; Guarino, G.: *Eurosistema. Analisi e prospettive,* Milán, Giuffrè, 2006, pp.41 a 43 (cit. Por Maestro). En relación a ello se ha observado también que a la carencia de legitimación identitaria que ne la dimensión estatal ha sido históricamente garantizada a través de la nación y el *demos,* "la teoría del *multilevel constitucionalism* responde "fingiendo" que la integración europea se funda sobre un "*contract social europée",* sobre un ejercicio común del poder constituyente, por la vía de la ratificación de los Tratados y, en su caso, por la vía refrendaria por parte de *os* pueblos de los estados participantes en la Comunidad y en la Unión" (I. Pernice). Cfr. Cantaro, A.: *Europa soberana,* cit., p.82. Pero el propio Cantaro subraya que "la pretensión de la *constitution composée* pueda servir por sí sola de fundamento de legitimación para la construcción europea, corre el riesgo de convertirse en un postulado, en un axioma que reposa exclusivamente en la sugestión del *nomen,* en el presunto carácter mágico de la palabra "constitución" (*Ibid*., p.84).

[44] Véase Heller, H.: *Teoría del Estado,* edición y estudio preliminar "La teoría político-jurídica de Hermann Heller", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; *Ibid., Europa y el fascismo,* edición y estudio preliminar, "El fascismo y la crisis política de Europa", a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, en particular el ensayo "¿Estado de Derecho o dictadura?" (1929), recogido en esta última obra, pp.117 a 135. También Mortati, C.: *La Constitución en sentido material,* Estudio preliminar y traducción de Almudena Bergareche Gros, Madrid, CEPC, 2000. Véase, el detenido estudio realizado en 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.

[45] Véase Heller, H.: *Teoría del Estado,* cit., p. 289 (edición de FCE). Sobre la emergencia del concepto de Constitución y el proceso diacrónico del constitucionalismo, puede consultarse, Jiménez Asensio, R.: *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional,* 2ª ed., rev., y ampliada, Madrid, Marcial Pons, 2003

[46] Véase Häberle, P.: "Derecho constitucional común europeo", en *Revista de Estudios Políticos,* núm.79 (1993), pp.11 y ss.

normativa vinculante, son elementos imprescindibles de una proceso de constitucionalización de nuevo tipo de la Unión de Estados Europeos de corte federalista, como poder constituido democráticamente mediante procedimientos identificables como constitucionales, con una carta magna que incorpora una Carta de derechos fundamentales garantizados por vía de Derecho. Un proceso que culmina la creación de una Unidad política organizada de decisión y acción política (la Unión Social Europea). De este modo la Constitución jurídica[47] se convierte en un sistema de garantías de los derechos fundamentales de las personas[48]. Su verdadero sentido funcional se alcanza con esa garantía de los derechos, pues al tiempo –más que en el pasado– en la lógica del Constitucionalismo democrático-social la garantía de tales derechos son el *fundamento* del orden político democrático. Interesa realzar que la democracia puede ser entendida también como sistema de derechos garantizados[49]. Se ha podido afirmar, con razón, que el cumplimiento de los derechos humanos es condición necesaria de la decencia de las instituciones política y del orden jurídico de una sociedad[50]. El garantismo de los derechos es inherente a la idea de Estado de Derecho: si el Sistema de los Tratados no consagra un sistema de garantías de los derechos fundamentales, no sólo no podrá ser identificado como una "constitución jurídica" en sentido técnico, sino que puede cuestionarse su acomodación a la tradición liberal del Estado de Derecho. El Estado Social de Derecho –y su posible traslado a la idea de un "Unión Social Europea"- presupone la formalización (institucionalización) de la constitución material social correspondiente. El constitucionalismo democrático-social impone la garantía de los derechos fundamentales y la búsqueda de la mediación jurídica de los conflictos. Supone igualmente una regulación del orden económico[51].

A través de la institucionalización de los derechos humanos en un texto constitucional o de valor constitucional concreto se positivan tales derechos como derechos fundamentales (derechos en sentido fuerte). Exige, en la tradición del constitucionalismo democrático-social un equilibrio real entre los objetivos sociales y los objetivos económicos. La lógica del constitucionalismo democrático-social no puede resolver en ningún caso en la subordinación de la intervención político-social a las exigencias del mercado interior. Mas explícitamente tiene que ser una constitución social europea que formalice una nueva forma política: la "Unión *Social* Europea", inspirada directamente en la forma política del "Estado Social" de los países europeos más avanzados. Esa constitución democrático-social de la Unión debería consagrar un necesario equilibrio entre la "integración positiva" (que remite a la integración social a través de políticas redistributivas y de calidad del trabajo; función típica de la *dimensión social de los derechos fundamentales,* típica de los derechos sociales, pero no exclusiva de ellos, como se indicará después) y la "integración negativa" (que remite a la realización del mercado interior en condiciones de máxima eficacia y competitividad). Se ha de rechazar el modelo "neoliberal" de "federalismo competitivo" (o "solidaridad competitiva", abundando en la *infiltración* del Derecho del Derecho de la Competencia en el Derecho Social europeo y en los Derechos Sociales

[47] Sobre la idea de "constitución jurídica", es ilustrativa la obra clásica de Kägi, W.: *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional* (1945), trad. de Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, y Est.prel., de Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2005, cap.2, pp.77 y ss. Ya resulta significativo que Kägi hablase en esa época de decadencia de la Constitución normativa con una pérdida de su sentido normativa por parte de los derechos fundamentales y de la progresiva sustitución del principio de la división de poderes por una progresiva concentración del poder en el Ejecutivo.

[48] El art.16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, más allá de su efectividad real resulta bien significativo de esa idea garantista: "Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derecho ni determinada la separación de poderes carece de Constitución".

[49] Véase Dworkin, R.: *El imperio de la justicia,* Barcelona, Gedisa, 1992.

[50] Rawls, J.: *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública,* Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2001, p.94.

[51] Paradigma de esa coherente opción intervencionista es la teoría económica de John Maynard Keynes. Véase Keynes, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero,* México, FCE, 1992.

de los países miembros)[52] y apostar por formas neo-socialdemocráticas de "federalismo solidario" (o "solidaridad social") o, acaso, como vía de transición hacia esta última, un modelo mixto basado en el "federalismo cooperativo"[53]. La "lucha de modelos" de constitución socioeconómica europea refleja, así, la tensión planteada por el cambio de paradigma entre dos formas de Estado: el Estado Social y el Estado de competencia económica, cuyo principio axial es el principio de eficiencia económica y tiende a subordinar la lógica social a la lógica del mercado y de los intereses de las fuerzas imperantes.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la cultura liberal rechaza la idea de Constitución como norma directiva fundamental y como norma fundamental de garantía. Es una aportación del constitucionalismo social o garantismo constitucional la concepción que eleva la constitución en ese doble plano (como norma directiva fundamental y como norma fundamental de garantía). La positivación de los derechos fundamentales exige su establecimiento en una Constitución o norma de valor constitucional dotada de esa doble funcionalidad. En general, las Constituciones actuales aportan "un modelo político en esencia diferente al Estado de derecho liberal del siglo pasado". Efectivamente, "estas constituciones han reafirmado de nuevo el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado a favor del principio de soberanía del Estado. *Han retomado de nuevo la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales que, sólo de manera efímera*, *aunque relevante, habían sido afirmados en el curso de la revolución francesa"*. En la época contemporánea "se descubre en su conjunto la supremacía de la constitución, bien como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales". Tras la experiencia dramática de los totalitarismos y de las guerras mundiales, se estima preciso que las constituciones tengan ese doble rasgo, de manera que no ´solo se trata de un instrumento dirigido a la protección de los derechos, sino también delimitadora de líneas de acción, de manera que se remuevan todos los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (v.gr., art.9.2 CE). Se afirma que: "En concreto, si la Constitución debe ser –precisamente como acto de fundación de los derechos y libertades- *una verdadera y precisa norma jurídica*- y no ya un mero manifiesto político-ideológico como sostenían los juristas liberales a propósito de las Declaraciones de los derechos de la revolución- surge enseguida el problema de la ilegitimidad de aquellas normas de derecho positivo estatal vigentes en cuanto emanadas formalmente de manera correcta, pero contrarias a la Constitución –norma fundamental de orden superior- en cuanto *a los contenidos sustanciales.* En otras palabras, la existencia misma de un control de constitucionalidad –no importa si difuso o concentrado, si de mera inaplicación de la norma estatal constitucionalmente ilegítima al caso concreto o con eficacia anulatoria *erga omnes* de la norma misma- *destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley*, y crea así una situación inconcebible para la doctrina decimonónica, en la que la validez de las normas del Estado está suspendida, en el sentido de que depende de un juicio sobre su conformidad con la Constitución y, en definitiva, con una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales"[54]. En definitiva, se puede decir que "el estatalismo liberal es derrotado por la nueva realidad constitucional en un doble sentido. Con la constitución como norma fundamental de garantía renace la idea de que la validez de las normas del Estado puede y deber ser juzgada partiendo de una norma fundamental que precede la autoridad misma del Estado. Y con la constitución como norma directiva fundamental renace la idea –originariamente de impronta contractualista, pero revisada ahora a la luz de una realidad constitucional distinta que

[52] Es ilustrativo el ensayo de Streeck, W.: "Il modelo sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietá competitiva", en *Stato e Mercato,* núm.58 (2000), pp.3 y ss.; Streeck, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático,* Buenos Aires-Madrid, 2016, especialmente, pp. 41 y ss., y 99 y ss.; Streeck, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021)*,* Buenos Aires, Katz, 2023.

[53] Respecto a la distinción cualitativa entre integración negativa e integración positiva, Giubboni, S.: *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell' integrazione europea,* Bologna, Il Mulino, 2003, pp.123 y ss., y para los modelos de constitución económica y social europea, *Ibid.,* pp.261 y ss.

[54] Véase Fioravanti, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones,* Madrid, Trotta, 1996, especialmente, capítulo 4, pp.127 y ss.

prevé la presencia de fuerzas organizadas como los partidos políticos – de que el mismo Estado existe sólo como resultado de un encuentro de voluntades, como consecuencia de una dirección elegida, que los poderes públicos deben perseguir de común acuerdo". Con todo, se comprenderá, que "La doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del "gobierno limitado" sino también doctrina de los "deberes del gobierno", como es el caso de los derechos sociales en relación al valor constitucional de igualdad a promover y realizar"[55], y ello bajo la idear directiva de realizar la justicia social. Pero no se puede desconocer tampoco que, en realidad, los derechos fundamentales sociales (que institucionalizan derechos humanos como derechos fundamentales)[56] enlazan y autentifican un conjunto de valores constitucionales más amplio, como el caso de la libertad y de la participación, y no sólo de la igualdad. Se ha dicho, con razón, que "los derechos fundamentales sociales apuntan a proteger la libertad fáctica. La libertad jurídica puede perder todo su valor para el particular, si éste no dispone de los presupuestos fácticos para poder ejercerla. El objeto típico de los derechos sociales es el mínimo existencial, así como un mínimo grado de educación y de cubrimiento médico"[57]. Esa vinculación histórica entre los derechos humanos y los derechos sociales pone de relieve que más allá de su invención en términos de derechos positivo estricto, su reivindicación siempre estuvo presente ya originariamente en los debates y proyectos previos a la misma Declaración francesa de 1789[58]. Con un constitucionalismo social que persigue un conjunto de valores interdependientes se aspira a llevar a cabo un proyecto constitucional de reforma que, uniendo a la sociedad democráticamente organizada, supere las situaciones históricas existentes que se contrapongan a la realización efectiva de dichos valores[59].

Si las Declaraciones adquieren el rango de reglas de derecho constitucional vinculantes, su aplicación efectiva se confía indefectiblemente a órganos judiciales independientes de los órganos políticos del Estado.

La "Carta Global de Derechos Laborales" es ciertamente una declaración y es una declaración que no emana de una organización internacional (como la declaración de los derechos humanos de la ONU y otras declaraciones surgidas de organizaciones internacionales). Se surge –y se insertándose en su dinámica- de un *movimiento de política del Derecho* que pretende crear las condiciones para

[55] Fioravanti, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones,* Madrid, Trotta, 1996, pp.130-131.

[56] En lo cierto que las raíces de los derechos fundamentales en la historia de las ideas políticas son aquellas de los derechos humanos. Las huellas de estos fenómenos se encuentran por todas partes allí donde se enfatiza en el valor propio y en la igualdad de los hombres. Cfr. Alexy, R.: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá (Colombia), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 31 y ss.

[57] Borowski, M.: *La estructura de los derechos fundamentales,* Bogotá (Colombia), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p.145.

[58] Resulta más que expresiva la recopilación de textos contenida en Fauré, C.: *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789,* México, FCE, 1995, especialmente es significativa la propuesta del Abate Siyés, "Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano. Lectura hecha los días 20 y 21 de julio de 1789, al Comité de Constitución" (*Ibid.*, pp.81 a 94). No menos significativa, por explícita referencia a los derechos sociales –ante todo el derecho a la existencia- es la propuesta por el mismo Robespierre en su *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* de 24 de abril de 1793. Véase, al respecto, LABICA, G.: *Robespierre. Una política de la filosofía,* trad. Juan Tafalla, Barcelona, El Viejo Topo, 2005; y, en una perspectiva más amplia, Monereo Pérez, J.L.: "La cuestión social en la España del siglo XIX: el pensamiento social de Donoso Cortés", en *Revista Española de Derecho del Trabajo (REDT),* núm.128 (2005), págs.421 a 457; *Ibid.,*"La filosofía social y jurídica de Durkheim: trabajo, solidaridad y cuestión social", en *Revista Española de Derecho del Trabajo (REDT),* núm.131 (2006), pp. 587 a 648.

[59] Véase Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades (artículo 9 de la Constitución)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 131-151.

que, por un lado, se cumplan *efectivamente en la realidad* las normas internacionales vinculantes, y, por otro, tratar de completar el estándar de los derechos humanos, a través de "nuevos" derechos que también *autentifica* de los derechos que forman parte del estándar mundial que integra en sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales.

A menudo este tipo de instrumentos político-jurídicos *anticipan* la positivación jurídica de estos derechos humanos proclamados en Declaraciones, *contribuyendo* decisivamente a ellos a través de su impulso.

Significativamente, la "Carta global" que se postula emana de un movimiento político articulado entre organizaciones, asociaciones, personalidades (incluidos intelectuales) y representaciones internacionales de todo tipo y procedencia (pero vinculadas al mundo del trabajo) que pretenden impulsar el *trabajo decente.* No estamos, por tanto, ante una carta unilateralmente de carácter gubernamental (por ejemplo, la, ya en sí misma valiosa, Carta de Derecho Digitales del Gobierno Español), sino ante un instrumento de valor político jurídico *pluralista,* que reúne voluntades de fuerzas sociales, política y culturales para *traspasar las fronteras Norte-Sur* en materia de Derecho humanos. Sin embargo, su objetivo es que sea asumida como culminación de la Segunda Cumbre sobre el Desarrollo social y esto le dará una proyección universal en el marco de las Naciones Unidas.

2. EL LUGAR DE "CARTA GLOBAL DE LOS DERECHOS LABORALES: PRINCIPIOS DE INDIVISIBILIDAD, INTERDEPENDENCIA Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Carta global, que se postula con un contenido innovador, parte implícitamente de los principios que conforman el sistema internacional multinivel de garantía de los derechos. En el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales adquiere un papel central el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales. Este principio enlaza con la idea-fuerza de que los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana. En los sistemas jurídicos actuales y en el pensamiento contemporáneo prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. Este principio de indivisibilidad presupone que los derechos fundamentales forman un bloque unitario y no pueden ser situados en una estricta relación jerárquica. Tales derechos se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídica social. Dicha indivisibilidad e interdependencia se debe vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). Los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la *dignidad humana*[60]. Por ello mismo, todos los derechos (de cualquier clase, o cualquier que sea su "generación" de origen) presente el mismo fundamento. No obstante, cada categoría de derechos adquiere su propia fisonomía y funcionalidad en la realización de ese principio nuclear.

Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación, como regla, entre las diversas categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede

[60] Véase paradigmáticamente, el Preámbulo de los dos Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966, que fundamenta en su unidad e indivisibilidad todos los derechos fundamentales y su sistema de garantías en la dignidad de la persona: "Considerando –se afirma- que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos *se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana* […]".

conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguren la realización efectiva de los derechos socioeconómicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde el punto de vista de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aun así, se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionalidad social. Ciertamente no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ambos tipos de derechos. Técnicamente los derechos civiles y políticos comportan principalmente -no únicamente- una garantía de libertad negativa; en tanto que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva (garantías sociales) -aunque incluyen normalmente también componentes negativos-, bien de carácter promocional de las libertades colectivas (es el caso del derecho de libertad sindical, del derecho de huelga y del derecho a la negociación colectiva), o bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien, en fin, a la participación en la formación de la voluntad decisoria en instituciones públicas o privadas. Pero esa diversidad de estructura no puede conducir a la negación de la positividad de los derechos sociales, desconociendo aquellas normas constitucionales que garantizan al individuo derechos subjetivos de carácter social, asegurándole un status jurídico material de ciudadano en el más amplio sentido.

No existen en general inconvenientes técnico-jurídicos relevantes para que las normas constitucionales sobre derechos sociales los garanticen en su mayoría como derechos subjetivos especiales y no queden relegadas sólo a meras normas de principio u organización de carácter programático. En realidad, teniendo en cuenta las características jurídico-políticas del Estado social, las normas de derechos fundamentales continúan siendo normas de conducta para la acción estatal y normas de delimitación para la ordenación de las relaciones Estado-Ciudadano. Desde un punto de vista más "jurídico-material", ambas categorías de derechos no se hallan en posición jurídica de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos ("derechos de libertad") y la igualdad/seguridad garantizada por los derechos sociales ("derechos de igualdad" y de "solidaridad", la mayoría de los cuales comportan obligaciones de prestación a cargo de los poderes públicos), porque la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos (cfr.art.9.2 CE), de este modo los derechos sociales actúan también a modo de componente/condición de la real efectividad de este tipo de derechos, estableciéndose entre ambas categorías una penetrante *complementariedad* e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez consentida su compatibilidad. En esta línea de pensamiento se debe realzar que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos. Esta misma comunicabilidad y continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social entre los derechos humanos (libertades públicas tradicionales y derechos sociales) subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de ambos tipos de derechos, las que a menudo aparecen como técnicas compartidas, implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una "programación pública" de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la entera formación

social, es decir, incorporando elementos prestacionales. Como ha puesto de relieve T.C. Van Boven[61], "en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados uno sobre otro en una escala jerárquica". Tales derechos se presuponen y necesitan mutualmente en orden a garantizar su plena efectividad jurídico-social (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente "vivo"). Ya la Resolución de la Asamblea General de la ONU 32/13O-1977, de 16 de diciembre[62], y el *Preámbulo de la Carta Social Europea* Revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. En dicho Preámbulo se subraya que "la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticas, económicas, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso". Existe una estrecha conexión entre todos los derechos fundamentales, los cuales están mutuamente condicionados. Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los de carácter económico, social y cultural, denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales .Y no obstante, la diversidad de técnicas de organización jurídica derivada de su peculiar estructura (ante todo porque se realizan por lo general a través de y por la acción positiva del Estado), se ha de destacar la naturaleza "doble o mixta"(sociopolítica) de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas. En esa lógica garantista, el catálogo de derechos reconocidos en los Textos Internacionales consagra afirma los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la relación de derechos proclamados solemnemente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) no parece desconocer tampoco las sinergias y la relación de complementariedad existente entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, rehusando inclinarse (como sí lo hace la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989)[63] hacia un "cartismo democrático de los derechos sociales" en detrimento actual del reconocimiento unitario-integral e interdependiente de todos los derechos humanos a escala comunitaria en un documento de "valor constitucional" o de máximo rango jerárquico del que deriven compromisos jurídicamente vinculantes, ante todo teniendo en cuenta la progresión futura hacia la integración política. Esto se ha de conectar no ya sólo con el hecho innegable de que la Carta actual (CFUE) no puede tener la consideración jurídica equiparable a un texto de valor constitucional (aun teniendo el rango equiparable al de los Tratados de la Unión Europea ex art. 6.1 TUE), sino que hasta el momento no ha existido voluntad política suficiente para

[61] Van Boven, T.C.: *Criterios distintivos de los derechos humanos,* en VV.AA.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos,* Karel Vasak (Editor general), Tomo I, Barcelona, Ed. SELBAL/UNESCO, 1984, pp. 77 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), en *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* números 56-57 (1992-1993), especialmente, núm. 57 (1993), pp. 85 y ss., con cita de dicho ensayo.

[62] "Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales". Antes la Declaración de la Conferencia de Derechos Humanos de 1968 de Teherán, afirmaba que: "Los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, resultando imposible el disfrute completo de los derechos civiles y políticos sin el de los derechos económicos, sociales y culturales. Los progresos duraderos en la vía de la aplicación de los derechos humanos suponen una política nacional e internacional racional y eficaz de desarrollo económico y social".

[63] Ello no supone, por supuesto, desconocer la gran importancia político-jurídica y como base de generación de principios generales del Derecho comunitario que representó desde su aprobación la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, por once de los doce Estados miembros, con adhesiones posteriores. Pese a todo, esta Carta de 1989, no fue dotada de fuerza normativa vinculante, pero ha sido una constante fuente de inspiración para el legislador europeo y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Actualmente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* números. 56-57 (1992-1993), *passim.*

afirmar la unificación europea en un Tratado constitutivo de valor constitucional integrador tanto en la dimensión política como en la dimensión económica y social, instaurando una ciudadanía europea asentada en la existencia de normas de derechos fundamentales que garantizan *ex definitione* derechos subjetivos y normas que organicen y programen la acción pública tendente a garantizar esa protección que se confiere al más alto nivel del ordenamiento jurídico comunitario (Debe subrayarse el carácter integrador de la Constitución normativa). No obstante, puede verse la CDFUE como un instrumento de la Unión Europea, al que alcanza ya el rango jurídico de una norma positiva, que contiene los principios y los derechos sociales en términos de valores superiores positivados que han de determinar los fines a perseguir por las instituciones políticas de la Unión Europea sirviendo de base político-jurídica a sus programas de acción social, y asimismo los derechos subjetivos fundamentales alegables jurisdiccionalmente por las personas y ciudadanos[64].

En este sentido resulta clarificador el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945: "Los Pueblos de las Naciones Unidas están resueltos "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad…".

Por su parte, el Preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, acoge, modélicamente, esa noción global y la comunicabilidad de todos los derechos humanos fundamentales al establecer que: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones. Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso, la asamblea general de las Naciones Unidas Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción"[65].

[64] Un estudio de este instrumento de Derecho Internacional regional europeo, emanado de la Unión Europea, en Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri: La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012. Para un análisis exhaustivo de su ámbito y condiciones jurídicas de aplicación, véase, en dicha obra colectiva, *Ibid.,* Monereo Perez, J.L.: *"Título VII. Disposiciones que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta"*, cit., pp. 1299-1456.

[65] Puede consultarse, Haberle, P.: "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", en VV.AA.: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho Público,*

En la Declaración de Viena de 1993[66], se expresa que: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso" (Punto 5).

En esa dirección el Preámbulo de la Carta Social Europea Revisada (hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), expresa –recordando la acordado en la Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990- "la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso".

Con todo, se refleja la unidad intrínseca, sin jerarquías rígidas (pues participan del mismo fundamento: la dignidad humana que entronca con los valores de libertad, igualdad y solidaridad) entre todos los derechos fundamentales, los cuales deben interpretarse de forma interrelacionada e interdependiente y disfrutar de "análogas" (no necesariamente "idénticas") garantías de efectividad, exigibilidad jurídica y justiciabilidad. Y ese haz de derechos entronca con el principio de la dignidad humana y realiza en su conjunto y unidad los grandes valores fundamentales (libertad, igualdad, solidaridad –versión laica de la fraternidad de las primeras "Declaraciones de Derechos"-…). No se puede negar, pues, que en el Derecho Internacional general y regional europeo se consagra explícitamente el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales (y no sólo respecto de los "derechos humanos") dentro del sistema *normativo* multinivel de garantías de tales derechos. Ese principio esencial es de obligada aplicación directa como criterio interpretativo de carácter transversal u horizontal en la articulación de todo el conjunto de derechos garantizados en el Sistema jurídico internacional multinivel. Y en la interpretación jurídica todos los jueces y tribunales deben aplicarlo y tomarlo en consideración en sus resoluciones, incluido el reclamo de

Fernández Segado, F. (Coord.), Madrid, Dykinson, 2008. Carrillo Salcedo, J.A.: *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después,* Madrid, Trotta, 1999; De Asis, R. y Pele, A.: "Dignidad humana", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 3 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, especialmente, Capítulos I y II. También reivindicando la dignidad humana como base la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, De La Villa Gil, L.E.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 32 (2001); Moreno Vida, M.N.: "Las políticas europeas de protección e integración social: la estrategia de inclusión activa", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* Nº. 158 (2024), pp. 115-144, y la bibliografía allí citada.

[66] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. En ella también se reitera el fundamento unitario del sistema de derechos humanos: "Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización". También se subraya su vinculación con la democracia: "La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero" (Punto 8). Las Naciones Unidas han reiterado constante los principios ancilares del sistema internacional de los derechos humanos. Así en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006) se reafirma "la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación" [Apartado c)].

los correspondientes criterios de ponderación ante posibles conflictos que puedan plantear entre los derechos.

Esa indivisibilidad, comunicabilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos positivados se debe conectar o vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales (generales o específico sociales de la persona en su concreta posición socio-jurídica) y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos[67]. En esta perspectiva, se debe situar ahora el problema entre la técnica de garantía y su resultado práctico aplicativo. El tema se ha formulado en términos altamente satisfactorios cuando se afirma sin más que efectividad de los derechos fundamentales quiere decir, que los mismos deben poder hacerse realidad en la experiencia jurídica. Ella se hace depender de una política de derechos fundamentales orientada a dar vida a una serie de instituciones que produzcan una mayor efectividad práctica de los derechos fundamentales. Por otra parte, el hecho de afirmar la interdependencia funcional y la existencia de un fundamento común (la dignidad humana), ello no supone que en una sociedad compleja no se puedan producir conflictos ocasionales entre los derechos fundamentales. Lo que sí será preciso establecer el marco constitucional de preferencias y técnicas de ponderación entre los mismos en los casos de situaciones específicas de conflicto.

La interdependencia, comunicabilidad e indivisibilidad entre los derechos fundamentales de la persona (civiles, políticos y sociales) se consagra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2007(2007/2010) (Art. 6.1 TUE, en la versión dada por el Tratado de Lisboa), a pesar de que después realiza una diferenciación por principios o valores (dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia), que varios aspectos pueden ser problemática. Su "Preámbulo" es suficientemente expresivo de esa consideración conjunta e inseparable al afirmar: "Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, *sitúa a la persona en el centro de su actuación.* La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa…*"*. Se realza así la unidad de la dignidad humana y su indivisibilidad expresada la interconexión diferenciada –por meras razones de organización y "gestión" jurídica del sistema de derechos- entre los derechos individuales y los derechos sociales. Ello no obstante, el déficit general de esta Carta, consistente en no tener eficacia normativa directa (ni está incorporada al sistema de los Tratados, ni se ha formalizado como un instrumento de valor normativo) y el criterio subyacente de admitir una tutela diferenciada entre los diversos derechos fundamentales (tutelas debilitadas para los derechos sociales).

En todo caso, en el sistema de los Tratados vigente se aprecia un diverso tratamiento jurídico entre los derechos relativos a las libertades económicas (derechos fuertes, en cuanto reforzados en sus garantías) y los derechos sociales (derechos débiles, en cuanto derechos debilitados por las limitadas garantías comunitarias, y sujetos al llamado método abierto de coordinación, que remiten a la colaboración interestatal a fin de articular, por aproximación, políticas comunes en materia sociolaboral, bajo el impulso de la Comisión Europea. Es un método flexible que busca la aproximación rechazando el método de armonización europea considerado más rígido. En cierta medida es una

[67] Monereo Pérez, J.L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* números 56-57 (1992-1993), partiendo de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los todos los derechos fundamentales; *Ibid., La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; *Ibid.,* "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía socia europea", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 160 (2013).

aproximación por objetivos. En el sistema de los Tratados tradicionales se confiere, sin duda, un garantismo estatutario débil de los derechos sociales que, sin embargo, sí tienen reconocidos los Estados europeos más avanzados en sus textos constitucionales (constituciones sociales, presididas por un garantismo fuerte). La primacía y "comunitarización" (europeización funcionalizada a la construcción del mercado interior europeo) de los derechos y libertades económicas comunitarias respecto a los derechos sociales "nacionalizados" en su mayor parte pone de relieve la consideración instrumental de tales derechos al servicio del sistema económico comunitario. Tras ello subyace el dominio y carácter acabado de la "constitución económica" de la Comunidad Europea, respecto al carácter debilitado-subordinado e incompleto de la "constitución democrático social" en la construcción del proyecto europeo. Ello permite comprender las dificultades de juridización de las dos "Cartas" comunitarias (la Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) y el rechazo de una plena "comunitarización" de los derechos fundamentales sociales, no sólo reconociéndolos en el sistema de los Tratados, sino también atribuyendo plenas competencias a las instancias comunitarias y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su "justiciabilidad" o exigibilidad judicial.

Es de señalar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE parte de la unidad de los derechos fundamentales y los estructura no separadamente en forma clásica sino con arreglo a los principios o valores superiores que articulan (libertad, igualdad y solidaridad), situados, además, en una lógica universalista ante todo por lo que atiende a su vinculación con la persona como sujeto titular. En el sistema del Tratado de Lisboa se le confiere a la Carta de Niza el rango de Tratado, con pleno sometimiento de la Unión Europea a ella. Esa "juridificación" de la Carta podría permitir la apertura de una nueva fase del proceso de constitucionalización del trabajo y de los derechos sociales en el sistema de la Unión Europea. Esa constitucionalización europea podría contener el proceso de des-construcción del modelo social europeo, construido a partir del constitucionalismo social. Podría evitar el progresivo desplazamiento de la constitución democrático-social por la constitución flexible o neoliberal del trabajo, es decir, un tipo de constitucionalismo débil y mínimamente garantista. Un presupuesto para "salvar" y consolidar el modelo social europeo es la constitucionalización plena de los derechos sociales fundamentales. Sin esa juridización al máximo nivel la constitución flexible del trabajo emergente operará sobre un espacio constitucionalmente vació de condicionamientos de las políticas comunitarias. De ahí la relevancia de la juridificación que pretende llevar a cabo el Tratado de Lisboa, pues en él la Carta iría más allá de ser un instrumento de decisión político-jurídica para pasar a ser más incisivamente un producto normativo dotado de fuerza jurídica vinculante. Se ha podido señalar que la Carta de Niza de 2000 tiene una gran relevancia a pesar de todas sus imperfecciones: "Con vistas a la creación de una esfera pública como esfera de igualdad y lugar de la política, así como de sentido común de pertenencia, lo que cuenta, más que la institución de un improbable y ni siquiera auspiciable super-Estado europeo, es precisamente la estipulación de los derechos fundamentales a favor de todos los europeos. Es este sentimiento de la igualdad y de la comunidad en los derechos lo que crea la cohesión política y la identidad colectiva, y no viceversa"[68].

Sin embargo, aparte de la necesidad de dotar de eficacia normativa constitucional a la Carta de Derechos y su justiciabilidad (Ciertamente su sistema de garantías es deficiente, pero interesa anotar –en el lado positivo- que conforme al art.52 de la Carta de Niza, "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades". Esta garantía es importante porque introduce un elemento de relativa rigidez frente a las tendencias actuales hacia la máxima flexibilidad. Por lo demás, el Tratado de Lisboa, juridifica a la Carta, aunque sin incorporarla en el sistema interno del Tratado), es preciso que ésta contenga un catálogo completo y renovado de los derechos fundamentales. Por el momento, la Carta acoge una formulación amplia y con textura

[68] Ferrajoli, L.: *Democracia y garantismo,* Madrid, Trotta, 2008, p. 357.

abierta de los derechos. La Carta estructura los derechos que proclama atendiendo a los principios que materializa, pero rehúsa utilizar la clasificación tripartita tradicional: derechos civiles, políticos y sociales. Pero al propio tiempo incorpora los "nuevos" derechos emergentes de la tercera generación (vinculados a la ecología, medioambiente, bioética). En este sentido, la técnica de la Carta es más innovadora ante todo respecto a la garantía de los derechos de última generación, como los derechos personalísimos, relativos al cuerpo y a la bioética. En la técnica clasificatoria no existe una jerarquía explicitada en el sistema de derechos entre los de la primera y segunda generación (civiles y políticos) con relación a los de la tercera y cuarta generación (los derechos sociales y los nuevos derechos emergentes). Este criterio es, ciertamente, coherente con la interdependencia e indivisibilidad de los principios, valores y derechos fundamentales de las personas en la percepción que actualmente se infiere en la "cultura" de los derechos fundamentales. Existe la convicción generalizada de que no es posible escindir los derechos fundamentales, no someterlos a jerarquía rígidas en atención a supuestas premisas de la graduación de los valores y principios que a través de ellos se realizan. Afirmar la escisión entre derechos clásicos de libertad y derechos sociales es contradecir el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, de manera que los derechos sociales dejan de estar sometidos a un estatuto jurídico análogo a los tradicionales derechos de libertad libera. De ahí la crítica a la teoría que reconduce los derechos sociales formulados en la Carta a simples "principios" regulados en normas de finalidad, sin directa fuerza jurídicamente vinculante. De este modo la teoría e ideología liberal clásica –basada en la "idea individual"-cede terreno frente a la teoría e ideología democrático-social de reformismo constitucionalista o garantista –que pretende conciliar y armonizar esa "idea individual" con la "idea social"-[69]. Es manifiesto que esta configuración *integrada* del sistema de derechos fundamentales supone en sí avance, en la medida en que refleja objetivamente un reforzamiento de los derechos sociales y de los nuevos derechos ambientales y personalísimos.

Todos los derechos en el constitucionalismo social acaban –en mayor o en menor medida- teniendo una dimensión social, como manifestación de la unidad de los grandes valores y principios fundamentales del sistema jurídico (libertad, igualdad, solidaridad y participación). El reconocimiento de que los derechos sociales no son derechos separados –sin perjuicio de su especificidad- del resto de derechos, porque son también derechos de las personas, refuerza la unidad de la dignidad del hombre en las distintas dimensiones en las que se desarrolla su personalidad. Si se avanza por esa senda la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea tendrá un papel central en un proceso constituyente de carácter eminentemente más democratizador, dentro del respeto a la identidad diferenciada de los pueblos de Europa. En este sentido el Sistema de los Tratados no se pretende construir una nueva subjetividad soberana de decisión política, sino más reforzar un vínculo más intenso entre los "pueblos europeos", los cuales no pierden su identidad propia, ni son absorbido por una nueva subjetividad del tipo "pueblo europeo".

A partir de las Constituciones democrático-sociales de entreguerras y de la segunda guerra mundial ese derecho social que emerge de la sociedad civil organizada no sólo es tolerado como órdenes espontáneos, sino que también es garantizado, impulsado y fomentado por el texto constitucional precisamente como formando parte del sistema de fuentes de producción jurídica; es decir, se reconoce la *juridicidad de los procesos de producción "privada" de Derecho objetivo* como

[69] Véase Gurvitch, G., La Déclaration des Droits Sociaux, New York, Éditions de la Maison Française, 1944; 2ª edición, París, Librairie Philosophique J. Vrin, 1946; *Ibid., Elementos de sociología jurídica,* edición y est.prel., "Pluralismo jurídico y derecho social: la sociología del derecho de Gurvitch", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; *Ibid., La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", a cargo de J.L.Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. Sobre el pensamiento de Gurvitch, puede consultarse -*Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

expresión de la democracia social y colectiva (En caso de las convenios colectivos de trabajo se hablará de expresión de democracia colectiva y de *ciudadanía industrial*). Las formaciones sociales donde surge el nuevo derecho rompen con el principio monista de la estatalidad del Derecho y, por tanto, con esa pretensión de exclusividad y carácter excluyente de otras manifestaciones de formación de Derecho objetivo y válido que contribuye a racionalizar la complejidad social. El pluralismo de las fuentes encuentra su base en la Constitución y encarna una función específica de regulación e integración social en una sociedad fragmentada, que no es la sociedad idealizada de los códigos antiguos de derecho privado y de las constituciones del Estado Liberal Individualista de Derecho del siglo XIX. La pluralidad social –como las desigualdades entre grupos y clases sociales- no desaparece por el solo hecho de ser pretendidamente ignorada. La misma emergencia de la "cuestión social" recordará al Estado Liberal individuales y a los juristas –formalistas o no- que el capitalismo se instala en una sociedad fragmentada, donde la libertad y la igualdad más que una realidad a consagrar es una aspiración para hacerla realidad viva y transparente. De hecho, las fuerzas sociales comenzaron no sólo llevar a cabo acciones colectivas (señaladamente, las huelgas), sino también a alcanzar convenios colectivos de trabajo en su condición de fuerzas espontáneas de la sociedad. A todo a la par que exigían del Estado una intervención sistemática en la regulación de las relaciones de trabajo y un pleno reconocimiento de los derechos colectivos/sindicales (entre ellos el reconocimiento de los sindicatos y de la facultad normativa creadora de grupos sociales operantes en el mundo del trabajo, es decir, su poder bilateral como autonomía colectiva para crear derecho objetivo en el ámbito de aplicación del convenio colectivo). Ello constituyó una suerte de revolución jurídica de las fuentes de producción en el ámbito de las relaciones laborales. En los hechos, la legislación industrial (así llamada) fue surgiendo como legislación excepcional, primero, y después se fue creciendo y consolidándose y tras un largo proceso –de política del derecho- adquiriría la condición de legislación especial encontrando sus normas de principios y valores y sus núcleos de derechos y libertades garantizados en las nuevas constituciones democrático-sociales de entreguerras y finalmente después del drama de la Segunda Guerra Mundial con el proceso de recuperación de la tradición del constitucionalismo democrático-social con el establecimiento de un constitucionalismo socio-económico dibujado en sus trazo grupos en las nuevas constituciones rupturistas de la postguerra (Recuperación que se entiende del constitucionalismo de entreguerras, a diferencia de las constituciones del liberalismo individualista y de las Declaraciones de Derecho abstractas iusnaturalistas elaboradas durante el siglo XVIII). A partir de ahí se conforma un constitucionalismo tanto de Derecho público como de Derecho privado, que tardaría en cristalizar –y no sin resistencias- en el mundo del Derecho privado y en el seno de los juristas tradicionales apegados al sistema de los códigos, que eran parte de un mundo jurídico ya superado en varios de sus pilares fundamentales. Un constitucionalismo pluralista en lo político y en lo social (que se corresponde con la forma-Estado Social de Derecho como Estado de pluralidad de clases; que es coherente con la realidad pluralista de una sociedad compleja y heterogénea pero unida por las nuevas reglas de juego establecidas en la Constitución democrático-social), pero también en el campo de las fuentes de producción, admitiendo la coexistencia de fuentes del Derecho públicas y fuentes del Derecho de origen privado colectivo, reflejo de la autorregulación las misma sociedad. Y estas Constituciones de ruptura con el constitucionalismo del siglo XIX, se constituye en eje del ordenamiento jurídico que construye y extiende –como compartidos- los principios, valores y garantías de los derechos fundamentales a todas las ramas o sectores jurídicos diferenciados dentro de dicho ordenamiento. *Unitax multiple* en dos sentidos. En sentido interno, muestra la unidad (valores, principios) en la diversidad de ramas especiales; y en sentido externo, muestra el pluralismo de las fuentes de producción jurídica: Estado y grupos sociales (fuentes extraestatales). Y todo dentro de un mismo ordenamiento pluralista. Los juristas (incluyendo a los jueces) de las distintas ramas jurídicas deben aplicar la Constitución en sus respectivos dominios; y no se trata de una opción hermenéutica sino de un mandato constitucional inequívoco. Y es que lo que consagran la Constitución como norma jurídica fundamental es una conformación de todas las ramas jurídicas del Derecho público y del Derecho privado, es decir, un "Constitucionalismo de Derecho

Privado", a lo cual penosamente se han resistido muchos juristas atados a la tradición de unos Códigos, que en su época actuaban –sin serlo en sentido jurídico formal- como las verdaderas constituciones del ordenamiento jurídico del liberalismo individualista y racionalista, confiriendo certeza y seguridad jurídica a las reglas de juego de la paz de una burguesía dominante instalada en el poder político (en el derecho de propiedad elevado a derecho inalienable, en las libertades contractuales y en la dinámica de funcionamiento de los mercados; pero también en la concepción ideológica de la familia y de las "buenas costumbres"). La crisis del Derecho, sin agotarse en ellos, sin duda tenía que ver en los albores de la postguerra (como también en los sistemas democráticos de la época de entre las dos guerras mundiales) con la crisis del Derecho tradicional y de su intérpretes u operadores jurídicos, conmocionados por el impacto de una Constitución normativa (como son las propias del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho), configurada como norma garantista y como norma directiva fundamental dirigida a todos los poderes públicos para que la hagan valer en la realidad social como elementos de derecho vivo (paradigmáticamente, de nuevo, los artículos 9, apartados 1º y 2º , y 10, apartados 1º y 2º de la Constitución Española). Este modelo de Constitución atribuye un papel muy importante a los órganos del poder judicial. Los jueces y tribunales, y la propia la ciencia jurídica (el jurista científico) tardaría mucho tiempo (todavía hay resistencias o incomprensiones en la actualidad) en dar cuenta del giro rupturista que supone para todas las ramas del ordenamiento la creación por el poder democrático constituyente de una Constitución de esta naturaleza (que actúa como eje y postula su centralidad conformadora) en todas las ramas o sectores del ordenamiento jurídico por ella construido. Con una innovación radical hay que entender una frase tan aparente simple como la que recoge el art. 9.1 de la Constitución España, a saber: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; o como también la atribución de responsabilidad directa a los poderes públicos de una función promocional de la libertad e igualdad reales[70]: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"; cfr. art. 9.2 de la misma Norma Fundamental). No es posible desconocer que este tipo de Constituciones democrático-sociales normativas establecen un constitucionalismo de todo el Derecho Público y el Derecho Privado y lógica de cada uno de sus instituciones y categorías jurídicas penetradas e impregnadas por el Texto Constitucional constituyen del ordenamiento jurídico general.

Con un modelo de Constitución económico-social, propia de la tradición contemporánea del Constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, se puede hablar de un derecho de la economía y de un derecho social que penetra y configura las instituciones económicas y las instituciones sociales. Y también una ordenación constitucional que supone un *constitucionalismo de derecho privado.* Es un sistema de Derecho que opera bajo condiciones capitalistas de producción, pero que no es un "derecho de clase" única, a diferencia de los códigos de derecho civil y de derecho mercantil, que eran los códigos "de" la burguesía en el poder político institucional. Era, éste, un

[70] En una perspectiva general sobre dicha función –con antecedente en la función de fomento- típica del Derecho del Estado Constitucional (y su materialización como Estado Social y Democrático de Derecho, véase Bobbio, N.: "La función promocional del Derecho", en Bobbio, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho,* ed., a cargo de A. Ruíz Miguel, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980, pp. 367 y sigs. En realidad, en el Estado contemporáneo se hace cada vez más frecuente el uso de las técnicas de alentamiento o fomento público correspondiente a la nueva funcionalidad del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional. De ahí que, en las Constituciones postliberales, junto a la función de la tutela o de la garantía aparece cada vez con mayor intensidad la de promover y favorecer. Con referencia a determinados sectores de tutela de contratantes más débiles, que proliferan no sólo en el Derecho Social (Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social y de la Protección Social Pública), sino también en el Derecho de los consumidores, y en el propio corazón del Derecho civil. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *El negocio jurídico como categoría problemática,* estudio preliminar a Betti, E.: *Teoría general del negocio jurídico,* trad. A. Martín Pérez, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000, pp. XIII-XLIV, en particular pp. XXIV y sigs.

derecho de clase, es decir, un derecho creado para la defensa de los intereses de una sola clase social dominante; un derecho funcional a los intereses de la clase dominante, empresarios y propietarios. En las condiciones socioeconómicas del Estado Social de Derecho dominan las ideas-fuerzas de la función y utilidad social en el sistema económico y sus instituciones fundamentales. Junto al reconocimiento de los derechos y libertades se establece un régimen público de la economía, que instaura un intervencionismo económico y social penetrante, el cual actúa como noción de orden público. Exigencias de racionalización lo imponen (Polanyi; Keynes; Beveridge) y de control y planificación necesarios para su funcionamiento eficiente (regulación jurídico-política de apoyo y de garantía de los derechos y libertades y la fluidez y transparencia de los intercambios)[71]. Lo que se estableció fue un *modelo de economía mixta,* con una ampliación de las funciones del Estado, cuyo resultado fue la creación de una "constitución económica" del Estado Social, que legitima una limitación y "encuadramiento" de la libertad económica de los particulares y una regulación de la economía de mercado (en la doctrina alemana se dio en llamar expresivamente, "economía social de mercado"). Se puede hablar de "politicidad" y "juridificación" del orden económico-social. El derecho de la economía y el derecho social de la postguerra mundial, incluido el derecho de participación como derecho de integración, son parte de la misma constitución jurídica, con el difícil equilibrio entre los intereses de los trabajadores y los intereses de los empresarios. Pero también la puesta en valor del carácter social de la producción, tanto en el ámbito de la empresa ("democracia industrial"), como en la organización global del sistema económico ("democracia económica"), tratando de proyectar y expandir ciertos principios de la democracia hacia las organizaciones económicas.

3. NUEVOS DERECHOS PARA NUEVOS RIESGOS Y SITUACIONES DE NECESIDAD: DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHOS DIGITALES

Así, la misma noción de función social de las instituciones jurídicas debería operar limitaciones en las relaciones de mercado y la penetración de las libertades y derechos fundamentales en el Derecho privado (cristalizando en un constitucionalismo de derecho privado) legitima el intervencionismo público preordenado en la propia constitución. Legitima poderes de intromisión en las libertades económicas introduciendo límites externos a los poderes de iniciativa económica del empresario y del espacio regulador de la autonomía privada contractual. La función social actúa, de este modo, es una cláusula general que introduce un parámetro valorativo vinculado al modelo de constitución económica y social trazado en la Constitución jurídica de la sociedad democrática organizada.

Respecto al garantismo jurídico de la Carta Social Europea Revisada de 1996 (CSEr) –la verdadera Constitución de la Europa amplia- se ha planteado de un enriquecimiento de la misma con nuevos derechos, señaladamente respecto a las nuevas tecnologías y a los nuevos derechos laborales digitales[72]. La CSEr -junto con otros instrumentos de garantía de derechos fundamentales- ha

[71] Esto era reconocido e identificado perfectamente desde la mejor doctrina de la ciencia política francesa de la época. Así, paradigmáticamente, Burdeau, G.: *Traité de Science politique,* París, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, 1950. Con ediciones posteriores. Interesa destacar por su conexión con esta problemática, Burdeau, G.: *Traité de science politique. Tome VI. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique. Tome VII: La démocratie gouvernante, ses structures gouvernementales,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956. Y ya fuera de Francia, el austriaco Hans Kelsen, de un social-liberalismo había realizado una reflexión profunda sobre la democracia y el papel del Estado, con obras de conocimiento general, como Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia,* trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, edición y estudio preliminar, "La democracia en el pensamiento de Kelsen" (pp. XI-LX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002. Puede consultarse, *in extenso,* Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, especialmente, Cap. 4º ("La democracia parlamentaria en Kelsen. "Esencia" y "Valor" de la Democracia"), pp. 103-295.

[72] Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 215-326, especialmente, pp. 290 y ss. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/706

operado como un escudo social frente a la tentación de restringir los derechos sociales, bajo la coartada de mantener los equilibrios de déficit público. Pero no es sólo eso, lo más relevante es que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales ha contribuido en sí para el restablecimiento de la salud y del orden económico a través del mantenimiento de los niveles de rentas. Desde luego, como ha sido advertido, la CSE, desde su mismo origen no ha sido nada parecido a la "pariente pobre" o "hermana pobre" del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[73].

Se subrayó anteriormente el carácter dinámico del estándar de derecho sociales garantizados por la CSEr, y que esa historicidad depende de estado de cultura de los derechos y del desarrollo del sistema de necesidades y capacidades humanas. Pues bien, la dinamicidad de la CSEr y su objetivo de "progresividad" en el perfeccionamiento de los derechos y la asunción de otros nuevos, nos debe llevar a la ampliación del estándar de derechos fundamentales por ella garantizados. Señaladamente, parece necesario e ineludible que la CSEr incluya los nuevos derechos laborales digitales, y lo haga sobre la base de las experiencias más avanzadas de los Estados miembros del Consejo de Europa. Si se observa atentamente la actual CSEr está preparada para incorporar estos derechos laborales digitales con sus correspondientes garantías y contenido esencial, pero se convendrá que en cierto modo es un instrumento que adolece de una cierta connotación "analógica" más que "digital", cuando lo que es necesario es atender a los requerimos de protección y tutela de nuevas situaciones de necesidad precisamente provocadas por sociedades cada vez más digitalizadas, como es el caso de las europeas. Estos nuevos derechos -que ya están presentes en las legislaciones de varios países miembros- exigirán la creación de nuevas formas de protección, pero partiendo que son nuevos derechos sociales diversificas, pues en unos casos estamos ante derechos sociales digitales de libertad y en otro frente a derechos sociales digitales a prestaciones positivas, ambos requieren de la intervención legislativa. Configurados como derechos de desmercantilización que en cuanto tales garantizan posiciones activas de ventaja frente a los poderes (reales) privados y públicos. Sin derechos como a la protección de datos personales en el ámbito laboral no son garantizados no sólo se perjudicará el objetivo materializado en el estándar, sino también su carencia de garantías adecuadas (los harían más vulnerables) a los derechos y libertades ya garantizados en el sistema interno de la CSEr. Dicho en otras palabras: el pleno reconocimiento en el sistema de la CSEr de los derechos laborales digitales supone una autentificación y garantía de efectividad de los demás derechos ya consagradas en el estándar mínimo vigente diseñado en este instrumento jurídico. Por tanto, es necesaria la ampliación de los derechos subjetivos "digitales", para superar el déficit -comprensible, ciertamente- que representa el no reconocimiento específico de los derechos laborales digitales, configurados como verdaderos derechos subjetivos de desmercantilización, para evitar que puedan ser mercantilizados y ser dependientes de los poderes que operan en el mercado de datos y tecnologías digitales, a través de entendidas mercantiles (incluidas las empresa virtuales, dotadas de gran poder) y plataformas privadas con fuerza para "extraer datos" y ejercer un dominio de vigilancia y control del trabajo dependiente o subordinado[74]. Esta realidad, sin duda, pone en peligro

[73] Jimena Quesada, L.: "Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea", Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, núm. 137, 2018, p. 17; Jimena Quesada, L.: "La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de Covid-19", Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, núm. 460, 2021, p. 50.

[74] Puede consultarse la obra de Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder,* Barcelona, Paidós, 2020, pp. 657 y ss. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa "*neopanóptica*", la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa.

la democracia constitucional en su doble proyección formal/procedimental y material/sustancial, pues nada escaparía a los nuevos poderes irresistibles e incontrolables que operan en mercados mundializados o internacionalizados. Es así, que la incorporación de los nuevos derechos laborales en el sistema de la CSEr va más allá de enriquecimiento adicional, para convertirse en una exigencia de efectividad de este instrumento jurídico a una realidad digital y no sólo analógica, por utiliza esta expresión en un sentido metafórico. La transformación digital supone un cambio de paradigma para los instrumentos de protección de los derechos sociales fundamentales (y en general para todo el sistema de derechos en su conjunto). Las plataformas digitales, son tantos vehículos para el ejercicio de derechos y libertades (información, comunicación, cauces de expresión individual y colectiva, instrumentos de protesta y reivindicación laboral, de expresión del malestar social, etcétera; pero también implican la presencia de poderes difusos, que no son fáciles de controlar en orden democrático como lo son en potencia otros poderes más tradicionales en su manifestación y formas de ejercicio). Las nuevas entidades tecnológicas (empresas del sector digital) manejan datos, hacen predicciones de comportamientos que contribuyen de limitar las libertades y derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (los algoritmos en las redes, la mercantilización de los datos, los sistemas de videovigilancia y geolocalización, etcétera). Su capacidad manipulativa de las conductas y el propio ejercicio de los derechos los hace singularmente peligrosos para un régimen democrático. Ante esta situación se requiere una regulación pública limitadora de la mercantilización y de garantía de los nuevos derechos digitales (derechos laborales digitales, como a la protección de datos, a la intimidad, a la propia imagen, a la desconexión digital en el ámbito laboral...). Es el único modo de evitar realmente la acumulación por desposesión de elementos que forman parte de la persona y de las organizaciones sociales en las que se despliega su personalidad. Los códigos éticos, siendo útiles, no son los instrumentos de garantía más adecuados para los derechos de la personalidad en una nueva era digital. En sí misma la digitalización no erosiona los derechos y libertades, pero sí facilita dicha erosión a través de su uso para reforzar los poderes del mercado y los poderes directivos y de vigilancia de los empleadores respecto de sus trabajadores en los lugares de trabajo. Esa capacidad de erosión instrumental por poderes privados en la era digital constituye una amenaza pues cuestiona la efectividad de los derechos fundamentales laborales generales y específicos de la persona que trabaja en condiciones de subordinación (en puridad lo que hace es reforzar ésta de manera más sutil y penetrante en la esfera de la personalidad, muy lejos, pues, de tener una fuerza emancipadora y supuestamente más facilitadora de sus ámbitos de autonomía en el desarrolla de la actividad laboral).

La proliferación de Cartas de Derechos digitales, aunque instrumentos *soft law*, y por tanto sin fuerza normativa, como el caso de la Carta de Derechos Digitales aprobada por el Gobierno español[75].

[75] "Carta de Derechos digitales", aprobada gubernamentalmente en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia. El cap. 4, está dedicado a los "Derechos del entorno laboral y empresarial". Resulta significativo el catálogo de derechos laborales digitales en el "XIX Derechos en el ámbito laboral" (Dentro del cap. 4) para tomarlos en consideración en un verdadero instrumento normativo (*hard law*) más allá de una mera Declaración *soft la*w como éste documento: 1. Se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales. 2. En los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a: a) La desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar. b) La protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en el uso de dispositivos digitales, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, así como en el caso de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, y en particular, la analítica de redes sociales. Del uso de tales dispositivos o herramientas se informará a la representación legal de las personas trabajadoras. Esta información alcanzará los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. c) La protección de los derechos de la letra anterior en la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización. d) La garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal. e) El uso lícito, leal, proporcionado y transparente de los controles empresariales

Pero estamos en el campo donde la ponderación entre los bienes jurídicos fundamentales en tensión exige que la dinámica de la empresa no pueda derivar en una organización interna de poder de dominio y vigilancia prácticamente ilimitado sobre las personas que prestan servicios profesionales bajo condiciones de dependencia o subordinación organizacional. Si se aceptara su "normalización jurídica" sin límites precisos la vigilancia y control de las personas que trabajan entonces pasamos del trabajo como "mercancía sui generis" ("mercancía ficticia", porque la personas no lo son como señalara Karl Polanyi[76]) a la dominación directa de la persona del trabajador y la neutralización funcional/instrumental de sus derechos personalísimos en el marco de las relaciones de trabajo. Esto es, se transitaría de la simple subordinación o dependencia contractual al más amplio poder instrumental de un tipo de subordinación capaz de incidir en la naturaleza humana. Se arrebataría (o más exactamente se invadiría) al trabajador lo que le es más íntimo, esto es, la esfera inherente a su personalidad. Es un poder (poder biopolítico neopanóptico normalizado que sobrepasaría a la formulación originaria del poder biopolítico empresarial que realizara Michel Foucault[77]) que presentaría el riesgo de incrementar la disciplina y el principio de autoridad más allá de lo que pueda resultar razonable en una relación jurídica contractual o estatutaria en un régimen de democracia constitucional. La idea de poner freno a formas de organización y vigilancia de las personas trabajadoras en los lugares de trabajo que incrementan los poderes exorbitantes de la dirección de la empresa y la intrusión en la esfera personalísima de los trabajadores es una exigencia del propio sistema democrático de relaciones laborales[78], pues pone en cuestión el disfrute de los derechos de la persona como ciudadano en la empresa u organización productiva. Las formas

digitales. f) Recibir de la entidad empleadora los medios tecnológicos para poder desarrollar su actividad sin que las personas trabajadoras deban aportar los medios de su propiedad a disposición de aquella con fines profesionales, así como a ser informadas sobre la política de uso tales dispositivos digitales, incluidos los criterios para una eventual utilización para fines privados. g) La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales. h) La cualificación digital de las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo. 3. En los términos previstos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, se promoverán las condiciones de acceso al trabajo a distancia y el teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la voluntariedad y la dignidad de la persona trabajadora garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, os derechos de las personas que residen en él, el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y la garantía de los derechos reconocidos en la legislación y los convenios colectivos. 4. En los procesos de transformación digital: a) Las personas trabajadoras tienen derecho a una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales. b) La representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada con la debida antelación sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse. 5. La negociación colectiva podrá establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, así como vehicular la participación de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital y en la determinación de las consecuencias laborales que la misma pueda implicar. 6. En todo caso, el desarrollo y uso de algoritmos y cualesquiera otros procedimientos equivalentes en el ámbito laboral exigirá una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la inteligencia artificial contenidos en esta Carta y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación. 7. Se informará y formará debidamente a las personas trabajadoras respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas. https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2021/Carta_Derechos_Digitales_RedEs_140721.pdf

[76] Polanyi, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989, pp. 121 y ss., y 267 y ss.

[77] Foucault, M.: *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1978, especialmente, pp. 139 y ss.

[78] No es baladí hacer notar que la Comisión Europea haya propuesta una Declaración que establezca que las tecnologías digitales, en general, deben garantizar la protección de los derechos de las personas y reforzar la democracia. Cfr. *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*, Bruselas, 26.1.2022 COM (2022) 27 final

de organización empresarial propias de un reforzado orden de dominio de la vigilancia y control laboral invasivo "abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas", expropia datos personales y posibilita la elaboración de modelos predictivos conductuales que limitan la esfera de libertad real de la persona que trabaja y la hacen más vulnerable frente al poder del empleador[79].

Por otra parte, hay que tener en cuenta los cambios que se viene produciendo en el "modelo antropológico" de la figura del trabajador en la últimas década y que está provocando una cierta expansión del Derecho del Trabajo hacia un orden jurídico capaz de abarcar paulatinamente a toda la actividad profesional (trabajadores subordinados y trabajadores "débiles" en general), que podría entenderse como un nuevo impulso hacia la "juridificación" de las relaciones socio-profesionales en un sentido de realización de la justicia social limitadora de las condiciones de subordinación o dominación de la persona que trabaja a través de la garantía de todos sus derechos fundamentales . Estamos en un momento en que es necesario evitar la demolición para proceder a la refundación de los ordenamientos laborales, lo cual exigiría un periodo de transición de difícil itinerario. Es posible reflexionar sobre los confines del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo en una dirección expansiva hacia todas las personas que trabajan[80].

Hay que tener en cuenta que el autoempleo -el trabajo autónomo y por cuenta propia- en numerosos casos ha dejado de ser una libre elección por parte de la persona que trabaja, siendo más bien una imposición del empresario dominante o fuertemente condicionada por la situación de debilidad en el mercado. En la práctica lo que se cuestiona es la libertad de elegir la forma de trabajar ("autoempleo" ideológicamente calificado como expresión de "emprendimiento" y de "espíritu de empresa"). Y a pesar de que se ha mejorado el sistema de garantías sociales atribuidas al trabajo autónomo, no deja de tratarse de formas de contratación que quedan privadas de importantes garantías iuslaborales, tanto de carácter individuo como de naturaleza colectiva o sindical. Ese modelo antropológico de trabajador como centro de referencia normativa del garantismo jurídico-social que confiere el ordenamiento laboral ha sufrido un cambio que tiende a ser radical, como consecuencia de los fenómenos de la organización descentralizalizada de la empresa, la exteriorización o externalización de funciones, la "terciarización" del tejido productivo, el impacto de las nuevas tecnologías digitales, etcétera. Todos estos fenómenos (que integran la organización post-fordista del trabajo) han supuesto una "deshomogeneización" de la figura del trabajador, con la fábrica flexible y la formación de mercados internos y externos. El nuevo Derecho del Trabajo tendría que tender hacia un Derecho de la actividad profesional, esto es, abarcando las distintas formas de trabajar más allá de su formalización a través de la figura típica del contrato de trabajo; utilizando distintas técnicas de calificación como la dependencia económica hasta alcanzar a toda la actividad profesional de las personas que trabajan personal y directamente. Ello implicaría una cierta diversificación de las tutelas conferidas por el nuevo Derecho del Trabajo (es decir, una pluralización de los estatutos jurídicos

[79] Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Paidós, Barcelona, 2020, pp. 657 y ss. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa "*neopanóptica*", la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites precisos de orden público laboral del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa. Véase Fernández Ramirez, M.: *El derecho del trabajo a la autodeterminación informativa en el marco de la empresa "neopanóptica"*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, especialmente, pp. 27 y ss., y 157 y ss.

[80] Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 9(1), 2021, pp. 220-294. https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982

protectores del trabajo personal) que se corresponden con las nuevas formas de trabajo profesional con formas muy difusas (verdaderas "zonas grises") entre "subordinación" y "autonomía relacional. Pero ello supone, desde luego, incorporar las tutelas a los trabajadores de todas clases (formas atípicas o diversas al paradigma clásico estandarizado) que prestan servicios en la economía informal o irregular haciéndola emerger hacia la economía regulada por un Derecho del Trabajo garantista, esto es, un trabajo digno (decente) dotado de la dignidad y del conjunto de derechos a ella vinculados[81]. Al tiempo el principio que sirve de base a la regulación es que el trabajo -en cualquiera de sus formas- no es una mercancía objeto de comercio117. He aquí la función típica del Derecho del Trabajo como garantía de los derechos sociales de "desmercantilización", impidiendo que el trabajo esté sometido exclusivamente a los poderes del mercado[82]. Esto fenómeno de expansión del trabajo autónomo debilitado en su posición contractual y necesitado de la protección que dispensan las típicas tutelas del trabajo subordinado, quizás debería hacer reflexionar de manera producente y diferenciada sobre alguna previsión de la nueva CSEr sobre alguna extensión de derechos sociales a determinas formas de trabajo autónomo (en algunos casos estamos ante figuras complejas como las conocidas como "trabajo parasubordinado", "trabajo autónomo dependiente", "trabajador económicamente dependiente", que reflejan la realidad de la heterogeneidad del trabajo y el carácter fluido de sus fronteras delimitadoras; es cierto que también evidencia en algunos casos que algunos de estos trabajadores "autónomos" débiles en realidad debería ser objeto de tutela directa como trabajadores subordinados; el caso de los "trabajadores autónomos económicamente dependientes" en España sería un exponente de la aplicación de la vis expansiva del ordenamiento laboral porque en lo principal tienen los rasgos tipológicos de una relación de trabajo en el sentido del art. 1 del ET, y desde luego son "dependientes" en sentido jurídico formando parte de verdadero contrato de adhesión y estando bajo el círculo directivo y el plan de empresa del empleador para el que prestan servicios profesionales retribuidos con dedicación exclusiva. Pero más allá de la huida del Derecho del Trabajo, es cierto que hay trabajadores autónomos que lo son en sentido estricto y requerirían de una cierta protección, sin que ello tenga que tener como resultado que se desvirtúe y desnaturalice la finalidad principal del instrumento garantista que constituye la CSEr). No es baladí indicar que el catálogo de derechos de estos dos instrumentos del Consejo de Europea (como también cabe predicar respecto del catálogo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) nunca ha sido un estándar acabado, sino que está abierto al tiempo de los derechos condiciones por las nuevas necesidades, demandas y aspiraciones que los miembros de una sociedad política desean garantizarlas como verdaderos derechos que permite el libre y pleno desarrollo de la personalidad como exigencia de la dignidad humana.

Estamos ante una coyuntura declive del constitucionalismo democrático social supranacional y tendencias hacia la "*desconstitucionalización" material* de los derechos sociales. En la coyuntura histórica actual y en una perspectiva de futuro existen riesgos reales de que se produzcan regresiones en la protección de los derechos sociales, e incluso en la negación de algunos derechos sociales (prestacionales y de libertad colectiva/sindical) que ya están consagrados en el catálogo estándar de la CSEr. Se percibe un declive del constitucionalismo democrático social en el Derecho Internacional y la tendencia hacia la "desconstitucionalización" material y la "re-mercantilización" legislativa de los derechos sociales fundamentales como debilitamiento del garantismo jurídico fuerte.

[81] Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coautores) *et altri*: *Derecho Social y Trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016.

[82] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y ss.; *Ibid., La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborale*s, Murcia, Laborum, 2019, pp. 161 y ss.

4. EL CATÁLOGO DE LOS DERECHOS DE LA PROPUESTA DE NUEVA "CARTA GLOBAL DE DERECHOS LABORALES". DEL REFORZAMIENTO DE LOS DERECHOS EXISTENTES A LA INNOVACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS (LOS NUEVOS DERECHOS PROCLAMADOS)

El catálogo de los derechos presupone y se inserta dentro del estándar de ideal de cobertura alcanzado hasta el momento. Como se indicó, dicha Declaración nace de una cumbre internacional impulsada por el Gobierno español y especialmente por el Ministerio de Trabajo, para proponerla en la Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Y Pretende avanzar Hacia la aprobación de una Carta Global de Derechos Laborales, cuyo objetivo inmediato mira directamente a la Segunda Cumbre Mundial impulsada por las Naciones Unidades.

Nace del impacto extraordinario de los cambios geopolíticos en un contexto de globalización neoliberal, la emergencia climática, y la transformación digital, sobre las relaciones de trabajo y las transformaciones del mundo empresarial. Es aquí donde se tiene que renovar permanentemente el contrato social inherente al Estado Social de Derecho y a la estrategia garantista del "Trabajo decente", es decir, el trabajo digno y con garantía de derechos.

1). Es una propuesta, con entidad propia, que se hace para la Cumbre Social Mundial que se celebrará en 2025, bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, que tiene como objetivo abordar las lagunas que persisten (*se diría también de una amplia dosis de inefectividad práctica*), renovar su compromiso con la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción y su aplicación y dar impulso a la implementación de la Agenda 2030.

Hay que tener en cuenta, al respecto, que existe un Proyecto de resolución presentado por la Presidencia de la Asamblea General Modalidades de la Cumbre Social Mundial bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, en la cual se ratifica la Declaración de Copenhague y el Programa de Acción. Se Reafirma su resolución 78/261, de 26 de febrero de 2024, relativa a la celebración de la Cumbre Social Mundial bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social en 2025, para abordar las lagunas que persisten, renovar su compromiso con la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción y su aplicación y dar impulso a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución 70/1). Recuerda, asimismo, su resolución 76/6, de 15 de noviembre de 2021, titulada "Seguimiento del informe del Secretario General titulado 'Nuestra Agenda Común'" (A/75/982) y observando la propuesta que figura en el informe de convocar una cumbre social mundial en 2025, que deberá ser debatida y acordada por los Estados Miembros, entre otras cosas en lo que respecta a sus modalidades, título, objetivos, alcance y posibles resultados, y poniendo de relieve que el posible resultado de la cumbre debería tener un enfoque de desarrollo social, incluyendo la necesidad de situar a las personas en el centro del desarrollo y el compromiso de lograr que la erradicación de la pobreza, el pleno empleo y la integración social se conviertan en los objetivos de desarrollo primordiales, y dar impulso a la implementación de la Agenda 2030[83].

Atendiendo a ello, se decide, en primer lugar, que la Cumbre Social Mundial bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social se celebre a nivel de Jefes de Estado o de Gobierno, del 4 al 6 de noviembre de 2025. En segundo lugar, que la Cumbre adoptará una *declaración política* concisa y orientada a la acción, acordada previamente por consenso mediante

[83] "Proyecto de resolución presentado por la Presidencia de la Asamblea General Modalidades de la Cumbre Social Mundial bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social". https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n24/201/29/pdf/n2420129.pdf

negociaciones intergubernamentales en Nueva York, que deberá tener un enfoque de desarrollo social y dar impulso a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible[84].

En esta Cumbre se aspira a diseñar un *nuevo Contrato Social*[85], entre cuyos pilares han de estar, sin duda, el trabajo decente, el empleo pleno y productivo, el diálogo social, el respeto de los estándares internacionales, la protección y la justicia sociales. Estos pilares deben ser el desarrollo y la actualización del antiguo concepto presente en la Declaración de Copenhague, los "derechos laborales básicos", y representar lo que hoy en día la Comunidad Internacional entiende por derechos esenciales para todas las personas trabajadoras en todos los países del mundo.

Por el momento se trata de una lista abierta de "compromisos" (en el marco de lo que se denomina "Hacia una Carta Global de Derechos Laborales") que contraen las partes firmantes de renovar y reformular su compromiso con la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción y su aplicación y dar impulso a la implementación de la Agenda 2030[86]. Por ello se propone que sean los Estados quienes las firmen *en el marco de la Naciones Unidas*, más allá de que la firma actual en el marco del Congreso Internacional del Trabajo de 2024 sean la de un conjunto organizaciones públicas y de la sociedad civil que impulsan dicha propuesta. Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social no tenía la configuración jurídica de una Norma de Derecho Internacional. Se trata de un Documento de valor político jurídico, pero de innegables fuerza política, toda vez que los "derechos básicos de los trabajadores" que se proclaman se vincularon a los Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, que entonces se referían a la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la libertad de asociación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva y el principio de la no discriminación. El Consejo de Administración de la OIT había establecido que ocho convenios eran «fundamentales». Estos abarcan temas que son considerados principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos principios también estaban incluidos en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (1998). Tras la adopción del Protocolo de 2014 al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, un noveno instrumento de la OIT fue calificado como «fundamental». En la 110ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 2022, la CIT adoptó una Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo . En consecuencia, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, ha sido modificada en este sentido y el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, de 2006 (núm. 187) se consideran ahora convenios fundamentales en el sentido enunciado en la Declaración de 1998, en su versión enmendada en 2022[87] .

[84] Consejo de Administración 352.ª reunión, Ginebra, 28 de octubre - 7 de noviembre de 2024: "Proyecto de resolución presentado por la Presidencia de la Asamblea General Modalidades de la Cumbre Social Mundial bajo la denominación Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social". https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n24/201/29/pdf/n2420129.pdf

[85] Informe del Grupo de trabajo sobre el nuevo contrato social para Nuestra Agenda Común Proyecto de mensajes clave de la contribución tripartita a la Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (2025). https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-11/GB352-INS-21-1-%28Rev.%202%29-%5BPARTNERSHIPS-241105-001%5D-Web-SP.pdf
https://www.ilo.org/es/consejo-de-administraci%C3%B3n-de-la-oit/352a-reunion-del-consejo-de-administracion

[86] CUMBRE MUNDIAL SOBRE DESARROLLO SOCIAL (Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995), que reunía a Estados miembros de las Naciones Unidas.

[87] Los once instrumentos fundamentales son, por el momento, los siguientes: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) ; Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) (y su Protocolo de 2014); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad

Se constata que desde aquel momento hasta nuestros días la transformación del mundo del trabajo ha sido radical, con profundos cambios enmarcados en desigualdades persistentes, que repercuten en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas trabajadoras. La pandemia, los retos geopolíticos, la emergencia climática o la transformación digital tensionan los estándares de protección laborales que deben ser permanentemente actualizados para sostener el trabajo decente, atravesado por vectores imprescindibles como la igualdad de género, la sostenibilidad, la adaptación de los mercados laborales a la lucha contra el cambio climático, la laboralidad de las nuevas formas de prestación de servicios a través de plataformas digitales o la adecuada gestión de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Por ello, los firmantes del Documento proponen a los Estados firmantes que adopten los siguientes compromisos, en la dirección de caminar hacia la aprobación de una Carta Global de Derechos Laborales:

1) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por razones de género y por cualquier otra categoría discriminatoria en el trabajo; asegurar el derecho al cuidado; garantizar la protección laboral en situaciones de maternidad y paternidad; establecer medidas suficientes de conciliación de la vida personal, laboral y familiar; adoptar normas suficientes para combatir de manera eficaz la violencia y el acoso en el trabajo; y formular políticas que contribuyan al empoderamiento económico de las mujeres en un cambiante mundo del trabajo.

2) Asegurar un tiempo de trabajo compatible con la vida, repartido de manera equitativa y ajustado a las necesidades sociales, colectivas y ambientales.

3) Garantizar una remuneración justa, adecuada al valor del trabajo prestado, sin que sean admitidas diferencias salariales discriminatorias y un salario vital que proporcione un nivel de vida digno.

4) Respetar la libertad sindical y el derecho de huelga; el derecho de los sindicatos a la participación en la gestión y en el gobierno de la empresa; el derecho de reunión y de asamblea en los lugares de trabajo y fuera de ellos; y el de información, consulta y participación, a través de los órganos de representación sindical.

5) Asegurar la existencia de instituciones de participación democrática permanente en el ámbito de las relaciones laborales a través de la negociación colectiva y el diálogo social; y fomentar los acuerdos colectivos de carácter transnacional e internacional, con especial atención a los acuerdos marco internacionales.

6) Garantizar normas efectivas para la erradicación del trabajo infantil y del trabajo forzoso, con especial atención a los escenarios laborales situados en los extremos inferiores de las cadenas globales de valor de las empresas transnacionales.

7) Asegurar el derecho de todas las personas trabajadoras, independientemente del sector y tipo de empresa, a la estabilidad en el trabajo y a trabajar en condiciones de trabajo dignas, claras, previsibles y transparentes. Adoptar normas laborales que prioricen el

mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155); Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

establecimiento de relaciones laborales con carácter indefinido y medidas eficaces para impulsar el tránsito del empleo informal al formal.

8) Apoyar una *transición digital justa* para las personas trabajadoras; asegurar que el uso de la inteligencia artificial y de los algoritmos por parte de las empresas respeta los derechos laborales, los datos personales y la intimidad. Garantizar la protección laboral en el sector de las plataformas digitales. Fortalecer el papel de los sindicatos y la negociación colectiva, en particular en lo relativo a los derechos de información y consulta, en los procesos de cambio tecnológico.

9) Asegurar una *transición ecológica* con pleno respeto de los derechos labor Fomentar el empleo en las ocupaciones sostenibles y en aquellas orientadas a la lucha contra el cambio climático; impulsar la negociación colectiva verde, así como medidas de protección y adaptación en el trabajo ante condiciones climáticas adversas.

10) Garantizar el derecho a la salud y la seguridad en el trabajo y desarrollar políticas y sistemas de gestión eficaces que tengan en cuenta los nuevos riesgos en el trabajo y en particular los riesgos biológicos y químicos. Establecer regulaciones comprometidas con el objetivo de cero muertes y de prevenir lesiones y enfermedades relacionadas con el trabajo, en particular aquellas vinculados a la salud mental. Prestar una protección especial atención a los tiempos de trabajo nocturno y de turnos de trabajo personas jóvenes.

11) Asegurar el derecho a la formación profesional, el desarrollo de las competencias laborales y el aprendizaje permanente, con un enfoque centrado en las personas jóvenes para fomentar su empleo estable y de calidad. Asegurar políticas de reciclaje orientadas a garantizar el trabajo digno y productivo en los últimos años de las trayectorias laborales.

12) Promover el acceso a servicios de empleo eficaces y adoptar políticas de apoyo activo para el empleo, con asistencia personalizada, especialmente a las personas y grupos en situación de mayor vulnerabilidad, para la incorporación al empleo y las transiciones profesionales.

13) Fijar sistemas y niveles mínimos de protección social suficientes, que respondan a las cuestiones de género y sean sensibles a la diversidad, y amplíen progresivamente su cobertura a todas las personas a lo largo de toda la vida, incluyendo a las personas que trabajan en la economía informal.

14) Garantizar los derechos laborales y de seguridad social de las personas migrantes, en cualquiera de las situaciones migratorias en las que se hallen.

15) Apoyar una Inspección de Trabajo eficaz y suficiente; una jurisdicción social con estructura y dotación adecuada para hacer posible una tutela judicial eficaz, en un tiempo que sea apropiado y un sistema administrativo sancionatorio adecuado.

16) Asegurar la responsabilidad de las empresas por las violaciones de derechos humanos o daños al ambiente cometidas a lo largo de sus cadenas globales de valor, estableciendo como mínimo medidas claras y suficientes de diligencia debida empresarial en derechos humanos y sostenibilidad.

17) Promover medidas de impulso a la economía social y solidaria y de protección del trabajo autónomo.

La propuesta sobre los derechos que han de formar parte de la Carta Global es innovadora. No obstante, no debe ignorarse que muchos de estos derechos sociales están ya recogidos y en instrumentos garantistas tan importantes como la Carta Social Europea Revisada de 1996, por más que se trate de un instrumento jurídico emanado del Consejo de Europa, perteneciendo, en consecuencia, al Derecho Internacional Regional Europeo. Aún así importa retener que esta Carta Social Europea -con rango de Tratado ex art. 6.1 TUE- se inserta en el sistema internacional de garantía multinivel de los derechos fundamentales. De manera que este instrumento de *garantía* de los derechos puede servir de base para ello. En la doctrina iuslaboral se ha propuesto que era necesario abordar los nuevos derechos, señaladamente los derechos a la protección de datos personales y los derechos digitales, transitando, así, de una Carta "analógica" a una Carta de la era digital[88].

5. LA NECESIDAD DE UNA MAYOR PRESENCIA EN LA CARTA GLOBAL DEL DERECHO HUMANO AL DESARROLLO, COMO DERECHO HOLÍSTICO INSATISFECHO[89]

> *"Lo que necesitamos no es dominio, sino control de ese deseo de dominio, necesitamos autolimitación. […]. Necesitamos eliminar esta locura de la expansión sin límite, necesitamos un ideal de vida frugal, una gestión de buen padre de familia de los recursos del planeta".*
>
> Cornelius Castoriadis[90]

Es manifiesto que la ONU y la misma Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague se inserta en ese discurso del derecho humano al desarrollo, pues no puede entenderse de otra manera cuando su objeto pivota sobre el "Desarrollo Social". Pero sería necesario elaborar ese derecho matriz de una manera más precisa para su inclusión en el Catálogo de la nueva Carta Global de los Derechos Laborales (o, más ampliamente, "sociales"). Es un derecho capaz de comprender en sí el enfoque de garantía de efectividad de los "derechos" y "capacidades" humanas en las relaciones entre los países del Norte-Sur mundial; y en relación a ello enlaza con la sostenibilidad medioambiental y ecológica en general[91]. Lo que, en síntesis, se ha delimitado conceptual y funcionalmente como la "huella ecológica"[92]. El derecho humano al desarrollo es un derecho social que no puede realizarse sin la predisposición de políticas activas de los poderes públicos. Pero lo más importante es que el derecho humano al desarrollo exige un *cambio de modelo de desarrollo* que no se traduzca en términos exclusivos de crecimiento, sino de un desarrollo sostenible y cualitativo que potencia las capacidades humanas y la igualdad real de oportunidades. Por tanto, no se limita a la dimensión económica –aunque no pueda prescindir de ella-, sino que, apuesta por otras dimensiones económicas,

[88] En este sentido, Monereo Pérez, J.L. "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/719

[89] Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Derecho humano al desarrollo" (Artículo 28 DUDH; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes), en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, Comares, 2014, pp. 951-983.

[90] Castoriadis, C.: *La Montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe 4*, París, Seuil, 1996, p. 282. Traducción, Castoriadis, C.: *El ascenso de la insignificancia,* Madrid, Cátedra-Universitat de València, 1998.

[91] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: "Derecho humano al desarrollo" (Artículo 28 DUDH; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes), cit.

[92] Rees, W. F.: *Ecological footprints and appropriated carrying capacity: what urban economics leaves out Environment and Urbanization* 1992, 4: 121-130; Wackernagel, M. y Willian F. Rees, W.F.: *Our Ecological Footprint: Reducing Human Impact on the Earth,* Gabriola Island, B.C., New Society Publishers, 1996.

vinculadas a una nueva forma de entender los derechos y en particular los derechos económicos, sociales y culturales. El punto de encuentro entre derechos y capacidades es la realidad social de las necesidades humanas y desarrollo civilizatorio[93].

Dentro del conocido proceso de especificación o concreción (referente tanto al ámbito de los titulares como a su contenido) de los derechos fundamentales, se viene asistiendo al nacimiento de un conjunto complejo de "nuevos" derechos, vinculados a la cultura política y jurídica contemporánea y a los problemas generados por las sociedades complejas del capitalismo avanzado. Ello ha supuesto también una nueva dificultad de integración con el esquema tradicional de los derechos.

La cultura de los "nuevos" derechos (que se suman a los civiles y políticos y económicos y sociales preexistentes en su reconocimiento normativo y político jurídico) responde esencialmente: bien al valor reforzado de la solidaridad o fraternidad propio de la tradición democrática, o bien al valor de la seguridad jurídica, en ciertos casos conjuntamente con el de solidaridad (No sin cierta razón se ha puesto de manifiesto que estos nuevos derechos no deberían ser considerados en rigor como de la "tercera generación", sino más exactamente de la "cuarta generación", toda vez que sería necesario diferenciar las previas y sucesivas aportaciones liberal, democrática y socialista. La naturaleza y el significado de esta categoría de derechos resulta controvertida, dado sobre todo la indeterminación de sus titulares, de su contenido (prerrogativas a que dan lugar), su objeto y tutela jurídica. Un rasgo que destacar en esta categoría de derechos es su "plasticidad", que le permite traducir aspiraciones que siempre exceden los límites de su inscripción jurídica. Junto a ello es de realzar su *carácter heterogéneo* y su misma *diversificación interna*; no obedecen a su sistema prefijado sino a la expansión de las pretensiones y apetencias de colectividades y grupos y de los individuos en ellas "situados". Esa diversificación es el resultado de la expansión de las necesidades concretas y continuamente redefinidas de las colectividades humanas como "portadoras de derechos". La diversificación interna de los derechos humanos de la tercera generación se percibe en la misma enumeración de los que principalmente están incluidos en el catálogo en cuestión: el derecho al medio ambiente, el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad. Pero la diversificación y la heterogeneidad no pueden ensombrecer que tales derechos de la tercera generación pertenecen a la categoría de los derechos humanos. Estos derechos están vinculados a las exigencias inherentes de la dignidad humana y los principios, democrático y de solidaridad social. Por lo demás, los derechos humanos de la tercera generación traducen en el ámbito jurídico necesidades básicas del individuo y de los grupos sociales, y reflejan y materializan la garantía de "capacidades" de funcionamiento y oportunidades vitales de las personas.

También en estos "nuevos" derechos se puede apreciar la doble función atribuida a los derechos humanos: especificar y garantizar los derechos existentes, por un lado y, por otro, contribuir a establecer el horizonte emancipatorio a alcanzar.

Dentro del catálogo, dibujado con contornos difusos como es propio de estos derechos en formación evolutiva (pero superando -o tendiendo a superar- la fase de la "prepositivación" plena, pero como derechos que han superado ya la simple fase emergente, pues cuentan con una

[93] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: "Derecho humano al desarrollo" (Artículo 28 DUDH; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes), cit. Para un entendimiento de los derechos fundamentales que tenga en cuenta la interacción y complementariedad derechos-capacidades humanas, véase Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009; *Ibid., Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, incidiendo en las necesidades sociales como bases de los derechos sociales de la ciudadanía con referencia a Maslow y Agnes Heller; Añon, M.J.: *Necesidades y derechos,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 35 y ss., 259 y ss.

fundamentación jurídica relativa, aunque todavía insuficiente), cabe destacar tres fundamentales: los derechos relativos al medio ambiente y a la protección del entorno natural, el derecho al desarrollo y el derecho a la paz. Es fácil advertir que los dos primeros suponen en el fondo una nueva dimensión de la amplia categoría de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, mientras que el segundo pretende formular como "derecho" autónomo lo que puede tenerse igualmente como un presupuesto condicionante para el pleno ejercicio de todos los derechos fundamentales. Respecto al derecho al desarrollo se ha podido expresar en el plano internacional que es "un derecho humano inalienable del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él..." (Cfr. Art.1 de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 1986, sobre el derecho al desarrollo).

El derecho al desarrollo se corresponde con una exigencia propia del sistema internacional y de los sistemas nacionales y, significativamente, adquiere verdadero sentido en la relación específica existente entre países ricos ("desarrollados") y países pobres ("subdesarrollados", denominación objetivable que resulta preferible a la más ideológica de "en vías de desarrollo"). Sus fuentes principales se encuentran implícitamente en el art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuando se proclama que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos", y expresamente en la "Declaración sobre el derecho al desarrollo" (41/128, Asamblea General de las Naciones Unidas, 97ª. Sesión plenaria de 4 de diciembre de 1986), cuyo art. 1 dispone que "El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y al disfrute de él" (apartado 1). Por otra parte, "El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales". Su centro de gravedad gira sobre la persona humana ("La persona es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo"; art. 2.1), aunque incorporando es intrínseca y necesaria doble dimensión individual y colectiva ("El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humanos y todos los pueblos*…" [art. 1.1]; "Todos los *seres humanos tienen, individual y colectivamente*, la responsabilidad del desarrollo"; art. 2. 2). Es un derecho de titularidad compleja (dimensión individual y colectiva) y de estructura y contenido complejo (ya que integra las vertientes económicas, sociales, culturales y políticas necesarias para que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales).

Esa complejidad de la titularidad, estructura jurídica y contenidos debe enlazarse necesaria y comprensivamente con la interconexión funcional entre este derecho al desarrollo y el conjunto de los derechos humanos y el desarrollo efectivo de las capacidades de la persona. Este enfoque de complementación entre "derechos" y "capacidades" resulta especialmente adecuado para la "universalización" de la garantía efectiva de la dignidad humana en todos los ámbitos donde se desarrolla la personalidad del individuo. El enfoque de las capacidades (que complementa y otorga efectividad al enfoque de los derechos, utilizando el doble lenguaje de los "derechos" y de las "capacidades" de las personas) ha adquirido expresamente desde hace tiempo un papel nuclear en las políticas del Derecho encaminadas a otorgar efectividad al desarrollo humano[94]. Para este más novedoso enfoque

[94] Sen, A., *Desarrollo como libertad,* Ed. Planeta, Barcelona, 2000; Ibid., *Nueva economía del bienestar. Escritos seleccionados,* Universidad de Valencia, Valencia, 1995; Ibid., *Nuevo examen de la desigualdad,* Alianza Editorial,

el desarrollo humano no puede restringirse reductivamente a la dimensión del bienestar económico, sino que hay tomar en consideración las condiciones materiales que garanticen la dignidad humana y el despliegue de la libertad efectiva de las personas. Debe tomarse en consideración las principales capacidades centrales, como la salud, la integridad física, la justicia social, la educación, la libertad, posibilidad efectiva de control y participación sobre el propio entorno político y material, etcétera). El desarrollo implica una potenciación de las libertades y de las capacidades de las personas para garantizar una vida digna y plena. Para ello es necesario no sólo un desarrollo económico cualitativo, sino también avanzar en cuestiones relativas a la salud, la educación, la democracia y la protección del medio ambiente y la sostenibilidad del desarrollo humano haciéndolo compatible con cobertura de las necesidades fundamentales de las personas. De lo que se trata es de proyectar universalmente el enfoque de las capacidades, es decir, más allá de las fronteras nacionales readaptando el papel de las instituciones. El gran problema práctico es cómo *conciliar* la necesidad de incrementar el desarrollo económico cualitativo global y disminuir las desigualdades entre los países y regiones, sin comprometer, de manera irreversible, sus fundamentos naturales. Y en un *contexto de desgobierno mundial*, que hace que el objetivo de la sostenibilidad social, ambiental y económica se convierte en un objetivo muy difícil de alcanzar. La materialización de estos objetivos supone alcanzar un orden internacional más justo y una gobernanza efectiva de la sustentabilidad, la cual dependerá existencialmente de las instituciones internacionales y de las relaciones de equilibrio de poder y cooperación entre los grandes potenciales mundiales. Ello se impondría –si las grandes potencias del capitalismo globalizado actual fuesen mínimamente "razonables", lo cual está por ver, en términos de realismo político más allá de lo que sería deseable-, ante los grandes dilemas mundiales que constituyen el desafío nuclear, el cambio climático y la seguridad energética que conducirían a una cooperación global. Podría tratarse de minimizar los conflictos en el marco de una comunidad internacional que otorgue preferencia a los mecanismos de solución consensuada de los conflictos geopolíticos. Ello dependerá de los consensos que se adquieran en el seno de las Naciones Unidas y, en un plano realista, en el G-20. Un espacio de lo político realista podría plasmar los objetivos a perseguir en una perspectiva multilateral formalizada en la ONU o en los Acuerdos de Copenhague y en la próxima segunda Cumbre Mundial de 2025, encauzando un proceso de codesarrollo y sustentabilidad que se tornaría al tiempo en políticamente vinculante ("Objetivos de Desarrollo Sostenible"[95], primero, y después "Objetivos de Desarrollo del Milenio[96]). No obstante, en la época de transformaciones estructurales predomina una época de turbulencias y conflictos que afectan negativamente a la sustentabilidad, a la paz mundial y las relaciones de cooperación política para el codesarrollo. En la coyuntura actual se está poniendo en cuestión el precario orden internacional instaurado en la postguerra y no existe un acuerdo estable sobre el gobierno global, pues existen discrepancias de principio y de interés divergente sobre las reglas de juego institucionales que garanticen un gobierno global que sea aceptado por los gobiernos nacionales y las organizaciones internacionales. En todo caso, no ha de olvidarse que los derechos fundamentales son inherentes a la democracia constitucional, por un lado, y por otro, que progreso económico y social han de ir juntos, rechazando que un modelo de crecimiento que respeta los límites y la sostenibilidad.

Se trata de "producir, y habitar, un mundo moralmente decente, un mundo en el que todos los seres humanos tengan lo que necesitan para vivir una vida acorde con la dignidad humana. El enfoque de las necesidades es un enfoque orientado al resultado que aporta una descripción parcial de la justicia social básica. Indica que un mundo donde las personas poseen todas las capacidades de

Madrid, 1995; Ibid., *Bienestar, justicia y mercado,* Ed. Paidós, Barcelona, 1997; Ibid., *Sobre ética y economía,* Madrid, Alianza editorial, 1989; *La idea de la justicia,* Ed. Taurus/Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2010; Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007.

[95] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

[96] ONU: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/06/ONU-Agenda-2030.pdf

la lista es un mundo que cumple unas condiciones mínimas de justicia y decencia. Pero el enfoque de las capacidades está íntimamente asociado al enfoque de los derechos humanos. De hecho, constituye una especificación del enfoque de los derechos humanos[97]. Para ello es preciso, entre otras cosas, cultivar una "esfera pública global tenue, descentralizada, pero contundente", partiendo de que no es apropiado aspirar a un "Estado mundial" y basado en un conjunto de regulaciones mínimas a nivel internacional. En este sentido, las instituciones globales existentes, como la Organización Mundial de la Salud (OMS), la OIT, el Programa para el Desarrollo de la ONU, el UNICEF y la UNESCO, pueden desempeñar un valioso papel, pero no parece buena idea asumir que la estructura presente de dichas instituciones va a permanecer fijas durante mucho tiempo, porque cuando surgen nuevos problemas es habitual que nazcan nuevas instituciones para abordarlos y tratar de predisponer las soluciones correspondientes[98].

El derecho humano al desarrollo parece contribuir a la concreción de los valores de solidaridad e igualdad entre los pueblos, pero en el fondo, como se verá de inmediato, ese principio se proyecta también operativamente entre los individuos que forman parte de las comunidades regionales o nacionales. Desde esta perspectiva, se puede entender su íntima conexión con los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales gozan ya de una mayor individualización frente a la imperfecta identificación jurídica que presenta este derecho colectivo más "difuso". En efecto, si bien solo puede garantizarse eficazmente a través del diseño de un modelo de crecimiento y desarrollo cualitativo, en la práctica ello se ha de traducir también prácticamente en el reconocimiento a los individuos pertenecientes a las comunidades nacionales de un "haz" de derechos: derecho a una vida digna, educación, Seguridad Social, Sanidad, vivienda, etcétera. Es así que el énfasis prestado al primer nivel de abstracción general (implantación de un modelo de crecimiento sustentable) constituye en realidad un condicionante global (o, si se quiere, un presupuesto material) para la puesta en práctica de los más específicos derechos económicos, sociales y culturales. Esta constatación sería suficiente para poner de manifiesto la interdependencia existente entre *todos* los derechos humanos, es decir, su mutua correspondencia en el sistema institucional de derechos fundamentales (visión integradora de los derechos). Se afirma la "comunicabilidad" y el carácter indivisible entre todos los derechos humanos y la necesidad de superar el carácter "monográfico" y aislacionista de las Declaraciones o Proclamaciones y normas internacionales de derechos[99].

---

[97] Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 273 y ss.

[98] Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 315-316.

[99] En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009, Capítulo 4.4. ("La "comunicabilidad" entre todos los derechos humanos. La necesidad de superar el carácter "monográfico" y aislacionista de las Declaraciones o Proclamaciones de derechos"); y anteriormente, Monereo Pérez, J.L.: "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT),* números 56-57 (1992-1993). Se puede apreciar en el curso de la historia de cuatro generaciones de derechos humanos vinculado al desarrollo de las necesidades y capacidades humanas:

- Derechos civiles o de libertad clásicos (vida, seguridad, propiedad privada, religión, opinión, reunión, asociación, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo, etcétera).
- Derechos políticos (creación de partidos y movimientos políticos, democracia representativa, electorado activo y pasivo para todos los mayores de edad, hombres y mujeres, etcétera).
- Derechos económico-sociales (trabajo, igualdad de remuneración y vacaciones pagadas, previsión, asistencia, desarrollo de la actividad sindical, huelga, etcétera).
- Derechos de los pueblos y de las minorías (autodeterminación de los pueblos, paz, redistribución de los recursos naturales y de la conquista científica y, en parte, tecnológica, desarrollo sostenible, tutela del ambiente y del consumidor, integridad genética y lucha contra la manipulación biológica, etcétera).

La "proliferación" de los derechos (sobre todo de la cuarta generación) está estrechamente conexa a dos factores: a) su naturaleza intergeneracional (no dejar problemas insolubles a las generaciones futuras) y b) el creciente proceso de globalización, entendido en sus aspectos negativos (reducción de los espacios de autonomía decisoria de los

El desarrollo al desarrollo está, pues, intrínsecamente vinculado con el conjunto de los derechos humanos, dada la indivisibilidad, interdependencia y comunidad existente entre todos los derechos de la persona y de las colectividades o agregaciones sociales. Las colectividades (como es el caso los pueblos) se integran por individuos que desarrollan, despliegan, su personalidad también en esas formaciones sociales[100]. En cierta medida este derecho actúa como presupuesto, elemento de realización y autentificación del ejercicio del amplio conjunto de derechos humanos (y no sólo de los derechos sociales). El desarrollo humano al desarrollo implica una vinculación intrínseca entre derechos, necesidades y capacidades humanas[101], como se refleja en la Declaración sobre el derecho al desarrollo (Resolución de la Asamblea de 41/128, de 4 de diciembre de 1986), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo desde 1990, y otros instrumentos de las Naciones Unidas (como, señaladamente, los relativos a las personas mayores). La Declaración sobre el derecho al desarrollo de las Naciones Unidas establece que el derecho al desarrollo es "un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos tienen derecho a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales y a beneficiarse de este desarrollo" (art. 1). En esa dirección se encuentra también la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (que significativamente vincula de modo integrador el Derecho humano al desarrollo sostenible y el derecho al medio ambiente) y sobre todo la *Declaración del Milenio* (aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de septiembre de 2000, A/RES/55/2), la cual refleja el respeto a la naturaleza y el desarrollo sostenible (Se considera como uno de los "valores fundamentales" para el desarrollo de las relaciones internacionales "el respeto a la naturaleza", de manera que "es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible…"; apartado I.6; y la vinculación del desarrollo con la erradicación de la pobreza, apartado III). En dicha Declaración se reafirman los principios del desarrollo sostenible, incluidos los enunciados en el Programa 21, convenios en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo –Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992-).

El derecho humano al desarrollo –vinculado al derecho matriz a la existencia digna- es un derecho complejo en su estructura interna pero también en su titularidad mostrando la esencial unidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y colectivos. Así se deduce el art. 1.1 de la Declaración sobre el desarrollo, a cuyo tenor: "El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humano y todos los pueblos* están facultados para participar

Estados nacionales y la interdependencia existente entre todos los hombres: se piensa, por ejemplo, al daño universal causado en la capa de ozono) y positivos (y siempre más fuerte la convicción de que los derechos humanos sean universales y no solo patrimonio de occidente). De ahí la *textura abierta* de los Constituciones nacionales y de los Textos Internacionales en materia de derechos humanos, en la medida en que se es plenamente consciente (y la experiencia histórica lo confirma) de que el sistema de derechos *nunca estará plenamente clausurado o cerrado en la dinámica histórica de las civilizaciones humanas*.

[100] Gurvitch, G.: *La Déclaration des Droits Sociaux,* New York, Éditions de la Maison Française, 1944; 2ª edición, París, Librairie Philosophique J. Vrin, 1946; *Ibid., Elementos de sociología jurídica,* edición y est.prel., "Pluralismo jurídico y derecho social: la sociología del derecho de Gurvitch", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; *Ibid., La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", a cargo de J.L.Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. Sobre el pensamiento de Gurvitch, puede consultarse -*Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

[101] Nussbaum, M.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano,* trad. de A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2012; Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009, Capítulo 5 ("El enfoque de las "capacidades" como complemento del "enfoque de los derechos""); Monereo Atienza, C: *Desigualdades de género y capacidades humanas,* Granada, Comares, 2010.

en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él". De ese modo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo opta por una posición de equilibro, de síntesis, respecto a los sujetos del derecho al desarrollo, un equilibrio entre la faceta individual y la faceta colectiva de este derecho humano[102]. Se trata, pues de un derecho que desde la lógica de la indivisibilidad e interdependencia entre lo individual y lo colectivo en los derechos se configura como un derecho de doble dimensión colectiva e individual; un derecho que es instrumental, por lo demás, para el pleno ejercicio de todos los derechos humanos sin excepción.

Como ha sido advertido, en el mundo actual domina el afán de lucro y la preferencia por alcanzar los objetivos económicos. Sin embargo, el crecimiento económico, aun siendo un elemento relevante de una política pública, no constituye más que una parte de ella y un instrumento al servicio de esta. En un enfoque de los derechos, son las personas las que importan principalmente; los beneficios económicos deben considerarse tan sólo como medios instrumentales para las vidas humanas, que deberían ser sus fines. De este modo, la finalidad del desarrollo global (y nótese que hablamos aquí de una "Carta Global de Derechos Laborales") ha de consistir en hacer posible que las personas vivan vidas plenas y creativas, desarrollen su potencial y formen una existencia significativa acorde con la igualdad de dignidad humana de todos los individuos (igualdad de dignidad humana para todos). Es así, que la finalidad real del desarrollo debe ser el *desarrollo humano*; otros indicadores no reflejan esta prioridad en toda su plenitud, riqueza y variedad de matices, por lo que deviene incompletas y reductivas. Es un nuevo enfoque de la justicia social básica dentro de los Estados y entre ellos en las relaciones internacionales[103].

6. CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DERECHO HUMANO AL DESARROLLO

El Estado social ha sido unas de las instancias fundamentales para afrontar la cuestión social atenuando los riesgos de desconexión, de ruptura del vínculo social, de desafiliación que ello supone. Sus intervenciones (en lo jurídico a través del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social) ha venido constituyendo la forma principal de "gubernamentalidad" de las sociedades modernas, y en su forma máxima sostuvo la ambición de securizar el presente y a la vez garantizar el porvenir[104]. El Estado social nacional ha intervenido como instancia reductora de la inseguridad social y de mantenimiento de los equilibrios indispensables para el mantenimiento de la paz social. El Estado social garantiza un cierto ámbito de desmercantilización relativa del trabajo participando

[102] Gómez Isa, F., "Los objetivos de desarrollo del milenio", en Garrido Gómez, Mª. I. (editora), *El derecho humano al desarrollo,* Alianza Editorial, Madrid, 2013, p. 33; *Ibid., El derecho al desarrollo humano en el ámbito jurídico internacional,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

[103] Nussbaum, M.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano,* trad. de A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2012, especialmente, pp. 217-219, y 139 y ss.; *Ibid., Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades,* trad. Roberto Bernet, Barcelona, Herder, 2002; *Ibid., Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007.

[104] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, especialmente, Capítulo I (sobre la "significación y evolución del Estado del Bienestar"), pp. 19 y ss.; Capítulo II.3. (sobre el internacionalismo y constitucionalismo social), pp. 106 y ss., y Cuarta Parte ("La política social en las sociedades las sociedades de capitalismo avanzado: la doble presencia de la "vieja" y la "nueva" cuestión social"), pp. 223-239; *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, Capítulo I ("Los cambios en curso y la política social en la crisis del Estado Social de Derecho"), pp. 9 y ss., Capítulo II ("Las tendencias evolutivas en la larga duración: del Derecho Social del Trabajo Clásico (garantista) al Derecho Flexible del Trabajo"), pp. 29 y ss.; Capítulo III ("La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales"), pp. 137 y ss., y Capítulo IV ("Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una "Europa social" basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales"), pp. 213 y ss.

en la construcción de la ciudadanía social. De este modo, avanzado hacia la configuración de una modernidad organizada menos restringida, pero siempre en la tensión entre la racionalidad económica del capitalismo y la racionalidad social. Sin embargo, en la tercera modernidad o postmodernidad se transita de la propiedad social a la individualización social (la sociedad de individuos y del Derecho flexible).

Todo esto es cuestionado ahora con el surgimiento de la forma política de "Estado-mercado" nacional en el mundo globalizado, donde las organizaciones internacionales están en crisis y subordinadas en la praxis a las decisiones unilaterales de las grandes potencias. En este sentido, la dimensión internacional es el centro de mira también de la forma "Estado-mercado", no siendo independiente de esta fase de la mundialización. Este auge de la forma Estado mercado y, en particular, de los Estados mercado de las grandes potencias mundiales, contrasta con el declive de los organismos internacionales de la postguerra que derivan en esa nueva dialéctica amigo-enemigo. Todo proceso de civilización y de construcción de un nuevo orden mundial más democrático que plantee un equilibrio de poderes y una efectividad del derecho humano al desarrollo sostenible o sustentable de todos los países pasaría el fortalecimiento y reformulación de instancias como las Naciones Unidas, la OIT, OMS, etcétera. Ello exige articular un sistema de relaciones internacionales que cree las condiciones para una ruptura de las desigualdades entre países desarrollados y subdesarrollados, entre Norte y Sur, y países pobres y ricos, y que establezca un sistema de contrapesos democrático para impedir el ejercicio de la dominación política y económica a nivel global de las grandes potencias mundiales y de los grandes complejos formados por las empresas transnacionales.

So pretexto de las dificultades de adaptación de la forma política del Estado Social de Derecho al contexto de una economía abierta y global son, sin embargo, las grandes potencias mundiales y los organismos internacionales con posiciones liberalizadoras (FMI, BM, etc.) las que marcan la pauta a seguir y orientan interesada y selectivamente las políticas de desarrollo desde un prisma esencialmente economicista (crecimiento y acumulación rentable del capital) dejando en un segundo plano y subordinándolas a la racionalidad económica, las vertientes sociales, culturales y de efectividad de los derechos humanos en su conjunto. De este modo, los Estados más débiles en las relaciones de poder internacional (que son la inmensa mayoría) encuentran serios obstáculos para diseñar y aplicar efectivamente políticas públicas de derechos y capacidades que hagan realidad una concepción integral del derecho humano al desarrollo. Al mismo tiempo la Organización de las Naciones Unidas ve debilitado su poder de gobernabilidad para imponer (o influir autónomamente su instauración) políticas de fomento del desarrollo humano a escala internacional en el sentido de la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986). Resulta significativo como en esta materia predomina el "derecho blando" (*soft law*), de fuerza vinculante "débil" (de carácter organizativo y procedimental y con reenvío a la autorregulación de los poderes económicos, cuyo paradigma es la "nueva lex mercatoria" a la que paradójicamente da cobertura la nueva forma de "Estado-mercado"), frente al "derecho fuerte" o normativo propiamente dicho (*hard law*), que sin dejar de reconocer su importancia, tendrá que convenirse en que resulta insuficiente para construir un sistema de garantías eficiente del derecho humano al desarrollo como derecho universal que anuda a la vez dimensiones colectivas e individuales. Ese nuevo derecho flexible y debilitado en su fuerza jurídica con constantes reenvío a los proceso de autorregulación del mercado priva, a su vez, a la sistemas democráticos de su capacidad de control y les sitúa en una lógica de heterodirección privada/mercantil de las políticas de derecho públicas a nivel nacional e internacional, precisamente en coherencia con la lógica que impera en la forma de "Estado-mercado" o "Estado de competencia económica", esto es, un Estado al servicio permanente de la competitividad y rentabilidad de las grandes empresas y del capital financiero.

En este contexto, no tiene porqué producirse una contradicción entre la realidad existencial de "lo político" en diversas manifestaciones y esa nueva versión de la lucha por el Derecho que constituye la garantía efectiva de una "ciudadanía cosmopolita" base de la dotación de derechos de la persona como tal (con independencia de la nacionalidad). Pero se trata de una garantía efectiva que constituye un llamamiento para crear las condiciones materiales, políticas, sociales y culturales para el desarrollo de los derechos y de las capacidades humanas. Esto implica una reconceptualización crítica de la idea de progreso y de desarrollo humano[105]. Es necesario, entre otras cosas, "restablecer la verdadera razón de ser de la gestión económica, haciendo que el objetivo que presida la reconversión del actual metabolismo económico sea la mejora conjunta de la calidad de vida y de su ambiente, y no el mero aumento de ciertos agregados monetarios"[106]. Se trata, igualmente, de situar a la persona socialmente situada en la complejidad de unas interacciones con el medio y asumiendo la ética de la responsabilidad preocupada "por el bien común"[107].

Pero también el Derecho tiene un papel nuclear en la configuración de una nueva forma de concebir la justicia social global; una nueva construcción que deberá ir acompañada de una teoría crítica que especifique no sólo los derechos básicos de todos los seres humanos, sino también que identifique y garantice las capacidades de las personas a través de un "enfoque de las capacidades". A pesar de sus grandes aportaciones civilizatorias, la tradición político-jurídica del contrato social no puede resolver algunos de los problemas políticos más relevantes de nuestro tiempo, pues es preciso establecer los fundamentos de una concepción de la justicia más conforme con la fragilidad humana, con nuestra sociedad y con el lugar que los seres humanos ocupan en el mundo natural. Esto conduce a repensar el alcance de la justicia social más allá del Estado nacional, más allá de las fronteras nacionales en el contexto de un mundo globalizado[108]. En el mundo contemporáneo no es cierto que la cooperación entre los países se realice en términos equitativos en beneficio para todos. En este sentido es preciso conceder a todos los seres humanos las opciones existenciales de vida básicas. Ahora bien: en un mundo de realidades políticas y socioeconómicas, ello implica que la teoría clásica del contrato social, incluso en su versión moral kantiana, no es suficiente para construir una forma inclusiva de cooperación social que garantice el respeto por igual a todos las personas.

En esa lógica todos y cada uno de los seres humanos deben habitar, y producir, en un mundo moralmente decente, un mundo en el que todos los seres humanos tengan lo que necesitan para poder vivir una vida conforme con la dignidad humana. Y precisamente el enfoque de las capacidades es un enfoque que se orienta al resultado que aporta una descripción parcial de la justicia social, pues indica que en un mundo donde las personas poseen todas las capacidades necesarias es un mundo que cumple unas condiciones mínimas de justicia y decencia. Para ello una de las finalidades de la cooperación social es instaurar principios e instituciones que garanticen efectivamente que todos los seres humanos ostentan las capacidades imprescindibles, o pueden reclamarlas de forma efectiva si no es así. De ahí la importancia de su conexión con el diseño del marco institucional y constitucional, que ha de establecer las bases del orden político y social, las garantías de los derechos y capacidades humanas fundamentales. Por tanto, el enfoque de las capacidades parte de los derechos humanos

[105] Sen, A.: *Desarrollo como libertad,* Barcelona, Barcelona, Planeta, 2000; *Ibid., Nueva economía del bienestar. Escritos seleccionados,* Valencia, Universidad de Valencia, 1995; *Ibid., Nuevo examen de la desigualdad,* Alianza Editorial, Madrid, 1995; *Ibid., Bienestar, justicia y mercado,* Barcelona, Paidós, 1997; *Ibid., Sobre ética y economía,* Madrid, Alianza editorial, 1989; *Ibid., La idea de la justicia,* Madrid, Taurus/Santillana Ediciones Generales, 2010.

[106] Naredo, J.M., *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas,* Madrid, Siglo XXI, 2010, p. 244.

[107] Ost, F., *Naturaleza y Derecho: para un debate ecológico en profundidad,* Madrid, Mensajero, 1997.

[108] Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007, capítulo V ("Las capacidades más allá de las fronteras nacionales"), pp. 273 ss. Nussbaum hace referencia a los fundamentos de su teoría: "Mi enfoque toma una vía aristotélica/marxista y se pregunta por los requisitos de una vida que quepa considerar plenamente humana, una vida acorde con la dignidad del ser humano"; *Ibid.,* p.277.

básicos, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, para llevar a cabo una distribución justa mediante la identificación de los bienes primarios que todos los seres humanos necesitan para desplegar sus proyectos vida y opciones vitales. Es necesario combinar la tradición de los derechos con la perspectiva de las capacidades humanas y se pueden generalizar realmente (universalizar), pues así se le dota de materialidad, se materializan los mismos derechos humanos y necesidades de las personas. No existe una relación de sustituibilidad, sino de integración y combinación entre capacidades y derechos: el enfoque de las capacidades va estrechamente asociado al enfoque de los derechos humanos, y en cierto modo el enfoque de las capacidades constituye una especificación, precisión y complementación del enfoque de los derechos humanos[109]. Pero, además, la integración entre ambos enfoques hace más visible la unidad, interdependencia y comunicabilidad de todos los derechos fundamentales de las distintas generaciones de derechos, pues, entre otras cosas, no sólo las capacidades humanas, sino tampoco los derechos de libertad y de participación democrática pueden ser verdaderamente efectivos sino se garantizan los derechos sociales fundamentales (en su acepción amplia como derechos económicos, sociales y culturales) de la llamada "segunda generación", como tampoco los derechos al desarrollo y a la paz (que suelen incluirse dentro de los de la "tercera generación" de derechos).

En esa idea integradora entre los dos enfoques, y teniendo en cuenta que el enfoque de las capacidades está estrechamente ligado a una teoría de la justicia social, no sólo se trata de garantizar una lista mínima de capacidades básicas, sino también, en términos generales, *un umbral o zócalo mínimo que la comunidad mundial debería tratar de alcanzar en cada momento histórico.* Lo textos relativo a los derechos humanos deben integrarse también con las garantías sociales relativas a las capacidades de las personas a nivel internacional, pues todos los seres humanos tienen que disponer de derechos y garantías de las capacidades necesarias para el desarrollo de una vida digna. Aunque la medida es radicalmente insuficiente, un embrión de este enfoque integrador se localiza en los "Informes sobre desarrollo humano del Programa de Desarrollo de Naciones Unidas"[110]. Las políticas públicas *de promoción activa* de los derechos y capacidades de las personas en la sociedad internacional pueden hacer realidad las Declaraciones y Cartas de Derechos proclamadas a ese nivel (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales, etcétera). No se trata de incurrir en la visión ingenua de un unilateral "globalismo jurídico", sin precisamente lo contrario: la garantía política y jurídica efectiva desde las instituciones internacionales en colaboración con todos los países de los derechos y capacidades básicas de las personas; y haciéndolo atendiendo al hecho sustancialmente relevante de la diversidad y el pluralismo que impera (y ha de imperar en el futuro) de culturas políticas y jurídicas nacionales, lo que excluye la realización plena del objetivo utópico de creación de una suerte "Estado mundial" que neutralizaría "lo político" a modo de un síntesis simplista de los problemas y conflictos subyacentes a través de un "consenso racional" deliberativo. Alcanzar un consenso nunca será fácil, pero es el campo de la política que parte no de un consenso natural o preexistente de algún modo, sino de un acuerdo político y dinámica (y por tanto sujeto a evolución histórico-crítica) sobre qué

[109] Véase Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007, p. 283. Señala, por otra parte, que el enfoque de las capacidades sostiene que los derechos humanos relevantes son "prepolíticos", no meras creaciones de las leyes y las instituciones, de manera que un país que no haya reconocido estos derechos es en esta misma medida injusto. La mayoría de los enfoques de derechos humanos actuales también sostienen esta idea, pero una tradición positivista importante dentro de la reflexión sobre los derechos discrepa, y sostiene que los derechos son creaciones políticas y jurídicas. Una vez más, entonces, el enfoque de las capacidades es una especificación del enfoque de los derechos que aporta respuestas claras para algunas preguntas urgentes (*Ibid.,* p. 284).

[110] Véase NACIONES UNIDAS: *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2011,* Nueva York, Naciones Unidas, 2001 (documento electrónico: http:/un.org/es/común/docs/?path=/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_2011_Report_SP.pd.

derechos y capacidades deberán de ser consideradas como básicas, y sobre qué tipo de instrumentos institucionales y jurídicos deberán ser arbitrados.

La idea del desarrollo cualitativo (que está en la base de la juridificación del derecho humano al desarrollo) puede ser útil para realizar la política del Derecho determinante de un sistema de gobierno encaminado a hacerlo valer. Al margen de su practicabilidad, la creación de un "Estado mundial" resulta problemática y peligrosa: por las dificultades de llevarlo a cabo dada su complejidad intrínseca, por las dificultades de controlarlo democráticamente (y el consiguiente riesgo de autoritarismo); por el peligro que entraña, pues si el "Estado mundial" realizara prácticas injustas, no podría ser neutralizado fácilmente desde las instancias inferiores, y tampoco parece fácil una rebelión actuada desde dentro. Pero está el hecho histórico de que los peores tiranos de los tiempos modernos no han sido derrocados sino por presiones externas. Además, está por ver que sea deseable acabar o socavar seriamente las soberanías nacionales, que han sido elementos no sólo de organización del poder sino también de identidad ciudadana, de atribución y garantía de derechos y de diferenciación legítima. Por ello mismo, la soberanía nacional, en términos generales, debe ser respetada en el marco de los límites de garantía de la paz mundial y de los derechos y capacidades humanas. Pero presupone, desde luego, un replanteamiento radical del orden internacional actual y un fortalecimiento de las instituciones internacionales (Organización de las Naciones Unidas y sus políticas y programas de desarrollo y garantías sociales, Organización Internacional del Trabajo, Organizacional de la Salud, UNESCO, etcétera) o la creación de otras nuevas, y una redefinición de las estructuras del orden económico y jurídico internacional para reorientarlas hacia un desarrollo económico (que debe ser ecológicamente sostenible) y social más justo -partiendo del concepto de desarrollo como garantía de libertad y remoción de los obstáculos para la supresión de las situaciones de desigualdad y desventaja social-, esto es, encaminado a alcanzar cada vez mayores niveles de "justicia social" y de igualdad de oportunidades para todas las personas y para todos los países. Pero esto no se implantará sin articular un proceso de lucha colectiva por la implantación de un nuevo orden internacional. Para ello es suficiente reparar en la realidad actual de una globalización neoliberal que se sustenta en políticas públicas y en la autorregulación privada de las fuerzas económica, pero que llegado el caso se recurre a la violencia y a esa forma extrema de la enemistad que es la guerra. Es la lógica también de la ideología del neoliberalismo (que desde el postulado del individualismo propietario reformulado parte de la premisa de la legitimidad de las desigualdades como elemento consustancial al libre mercado global y del desmantelamiento de las garantías sociales y la consiguiente remercantilización de los derechos sociales) y de la lógica de acción de la nueva forma "Estado-mercado" al servicio de la competitividad de la economía y de la rentabilidad de las grandes empresas (Puede consultarse el brillante libro de HARVEY, D., 2007; JESSOP, R., 2008.). La nueva forma de "Estado-mercado" es un Estado fuerte que hace emerger poderes soberanos dentro y fuera de sus fronteras territoriales. En el "Estado-mercado" solo cabe una democracia limitada, incompleta o incluso desnaturalizada por la falta de mecanismos de influencia y control efectivo de las decisiones políticas por parte no sólo de los ciudadanos sino también de las instituciones clásicas de la democracia liberal. Por ello mismo, el "Estado-mercado" es un Estado no sólo "post-social", sino también tendencialmente de marcada orientación "postliberal". De ahí se sigue también los límites del reformismo y de las políticas del socialismo democrático. En el "Estado-mercado" el orden económico es reflejo de un "nomos" cuyas bases constitutivas no pueden ser discutidas, de manera que sólo tienen cabida de las opciones políticas que fomentan los intereses ligados tras las palabras mágicas de la "competitividad"," rentabilidad" y "flexibilidad" de la economía de mercado.

Esto es particularmente importante en el momento presente donde no sólo se plantean problemas de alternativas al orden preexistente, sino la imposición de mutaciones constitucionales a través de prácticas y acciones legitimas desde los poderes soberanos constituidos.

Pero, además, en el mundo contemporáneo el poder político no es el único poder[111], existe otros podes económicos e ideológicos donde puede reclamarse el derecho a resistir frente los mismos. Las tres formas de poder -poder político, económico e ideológico- compiten entre sí. Pero también en estas interconexiones de poder existe asimetría y estructura a dominante, pues en la forma "Estado-mercado" la confluencia entre el poder político, el económico y el ideológico es más intensa. Se afirma que actualmente "la estrecha alianza entre el poder económico y el poder ideológico, su imbricación y confusión que los convierte en poderes fuera de y sobre la ley, es decir, en poderes asilvestrados, parece estar transformando la jerarquía de los poderes en el seno de las sociedades modernas. El Estado ha pasado de ser el garante del orden constitucional, como debía ser en todas las situaciones, para convertirse en muchos casos en un instrumento del poder económico, sometido mediante las acciones de *lobbying* de las grandes empresas. Cuando esto sucede, los medios más influyentes se ocupan de difundir las lecturas más complacientes de los eventos y, en particular, de los conflictos sociales más radicales. Existen numerosas manifestaciones que muestran esta subordinación fáctica del poder político al poder económico-ideológico e ilustran ese paulatino *vaciamiento* de los principios constitucionales por esta confusión o imbricación. Esto fortalece las razones de la resistencia a la opresión, tanto dentro de los Estados democráticos como en el ámbito internacional. El poder político, aunque continúa siendo formalmente el que ostenta el monopolio legítimo de la fuerza y por el poder supremo sobre los individuos *ha quedado reducido a ser un mero instrumento capaz de realizar acciones vinculadas al llamado orden público*, el gendarme interno e internacional, mientras que las decisiones políticas realmente estratégicas en todos los niveles se toman en otras instancias de poder. En la sociedad contemporánea se percibe fácilmente cómo el poder económico dominante se encuentra por encima de la decisión política de las instituciones de gobierno[112]. Sin embargo, toda esta argumentación podría incurrir en una cierta simplificación sino se advierte que la relación entre el poder político institucional y el poder económico no se hace a través de una simple instrumentación de aquél por éste, sino en una interconexión entre los dos, donde el Estado presenta sus propias credenciales decisorias en confluencia con los poderes económicos dominantes. Donde la resistencia constitucional se enfrenta al hecho de las constituciones incumplidas o ignoradas (cuando no a las mutaciones fácticas de los textos constitucionales), y donde las democracias contemporáneas tienden a conformarse como sistemas políticos autocráticos de carácter electivo y subordinadas a la lógica de la construcción de la sociedad del mercado hasta el punto de orientarse como una sociedad "para" el mercado[113].

Una resistencia constitucional a ese dominio y colonización del poder público por los poderes privados implica estructurar un posible modelo de organización económica alternativa. No sería suficiente "resistir al absolutismo propietario", siendo necesario anteponer un modelo de organización que dé una alternativa al modelo económico de un capitalismo desenfrenado y difícilmente sostenible, sea en términos de un desarrollo entendido como progreso de civilización (Amartya SEN, hace referencia, como se indicó, al desarrollo como libertad y crecimiento ecológicamente sostenible o sustentable), sea como un desarrollo que cuestione en sí la idea o concepto de crecimiento (por ejemplo, la propuesta radical de límites orientados al "decrecimiento" de S. Latouche y otros). Se puede proponer en este sentido la necesidad de construir un constitucionalismo del poder económico y del ideológico, y una economía solidaria y participativa desde abajo. Ello conlleva propuestas que presentan como común denominador el restablecimiento de la preferencia axiológica de los derechos humanos sobre los estrictos derechos meramente patrimoniales, los cuales podrían ser la base para

[111] Bobbio, N.: "La resistencia a la opresión hoy", en BOBBIO, N.: *Teoría general de la política,* Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009.

[112] Vitale, E.: *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional,* trad. Pedro Salazar y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012, pp. 79-88. Para el autor, el poder económico no solo ha conquistado la primacía, sino que su supremacía se expresa devorando a los otros dos, privándolos de autonomía y derruyendo sus murallas.

[113] Este riesgo ya había sido intuido por Polanyi, K., *La Gran Transformación. Crítica del Liberalismo Económico,* Madrid, La Piqueta, 1989.

elaborar un programa de resistencia constitucional al poder absoluto y salvaje de los grandes grupos de presión económicos y mediáticos cuya finalidad fuera reconducir a estos últimos al sistema de límites propio del constitucionalismo democrático-social, tanto de derecho público como de derecho privado (VITALE, E., 2012, 101). La lucha contra los poderes económicos tendría que articularse no sólo con el establecimiento de normas constitucionales dirigidas a regular y controlar el mercado y la información y la garantía de los derechos fundamentales de las personas; no es suficiente mejorar la calidad de la democracia constitucional y el nivel de la legalidad constitucional, sino que es preciso adicionalmente diseñar un modelo de vida colectiva diferente que haga posible una resistencia eficiente a la sociedad de mercado redefiniéndola, y comenzando por cuestionar la idea de progreso y crecimiento autodestructivo, pues en la coyuntura actual estamos más allá de los límites del crecimiento sostenible[114]. De lo que se trata es de poner utilizar "el freno de emergencia" en el sentido del actuar político-ecológico que defendiera Walter Benjamin. De ahí que la misión del pensamiento crítico "es la de pasar por la historia el cepillo a contrapelo", comenzando por afirmar que la crítica de la idea del proceso de la historia "debe construir la base de la crítica de la idea del progreso como tal"[115]. Es "la conciencia de hacer saltar el *continuum* de la historia" (Tesis XV y XVI, 44). Es manifiesto que Benjamin no se oponía a lo que podría llamarse "progreso social" entendido, como lo hacía su admirado Sorel, como concepto diferenciado respecto de la razón económica, vinculado a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de las clases subordinadas. Según Sorel, la revolución tiene que otorgar la máxima prioridad al "progreso social" frente al simple "progreso económico" destructivo del capitalismo. Pero, aun así, Benjamin rechazaría utilizar este término por esa contaminación y función histórica legitimadora que él imputa a la ideología del progreso que encuentra su raíz en la era de la Ilustración. Para él era necesario cuestionar el propio modelo de organización económica del capitalismo en sus bases constitutivas de la producción, el consumo y división internacional del poder. Un nuevo modelo de organización económica que trataría de superar la idea de desarrollo meramente cuantitativo basado en el crecimiento económico irresponsable por un alternativo desarrollo cualitativo ecológicamente sostenible y respetuoso con el respeto al medio ambiente[116].

Esto implica una redefinición del proyecto de la Modernidad y, con ella, de la debilitada razón ilustrada y ya no sólo –aunque también- formas de resistencia constitucional al poder económico y a fuerza de hacer penetrar su lógica en los demás poderes de una sociedad no sólo de mercado, sino también para el mercado, sino más principalmente definir un nuevo proyecto de sociedad que anteponga los valores y derechos fundamentales a los valores y lógicas del mercado bajo formas capitalistas de organización de la sociedad. Si bien se mira esto supone intrínseca y necesariamente la apertura hacia un nuevo proceso constituyente, que aboca a un constitucionalismo de los derechos y de los poderes democráticos que someta a la constitución económica a la lógica de estos. En este sentido la tradición del constitucionalismo democrático-social debería enriquecerse de un tipo de sociedad más activa basada en formas de ciudadanía no sólo asentada en los derechos, sino también en

[114] Desde esa perspectiva la idea de desarrollo sostenible podría ser un puro oxímoron. Cfr. Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia,* trad. Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, Ed. Trotta, 2011; Vitale, E., *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional,* trad. Pedro Salazar y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Ed. Trotta, Madrid, 2012, pp. 102 ss., con asunción matizada del análisis de S. Latouche. Según Vitale, la resistencia constitucional al poder económico e ideológico podría hallarse en la intersección entre la exigencia de un constitucionalismo de derecho privado, que ponga límites a los poderes salvajes, y al esfuerzo constructivo de un modelo de sociedad capaz de redimensionar la economía de mercado precisamente a partir del redimensionamiento de las falsas necesidades que la han vuelto invasora y omnívora (*Ibid.,* p. 106).

[115] Benjamin, B., "Tesis de filosofía de la historia", en Benjamin, B.: *Angelus novus,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2012, Tesis, VII, 40, y XIII, 43.

[116] Sorel, G., *La ilusión del progreso (Estudios sobre el Porvenir Social),* edición y estudio preliminar, "El pensamiento sociopolítico de George Sorel", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2011.

los poderes colectivos. De este modo, se asume que los poderes constituidos no suspenden la vigencia de los poderes constituyentes de un pueblo plural de ciudadanos activos y con recursos auténticos de poder.

Pero tampoco se puede desconocer la necesidad de tomarse en serio el principio de responsabilidad frente a la civilización tecnológica que, bajo una lógica instrumental de un progreso infinito, pretendidamente ilimitado, puede conducir a la destrucción, siendo necesario establecer frenos de emergencia[117]. De ahí que se puede afirmar que la promesa de la técnica moderna se ha convertido en una amenaza, o que la amenaza ha quedado indisolublemente asociada a la promesa. Frente a la ideología del progreso tecnológico -típica desde la Modernidad de los orígenes-, más allá de sus consecuencias negativas en el plano ecológico y antropológico "el principio de responsabilidad contrapone una tarea más modesta, decretada por el temor y respeto: preservar la permanente ambigüedad de la libertad del hombre, que ningún cambio de circunstancias puede jamás abolir, preservar la integridad de su mundo y de su esencia frente a los abusos de su poder"[118].

7. BIBLIOGRAFÍA

AEMA (Agencia Europea de Medio Ambiente), *Lecciones tardías a partir de alertas tempranas: el principio de precaución 1896-2000,* Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2003.

Acot, P., *Historia de la ecología,* Ed. Taurus, Madrid, 1990.

Aguado Renedo, C., "La difícil concepción del medio ambiente como derecho constitucional en el ordenamiento español", en *Revista de Derecho Político,* núm.54 (2002).

Agudo González, J., *El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental*, Montecorvo, Madrid, 2007.

Aguilar, L.A., *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial,* ITESO-Universidad Iberoamericana, Puebla, 1999.

Aguilera Vaqués, M., *El desarrollo sostenible y la Constitución Española,* Atelier, Barcelona, 2000.

Albert, M., *Parecom. Vida después del capitalismo,* Ed. Akal, Madrid, 2005.

Alonso García, E., *El marco constitucional de la política comunitaria de medio ambiente, aplicación de la legislación ambiental comunitaria,* Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1993.

Altvater, E., *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2012.

– *El precio del bienestar. Expolio del medio ambiente y nuevo (des)orden mundial,* Edicions Alfons El Magnànim, Valencia, 1994.

Amin, S., *La acumulación a escala mundial. Crítica de la teoría del subdesarrollo,* Ed. Siglo XXI editores, México, D.F., Buenos Aires, Madrid, 1974.

[117] Benjamin, B., "Tesis de filosofía de la historia", en Benjamin, B.: *Angelus novus,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2012. Puede consultarse, asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "Crisis de la modernidad y cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* Nº 144, 2009, pp. 793-862.

[118] Jonas, H.: *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 2014, Prólogo, pp. 15 y 17. Igualmente, LATOUCHE, S., *Límites,* Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2014, especialmente, pp. 59 y ss., y 81 y ss., el cual el énfasis en la búsqueda indefinida del crecimiento.

– *El hegemonismo de Estados unidos y el desvanecimiento del proyecto europeo,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2001.

Anders, G.: *La obsolescencia del hombre* (1956)*,* 2 volúmenes, Valencia, Pre-textos, 2011.

Ángulo Sánchez, N., *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del Mercado. Concepto, contenido, objetivos y sujetos,* Ed. IEPALA, Madrid, 2005.

Añón, M.J.: *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Asís Roig, R.DE., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder,* Madrid, Ed. Dykinson, 2000.

Beck, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad,* Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

– "Teoría de la sociedad del riesgo", en GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N. y BECK, U., *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo,* Barcelona, Ed. Anthropos, 1996.

– *La sociedad del riesgo global,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002.

Bell, D., *El Advenimiento de la Sociedad Post Industrial,* Alianza, Madrid, 1976.

– *Bienestar, justicia y mercado,* Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

Belshaw, C., *Filosofía del medio ambiente. Razón, naturaleza y preocupaciones humanas,* Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Benjamin, B., *Angelus novus,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2012.

– "Tesis de filosofía de la historia", en BENJAMIN, B., *Angelus novus,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2012.

– *El capitalismo como religión (1921),* en *Angelus novus,* edición y estudio preliminar "La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso" (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2012.

Bermejo, R., «El paradigma dominante como obstáculo para la sostenibilidad. La transformación epistemológica y paradigmática de la economía sostenible», Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía, 64 (2007), 36-71.

Bloch, E., *Derecho Natural y dignidad humana,* trad. Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980.

Bussjäger, P., *Die Naturschutzkompetenzen der Länder,* Wilhelm Braumüller, Viena, 1995.

Caballero, F., "Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo", en *Noticias de la Unión Europea,* núm.190 (2000).

Canosa Usera, R., *Constitución y medio ambiente,* Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Cañón de Francia, J., "Instrumentos de regulación para la protección del medio ambiente: implantación de las últimas directivas europeas en España", *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales,* núm. 67 (2006) (Ejemplar dedicado a: "Derecho, Empresa y Medioambiente").

Cerski Lavratti, P., *El derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico,* Publicacions URV, Tarragona, 2010.

COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO: *Nuestro futuro común,* Informe Brundtland, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

Commoner, B., *Ciencia y supervivencia,* Plaza y Janés, Esplugues de Llobregat, 1975.

Deleage, J.P., *Historia de la ecología: una ciencia del hombre y de la naturaleza,* Ed. Icaria, Barcelona, 1993.

Fernández López, A., *La garantía internacional de los derechos sociales,* Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.

Fontana I Puig, A., *El derecho fundamental al medio ambiente y las políticas medioambientales en la Constitución para Europa,* Ed. tirant lo blach, Valencia, 2004.

García, E., *Medio ambiente y sociedad. La civilización industrial y los límites del planeta,* Alianza, Madrid, 2004.

Casado, Mª.y Buxó, Mª.J. (Coords.).: *Riesgo y precaución. Pasos hacia una bioética medioambiental,* Eds. Residencia d' investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005.

Chang, H-J, Ha-Joon, I. G., *Reivindicar el desarrollo*, Intermón/Oxfam, Madrid, 2006.

– *¿Qué fue del buen samaritano? Naciones ricas, políticas pobres*, Intermón/Oxfam, Madrid, 2008.

– "La relación entre las instituciones y el desarrollo económico. Problemas teóricos claves", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, núm. 14, Universidad del Externado, Bogotá, 2006, pp. 125-136.

– *Retirar la escalera: la estrategia del desarrollo en perspectiva histórica*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2004.

Chang, H-J., y Peter, E., "El papel de las instituciones en el cambio económico", en Evans, Peter, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Ilsa, Bogotá, 2007, pp. 217-273.

Cavas Martínez, F., "Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales", en *Aranzadi Social,* núm.18 (2006).

Courtis, CH., *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares,* num. 42, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2007.

CENTRO DE INVESTIGACIONES ENERGÉTICAS, MEDIOAMBIENTALES Y TECNOLÓGICAS: *El principio de precaución. Aspectos jurídicos y sociales,* Madrid, CIEMAT, 2003.

COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO (CMMAD), *Nuestro futuro común (Informe Brundtland)*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

De Asís Roig, R., "Los derechos humanos en el contexto de la desigualdad", en GARRIDO GÓMEZ, Mª. I. (editora), *El derecho humano al desarrollo,* Madrid, Alianza Editorial, 2013.

De Lucas, J.: "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 Aniversario de la Declaración del 48)", en *Jueces para la Democracia,* núm. 32 (1998).

– "Las globalizaciones y los derechos", en *Enrahonar,* núm. 40-41 (2008).

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Industrial Relations and the Environment: the countries under the microscope*. Vol. II., Dublin, 1992.

Faria, J.E., *El Derecho en la economía globalizada,* Ed. Trotta, Madrid, 2001.

Fernández Ramos, S., *El Derecho de acceso a la información medioambiental.* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia,* trad. Perfecto Andrés Ibañez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 2011.

– *Derechos y garantías. La ley del más débil,* trad. de P. A. Ibañez y A. Creppi, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

– "La crisis de la democracia en la era de la globalización", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 39 (2005).

Fontella Montes, E. y Guzmán Cuevas, J. (Coords.)., *Economía ética y bienestar social,* Ed. Pirámide (Grupo Anaya), Madrid, 2003.

Fracchia, F., *Lo sviluppo sostenible. La voce flebile dell' altro tra protezione dell' ambiente e tutela della specie umana,* Ed. Scientifica, Napoli, 2010.

– "El estatuto mínimo del derecho de la sostenibilidad en la era de la globalización", en VV.AA., *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente,* Pérez Alonso, E., Arana García, E., Mercado Pacheco, P. y Serrano Moreno, J.L. (Editores), Ed. tirant lo blach, Valencia, 2012.

Gallizo, J.L.-Calvo, J.A., *Responsabilidad social e información medioambiental de la empresa*. Asociación española de contabilidad y administración de empresas, AECA, 2006.

García, E.: *Medio ambiente y sociedad La civilización industrial y los límites del planeta,* Madrid, Alianza, 2004.

García De Enterría, E., "La Constitución como norma jurídica", en *La Constitución Española de 1978,* Madrid, Civitas, 1980.

García-Marzá, D., Ética empresarial. Del diálogo a la confianza, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

Garrido Gómez, Mª. I. (editora), *El derecho humano al desarrollo,* Alianza Editorial, Madrid, 2013.

Garzón Valdés, E., "Representación y democracia", en *Derecho, ética y política,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

George, H., *Progreso y Miseria,* edición y estudio preliminar, "Economía política de la desigualdad: *progreso y miseria en Henri George",* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

Gómez Isa, F., "Los objetivos de desarrollo del milenio", en Garrido Gómez, Mª. I. (editora), *El derecho humano al desarrollo,* Alianza Editorial, Madrid, 2013.

– *El derecho al desarrollo humano en el ámbito jurídico internacional,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

González Vaqué, L., Ehring, L.y Jacquet, C.: "Le príncipe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santè", en *Revue du Marché Unique Européen,* núm.1 (1999), págs.88 y sigs.

González Vaqué, L., "El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental,* núm.7 (2005).

Gorz, A., *Capitalismo, socialismo y ecología,* HOAC, Madrid, 1995.

– «L'écologie, une éthique de la libération», EcoRev'. Revue Critique d'Écologie Politique, 21 (otoño-invierno 2005-2006) (2006).

– «Le travail dans la sortie du capitalisme», EcoRev'. Revue Critique d'Écologie Politique, 28 (otoño-invierno 2007-2008) (2008). Disponible en castellano en <http://www.ecopolitica.org/>.

Hall, P., *El gobierno de la economía,* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

Harvey, D., *El nuevo imperialismo,* Ed. Akal, Madrid, 2007.

– *Espacios del capital. Hacia una geografía crítica,* Ed. Akal, Madrid, 2007.

– *Breve historia del neoliberalismo,* Barcelona, Ed. Akal, Madrid, 2007.

– *El enigma del capital y la crisis del capitalismo,* Ed. Akal, Madrid, 2012.

Hayek, F.A: *The Sensory Order,* University of Chicago Press, Chicago, 1952.

Herrero De La Fuente, A.A., "El Derecho a la protección del medio ambiente y el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en VV.AA., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar,* Herrero De La Fuente, A. A. (Coord.), Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003.

Hildebrandt, E.; Schmidt, E. & Le Blansch, K.: "Red Europea sobre Relaciones Laborales y Medio Ambiente", en AA.VV. (La Roca, F.; Lerma I. & García, E., eds.): *Participación de los trabajadores y trabajadoras en la gestión medioambiental de las empresas,* Arcadia, Valencia, 1997.

Hupet, P. (Ed.)., *Risque et systèmes complexes. Les enjeux de la communication,* Bruselas, P.I.E.-Peter Lang, 2001.

Ignatieff, M., *Los derechos humanos como política e idolatría,* Ed. Paidós, Barcelona, 2003.

INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, AMBIENTE Y SALUD (ISTAS ® http://www.istas.ccoo.es). Ha elaborado diversos Informe y Estudios sobre las materias del medioambiente y protección de la salud.

– *I Programa de Medio Ambiente de la Unión Europea. Año 1973.*

– *VII Programa Ambiental de la Unión Europea. Año 2013-2020.*

Jellinek, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* edición y estudio preliminar, "Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

Jessop, R., *El futuro del Estado capitalista,* Ed. Catarata, Madrid, 2008.

Jimenez Herrero, L. M., y Leiva, A., *Informe de empleo verde en una economía sostenible,* Observatorio de la Sostenibilidad en España y la Fundación Biodiversidad, Madrid, 2010 (disponible en Internet).

Joas, H.: *La sacralidad de la persona. Una nueva genealogía de los derechos humanos* (2011), Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones/Universidad Nacional de Gral. San Martín (UNSAM Edita), 2015.

Jonas, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica,* introducción y trad. de Andrés Sánchez Pascual, Editorial Herder, Barcelona, 1995.

– *El principio vida. Hacia una biología filosófica,* Ed. Trotta, Madrid, 2000.

Jordá Capitán, E., *El derecho a un medio ambiente adecuado,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

Jordano Fraga, J., "El derecho ambiental del siglo XXI", en *Revista de Derecho Ambiental (Aranzadi),* núm.1 (2002).

– *La protección del derecho a u n medio ambiente adecuado,* Barcelona, Bosch, 1995.

Juste Ruiz, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente,* Madrid, McGraw-Hill, 1999.

Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2002.

– *La paz por medio del derecho* (1944), Introducción de M. La Torre y C. García Pascual, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

– *Principios de Derecho Internacional Público,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2013.

La Roca, F., Lerma, I. y García, E. (Eds.), *Participación de los trabajadores y trabajadoras en la gestión medioambiental de las empresas,* Valencia, Arcadia, 1997.

Latouche, S., *Límites,* Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2014.

Leff, E., *Ecología y capital. Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable,* Siglo XXI, México, 1994.

Lema Añon, C., "Sobre generaciones presentes, pasadas y futuras. Entre la responsabilidad y la reciprocidad", en Campoy, I., Rey Pérez, J.L., y Rodríguez Palop, M.E., *Desafíos actuales a los derechos humanos: medio ambiente, generaciones futuras y animales,* Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

Lipietz, A., *Elegir la audacia. Una alternativa para el siglo XXI,* Ed. Trotta, Madrid, 1997.

López Escudero, M., "Art. 37. Protección del medio ambiente", en VV.AA., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo,* Mangas Martín, A. (Dir.), Fundación BBV, Ed. Atlántida Grupo Editor, Bilbao, 2008.

Loperena Rota, D., *Globalización y desarrollo sostenible,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

Loperena Rota, D., *El derecho al medio ambiente adecuado,* Ed. Civitas, Madrid, 1998.

López López, A., «La política medioambiental de la Unión Europea *en materia de cambio climático», Observatorio Medioambiental*, Vol. 5 (2002), pp. 163-191.

Lorentzen, "Los procesos de aprendizaje derivados del estímulo a la participación de los trabajadores en la gestión medioambiental", en AA.VV., *Participación de los trabajadores y trabajadoras en la gestión medioambiental en las empresas,* Arcadia, Valencia, 1997.

Lory, M., "Una nueva perspectiva para la seguridad y la prevención. Más allá de los riesgos del error humano, los riesgos organizativos", en VV.AA., *Nuevos riesgos emergentes,* Jornada técnica, Edita Asepeyo, 2004, págs.23 y sigs.

Lozano Cutanda, B., *Derecho ambiental administrativo,* 11ª ed., La Ley, Madrid, 2010.

Löwy, M., *Ecosocialismo. La alternativa radical a la catástrofe ecológica capitalista,* Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2012.

Luhmann, N., *Soziologie des Risikos,* Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1991.

Luján, J.L.y Echevarría, J. (Coords.), *Gobernar los riesgos. Ciencia y valores en la sociedad del riesgo,* OEI-Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

Márquez Prieto, A., *Calidad ambiental de las relaciones laborales (Ensayo interdisciplinar),* Ed. Comares, Granada, 2011.

Martínez Alier, J. y Roca Jusmet, J., *Economía ecológica y política ambiental,* México, FCE, 2006.

Martín Mateo, R., *Manual de Derecho Ambiental,* Cizur Menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2003.

– *Tratado de Derecho Ambiental,* t. IV, Madrid, Edsofer, 2003.

– "La calidad de vida como valor jurídico", en *Revista de Administración Pública,* núm.117 (1988).

Martínez Alier, J., *La ecología de los pobres*, Ed. Icaria, Barcelona, 2005.

Mattei, U., *Bienes comunes. Un manifiesto,* trad. de Gerardo Pisarello, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

Mercado Pacheo, P., "Desarrollo sostenible y gobernanza: retóricas del derecho global y de la justicia ambiental", en VV.AA., *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente,* Pérez Alonso, E., Arana García, E., Mercado Pacheco, P. y Serrano Moreno, J.L. (Editores), Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2012.

Mondello, G., "Appartements blindés, carence de l'État et principe de precaution". *Droit de l'environnement*, n. 215, septiembre 2013, pp. 300-310.

Monereo Atienza, C: *Desigualdades de género y capacidades humanas,* Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L., "Protección del medio ambiente (Artículo 37)", en VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2012.

– "Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental". *Relaciones Laborales*, nº. 10 (2009), Año XXV, tomo 1, Editorial La Ley, La Ley *11843/2009.*

– "Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, I y II", en *Civitas*. *Revista Española de Derecho del Trabajo,* números 56 (1992) y 57 (1993).

– "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).

– *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Ed. Consejo Económico y Social, Madrid 1996.

– "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo,* núm. 83 (2008), pp. 11-109.

– *La ideología del darwinismo social y la filosofía de Spencer,* estudio preliminar a SPENCER, H., *Los primeros principios,* Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2009, pp. VII-XXXIV.

- *Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henri George,* estudio preliminar a George, H., *Progreso y Miseria,* Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2008, pp. IX-XLIII.
- *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.
- *La idea de progreso en Herbert Spencer: Teoría e ideología,* estudio preliminar a SPENCER, H., *Instituciones Industriales,* Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2009.
- *La crisis de la socialdemocracia,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2009.
- "Crisis de la modernidad y cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* Nº 144, 2009, pp. 793-862.
- *El republicanismo liberal y la idea de progreso,* estudio preliminar a CASTELAR, E., *La fórmula del progreso-Discursos,* Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2010, pp. VII-LVI.
- *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios,* Ed. Comares, Granada, 2010.
- *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2012.
- *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Ed. Comares, Granada, 2013.
- *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019.
- "Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales", en Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C. (Dirs. y Coords.) *et altri: El sistema universal de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2014.
- *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2013.
- *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.
- *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.
- *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.
- *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.
- *Simone Weil: Filosofía del trabajo y teoría crítica social,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023
- "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 11(1), (2021), https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426
- "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum. núm. 4 (2022): 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/719

– "El sentido del trabajo y su centralidad en las sociedades democráticas: pensamiento y acción en Simone Weil". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *13*(2), (2023) 1–126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8197; WEIL, S.: *Raíces del existir: Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. María Eugenia Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023.

– "John Maynard Keynes (1883-1946): La política económica como Elemento de Sostenibilidad del Estado del Bienestar". (2024). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *39*, 309-394. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/986

– *Simone Weil: Filosofía del trabajo y teoría crítica social*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023.

– *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2024.

Monereo Pérez, J. L. y Rivas Vallejo, P., *Prevención de riesgos laborales y Medio Ambiente,* Ed. Comares, Granada, 2010.

Montero Chiner, M.J., "" El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales", en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje al Profesor Martín Mateo,* Coord., F. Sosa Wagner, T.III, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

Moreno Marcos, M., "El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el Derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias carcinógenas o mutágenas", en *Revista de Derecho Social,* núm. 36 (2006).

Moreno Molina, A.M., *Derecho comunitario del Medio Ambiente,* Marcial Pons, Madrid, 2006.

Murswiek, D., *Umweltschutz als Staatszweck,* Economica, Bonn, 1995.

NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2011,* Naciones Unidas, Nueva York, 2011.

Naredo, J.M., *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas,* Ed. Siglo XXI, Madrid, 2010.

Navas Castillo, F., "La protección del medio ambiente", en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Europea,* vol. 2. *Los derechos y libertades,* ÁLVAREZ CONDE,E.y GARRIDO MAYOL,V . (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Nussbaum, M., *Las mujeres y el desarrollo humano,* Ed. Herder, Barcelona, 2000.

– *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano,* trad. de A. Santos Mosquera, Ed. Paidós, Barcelona, 2012.

– *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Ed. Paidós, Barcelona, 2007.

– *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades,* trad. Roberto Bernet, Ed. Herder, Barcelona, 2002.

Odum, E.P., *Fundamentals of Ecology*, 3ª ed., W.B. Saunders Publ., Philadelphia, 1971.

OIT., *Tendencias Mundiales del Empleo 2014" (Informe Anual)***, OIT, Ginebra, 2014**. (El informe presenta los últimos datos y proyecciones sobre varios indicadores del mercado laboral a nivel mundial, incluyendo el empleo, el desempleo, la pobreza laboral y el empleo vulnerable).

OIT., *Los trabajadores y el Medio ambiente*, OIT, Ginebra, 1979.

Ordoñez Solís, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad,* Ed. Comares, Granada, 2006.

Ortega, L., "El derecho a un medio ambiente adecuado y la calidad de vida", en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Monereo Pérez,J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida,Mª.N. (Dirs.), Ed. Comares, Granada, 2002.

Ost, F., *Naturaleza y Derecho: para un debate ecológico en profundidad,* Ed. Mensajero, Madrid, 1997.

Parejo Alfonso, L.y Krämer, L., *Derecho Medioambiental de la Unión Europea,* McGraw-Hill, Madrid, 1996.

París, C., Ética radical. Los abismos de la actual civilización, Ed. Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2013.

Parijs, P. V., ¿Qué es una sociedad justa?, Ariel, Barcelona, 1993.

Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1999.

Perales, C. de M., *Derecho español del medio ambiente,* Ed. Civitas, Madrid, 2003.

Péretti-Watel,P., *La société du risque,* Ed. La Découverte, París, 2001.

Pérez Luño, A-E., *Los derechos fundamentales,* 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

– *El marco constitucional de la política comunitaria de medio ambiente, aplicación de la legislación ambiental comunitaria,* 9ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

– *La tercera generación de derechos humanos,* Tromson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Piketty, TH.: *El capital en el siglo XXI,* México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 2015.

Piketty, TH.: *Capital e ideología,* Barcelona, Deusto Ediciones, 2019.

Pisarello, G., *Un largo Termidor. Ofensiva del constitucionalismo antidemocrático,* Ed. Trotta, Madrid, 2011.

Plaza Martín, C., *Derecho ambiental en la Unión Europea,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Polanyi, K., *La Gran Transformación. Crítica del Liberalismo Económico,* Ed. La Piqueta, Madrid, 1989.

Pont Castejón, I., "Medio ambiente y Constitución Española de 1978", en VVAA., *La empresa en la Constitución Española,* Ed. Aranzadi, Pamplona, 1989.

Posada, A., *La Sociedad de las Naciones y el Derecho Político. Superliberalismo,* Ed. Caro Raggio, Madrid, 1924.

Przeworski, A., *Capitalismo y socialdemocracia,* Alianza Editorial, Madrid, 1988.

– *Democracia y mercado,* Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

– *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno,* trad. Stella Mastrangelo, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2010.

Randall, A., *Economía de los recursos naturales y política ambiental,* Editorial Limusa, México, 1985.

Ribotta, S., *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

Riechenberg, K., "La Constitución europea y el medio ambiente", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Europea,* Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (Dirs.), Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2004.

Riechmann, J. y Fernández Buey, F., *Redes que dan libertad. Introducción a los nuevos movimientos sociales,* Ed. Paidós, Barcelona, 1995.

– *Ni tribunos*. *Ideas y materiales para un programa ecosocialista,* Ed. Siglo XXI, Madrid, 1996.

Riechmann, J., *Un mundo vulnerable,* Ed. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005.

– *Biomímesis. Ensayo sobre imitación de la naturaleza, ecosocialismo y autocontención,* Madrid, Los Libros de la Catarata, 2006.

– "Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación", en *De la economía a la ecología,* Riechmann, J. y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

Rodotá, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho,* Madrid, Ed. Trotta, 2010.

– *Tecnopolitica. La democracia e le nuove tecnologie della comunicazione,* Roma-Bari, Laterza, 2004.

Rodríguez Palop, Mª. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación,* Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

Rodrik, D.: *La paradoja de la globalización. Democracia y el fueturo de la economía mundial,* trad. María Dolores Crispín Sanchis, , Antonio Bosch editor, Barcelona, 2011.

Romeo Casabona, C. Mª., *Principio de precaución, biotecnología y derecho,* Granada, Ed.Comares, 2004.

Sachs, J.S., "Una profunda descarbonización", en *El País,* 2 de febrero de 2014.

Ruiz Rico, G., *El derecho constitucional al medio ambiente adecuado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Schweickart, D., *Más allá del capitalismo,* trad. Carlos Escriche Blancafort, Ed. Sal Terrae, Burgos, 1997.

Sacristán Luzon, M., *Pacifismo, ecología y política alternativa,* Barcelona, Ed. Icaria, 1987.

Sapir, J., *El nuevo siglo XXI. Del siglo americano al retorno de las naciones,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2010.

Sandel, M., *El liberalismo y los límites de la justicia,* Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.

Sassen, S., *Una sociología de la globalización,* Katz Editores, Buenos Aires, 2007.

Sastre Ibarreche, A., "Empleo y desarrollo del Protocolo de Kioto: los derechos de implicación de los trabajadores", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm.19 (2009).

Saura Estapá, J., *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de los derechos humanos,* Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

Sen, A., *Desarrollo como libertad,* Ed. Planeta, Barcelona, 2000.

– *Nueva economía del bienestar. Escritos seleccionados,* Universidad de Valencia, Valencia, 1995.

– *Nuevo examen de la desigualdad,* Alianza Editorial, Madrid, 1995.

– *Bienestar, justicia y mercado,* Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

– *Sobre ética y economía,* Madrid, Alianza editorial, 1989.

– *La idea de la justicia,* Ed. Taurus/Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2010.

Sennett, R., *Juntos. Rituales, placeres y política de cooperación,* Ed. Anagrama, Barcelona, 2012.

Serrano, J.L., *Principios de Derecho Ambiental y ecología jurídica,* Ed.Trotta, Madrid, 2007.

Sorel, G., *La ilusión del progreso (Estudios sobre el Porvenir Social),* edición y estudio preliminar, "El pensamiento socio-político de George Sorel", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2011.

Steinlé-Feuerbach, M-F, "Risques naturels & technologiques: Juillet 2012-août 2013. Le droit des risques reste plus que jamais d'actualité. Les frontières entre risques naturels et risques technologiques ne sont pas étanches, de même prévention et réparation sont intimement liées", *Droit de l'environnement*, n. 215, septiembre 2013, pp. 314-322.

Stiglitz, J., *El malestar de la globalización,* Ed. Taurus, Madrid, 2004.

Streeck, W., *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático,* Buenos Aires-Madrid, 2016.

Streeck, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021), Buenos Aires, Katz, 2023,

Sunstein, C.R., *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medioambiente,* Katz Editores, Buenos Aires, 2006.

– *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, Katz editores S.A, Buenos Aires/ Madrid, 2009.

Tello, E., *La historia cuenta. Del crecimiento económico al desarrollo humano sostenible*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona 2005.

Tezanos, J.F., *La democracia incompleta. El futuro de la democracia postliberal,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.

UNIÓN EUROPEA, *Programa de Acción de la Unión Europea en materia de Medio Ambiente hasta 2030. Decisión (UE) 2022/591 relativa al Programa General de Acción de la UE en materia de Medio Ambiente hasta 2030. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022D0591*

Veblen, T., *Teoría de la empresa de negocios,* trad. Carlos Alberto Trípodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2009.

– *Teoría de la clase ociosa,* Alianza Editorial, Madrid, 2008.

Viola, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea,* trad., y estudio introductorio, "La trayectoria filosófico-jurídica de Francesco Viola", a cargo de V. Bellver Capella, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 1998.

Vitale, E., *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional,* trad. Pedro Salazar y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Ed. Trotta, Madrid, 2012.

VV.AA., *I diritti della natura. Paradigmi di giuridificazione dell' ambiente nel diritto pubblico comparato,* Mezzetti,L. (ed.), Cedam, Padova, 1997.

VV.AA., *Derecho comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos,* Ruiz Rico, G. (Coord.), Ed.Comares, Granada, 2000.

VV.AA., *Trabajar sin destruir,* Riechmann,J. y Fernández Buey,F. (Coords.), HOAC, Madrid, 1998.

VV.AA., (Dir. Ortega Álvarez, L.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova. Valladolid, 2000.

VV.AA., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Monereo Pérez,J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs.), Granada, Ed.Comares, 2002.

VV.AA., *Politiques de l'environnement et l'emploi*, Bruselas, 1996.

VV.AA., *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente,* Piñar Mañas,J.L. (Dir.), Ed.Civitas, Madrid, 2002.

VV.AA., *Prevención de Riesgos Laborales. Medio ambiente y seguridad industrial,* Genero Gómez Etxebarria (Coord.), CISS, Madrid, 2008.

VV.AA., *El Derecho a un medio ambiente adecuado,* Embid Irujo, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2008.

VV.AA., *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI,* Gordillo, J.L. (Coord.), Ed. Trotta, Madrid, 2006.

VV.AA., *Informe sobre desarrollo humano 2011. Sostenibilidad y equidad: un mejor futuro para todos,* Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Naciones Unidas, Nueva York, 2011.

VV.AA., *La Europa de los Derechos. Comentario Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2012.

Wallerstein, I., *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial,* Ed. Kairós, Barcelona, 2007.

Weil, S.: *Raíces del existir: Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. María Eugenia Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023.

Zolo, D., *Globalización. Un mapa de los problemas,* Ed. Mensajero, Bilbao, 2006.

– *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,* Ed. Trotta, Madrid, 2007.

Zuboff, S.*: La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Traducción de Albino Santos, Barcelona, Paidós, 2020.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 347-370

Condiciones laborales y de empleo en el sector cultural[1]

Working and employment conditions in the cultural sector

Daniel Pérez del Prado *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7106-6769

Sumario

1. Introducción: contexto y objeto del Estatuto del Artista
2. El mercado de trabajo del sector cultural
3. El marco jurídico laboral y social de las personas artistas en España
4. A modo de conclusiones
5. Referencias

[1] Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital" (RTI2018-094547-B-C21) y "Gestión algorítmica e igualdad de oportunidades en la empresa (AlgoEquality)" (TED2021-130325A-I00).

Cita Sugerida: PÉREZ DEL PRADO, D.: «Condiciones laborales y de empleo en el sector cultural». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 347-370.

Resumen

El presente artículo se centra en analizar desde un punto de vista cuantitativo la evolución y situación actual del mercado de trabajo del sector cultural para, a continuación, abordar las principales novedades legislativas laborales y sociales aprobadas recientemente bajo el paraguas del llamado "Estatuto del Artista". El objetivo es valorar hasta qué punto estos cambios responden a las necesidades evidenciadas por los datos y cuáles serían las sucesivas líneas de acción legislativa que deberían desarrollarse también en atención a ellos.

Palabras clave

empleo; condiciones de trabajo; Seguridad Social; artistas; cultura

Abstract

This article focuses on analysing, from a quantitative point of view, the evolution and current situation of the labour market in the cultural sector, and then addresses the main new labour and social legislation recently approved under the umbrella of the so-called 'Artist's Statute'. The aim is to assess the extent to which these changes respond to the needs evidenced by the data and what successive lines of legislative action should also be developed in response to them.

Keywords

employment; working conditions; Social Security; artists; culture

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO Y OBJETO DEL ESTATUTO DEL ARTISTA

En julio de 2021, a través del Real Decreto 639/2021 de 27 de julio[2], se creó la Comisión Interministerial para el desarrollo del Estatuto del Artista, que ha dado lugar a una serie de reformas que trascienden el objeto del presente trabajo, limitado al ámbito laboral y de la Seguridad Social, para alcanzar también el tributario[3]. Por consiguiente, este conjunto de reformas legislativas ha pretendido alcanzar un verdadero "Estatuto del Artista"[4], aunque no se materialicen en un cuerpo normativo separado.

Que estos cambios eran necesarios y que además debían ser de calado, lo pone de manifiesto el hecho de que el Pleno del Congreso de los Diputados aprobara en 2018, por una unanimidad, cosa poco frecuente en los últimos tiempos, el informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista, en la que además habían participado profesionales de las administraciones públicas, agentes privados, asociaciones y organizaciones del sector. En él, el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a que aprobase medidas de urgencia sobre la creación artística y la mejora de las condiciones laborales de quienes la llevan a cabo. De entre las citadas recomendaciones destacaban tres:

a) La necesidad de ampliar la definición de persona artista en espectáculo público, a fin de que incluyera las actividades profesionales conexas que no implican actuar materialmente encima de un escenario, como las del personal técnico y auxiliar.

b) La modificación del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto de 1985, por el que se regula la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos[5] (en adelante, RD 1435/1985) para adaptarlo a la nueva realidad de los medios de fijación del trabajo cultural, de manera que se incluyan el entorno web y las nuevas fórmulas de difusión más allá del lugar de actuación y del territorio nacional (como el *"streaming"*).

c) Se aconsejaba adoptar medidas para evitar abusos en la contratación temporal y en la concatenación de contratos de temporada, así como para incentivar su transformación en indefinidos o de tipo fijo discontinuo adaptados a la realidad de la actividad profesional que se desempeña. En este mismo plano, se instaba a equiparar la indemnización por finalización del contrato de duración determinada de esta relación laboral de carácter especial (7 días por año trabajado) a la vigente con carácter general en el art. 49.1.c) ET (12 días por año trabajado)[6].

El presente artículo se centra en analizar desde un punto de vista cuantitativo la evolución y situación actual del mercado de trabajo del sector cultural para, a continuación, abordar las principales

[2] BOE de 28/07/2021, núm. 179.

[3] Como muestra de ello, el Real Decreto 31/2023, de 24 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, para dar cumplimiento a las medidas contenidas en el Estatuto del Artista en materia de retenciones.

[4] A este respecto, véase Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G., «La protección social de los artistas: a propósito de la Propuesta de elaboración de un Estatuto del Artista y del Profesional de la Cultura», *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 16, 2018, Laborum, pp. 11-20.

[5] BOE de 14/08/1985, núm. 194.

[6] Buena parte de estos déficits habían sido resaltados ya por la doctrina: « Entre los factores, que en la actualidad, han de tomarse en cuenta al plantearse una mejora de las condiciones laborales de este colectivo, destacan, entre otros, la incidencia de las nuevas tecnologías en la prestación de servicios de los artistas en espectáculos públicos (44) , la intervención de menores en anuncios publicitarios, la elevada tasa de temporalidad, la problemática de los trabajadores fijos-discontinuos, la escasa cuantía de la indemnización por finalización del contrato temporal, la incidencia de la temporalidad de la relación en la acción protectora de la Seguridad Social, la representación de los trabajadores o la posible protección laboral de los creadores culturales». Alzaga Ruiz, I., «Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *Revista española de derecho del trabajo*, 203, 2017, Thomson Reuters Aranzadi, p. 148.

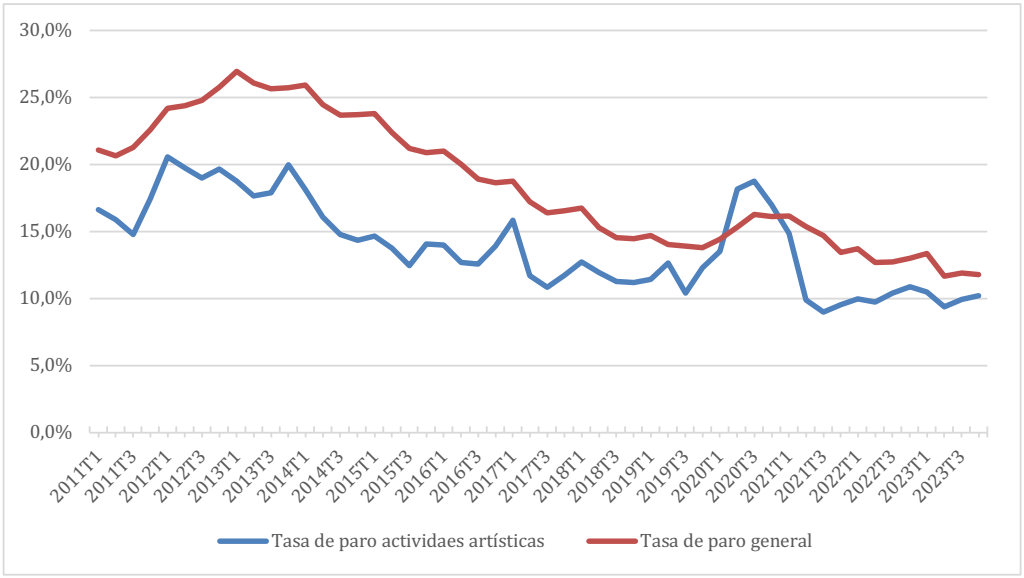
novedades legislativas laborales y sociales aprobadas recientemente en el marco de esta propuesta del Estatuto del artista. El objetivo es valorar hasta qué punto estos cambios responden a las necesidades evidenciadas por los datos y cuáles serían las sucesivas líneas de acción legislativa también en atención a ellos.

2. EL MERCADO DE TRABAJO DEL SECTOR CULTURAL

Con carácter general y tal y como se muestra en el siguiente gráfico, el sector de la cultura[7] viene manteniendo unas tasas de paro inferiores a las del conjunto de la población activa. Así, en 2011, aquella se situó en el 16,6%, mientras que ésta superaba por una décima el 21%, distanciándose, por tanto, en 4,5 puntos porcentuales. La única excepción fue el año 2020, pues como consecuencia de la pandemia de COVID-19, se adoptaron medidas de prevención que afectaron especialmente a los espectáculos públicos. Esto elevó la tasa de paro en el sector cultural hasta el 18,8%, frente al 16,3% general. Pasada la pandemia, la situación volvió a su caracterización general, tornándose de nuevo las tasas de paro: en el tercer trimestre de 2021 la tasa de paro general descendió hasta el 14,7% mientras que la del sector cultural se situó en el 9,4%.

Al margen de este efecto coyuntural, desde un punto de vista tendencial, se observa una clara reducción de las diferencias entre una y otra tasa de paro. Así, si al principio del período analizado hemos dicho que ambas se distanciaban en 4,5 puntos porcentuales, al final, en el cuarto trimestre de 2024, tal diferencia se redujo a 1,6 puntos, pues la tasa de paro general cerró ese año 10,2% mientras que la del sector de la cultura lo hizo en el 11,8%.

Gráfico 1. Tasa de paro general y para el sector cultural



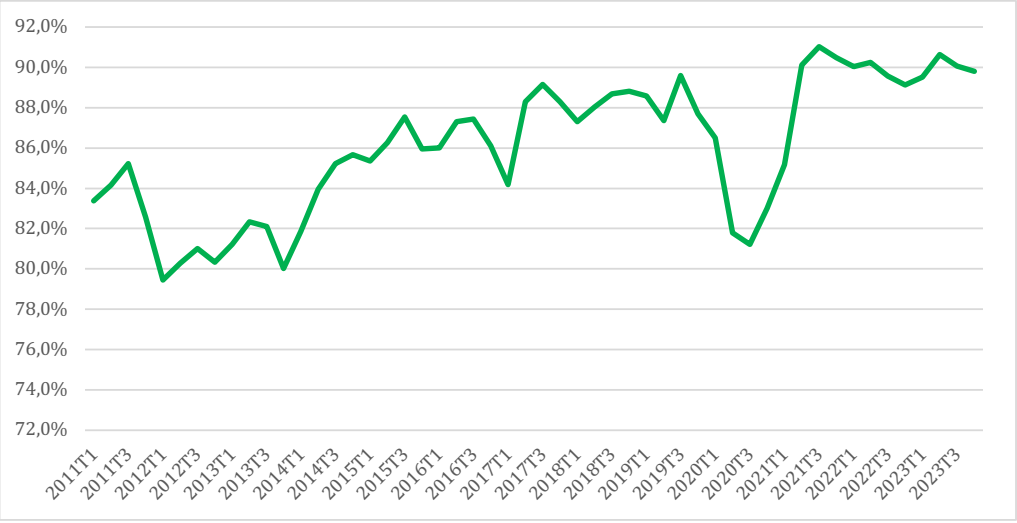
Fuente: elaboración propia a partir del INE

[7] En términos de INE, no referimos a las actividades incluidas bajo el epígrafe "R. Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento". Téngase en cuenta, no obstante, que el Ministerio de Cultura, aunque emplea los mismos datos, esto es, los de la EPA, define el empleo cultural como el «conjunto de ocupados de 16 años en adelante que desarrollan una ocupación cultural en el conjunto de la economía o cualquier empleo en sectores culturales». Se entiende por tales: códigos (CNAE 2009) 910, 900, 743, 742, 741, 602, 601, 592, 591, 581, 322, 264, 268, 182, y 181; (CNO 2011) 762, 761, 421, 383, 373, 293, 292, 291, 248 y 245. Notas metodológicas de "Empleo Cultural" https://www.cultura.gob.es/dam/jcr:93a5a1f2-e5d7-4a04-a80f-7f5080a50b64/empleo-cultural-metodologia.pdf

También son muy positivos los datos en materia de ocupación. Tal y como muestra el siguiente gráfico, no solamente es destacable que la tasa de ocupación sea relativamente elevada, sino que ha experimentado una tendencia creciente en el período analizado. Así, del 83,4% registrado en el primer trimestre de 2011 se ha pasado a un 89,8% en el cuarto de 2023. Para que nos hagamos una idea, la tasa de ocupación del conjunto de la población activa pasó, en el mismo período de tiempo, del 56% al 63% según el INE.

En esta tendencia general se observaría, de nuevo, el importante efecto de la pandemia, que redujo la tasa de ocupación hasta el 81,2%, el porcentaje más bajo de toda la serie histórica junto con los registrados en la Gran Recesión, cuando se alcanzaron las tasas más bajas, entre el 79,4% y el 80%.

Gráfico 2. Tasa de ocupación en el sector cultural



Fuente: elaboración propia a partir del INE

No obstante, tanto los datos de paro anteriormente expuestos, como los datos de ocupación deben tomarse con precaución, pues este es un sector que estaría particularmente afectado por la informalidad[8], además de que resulta complicado medir con precisión el tamaño de su población activa.

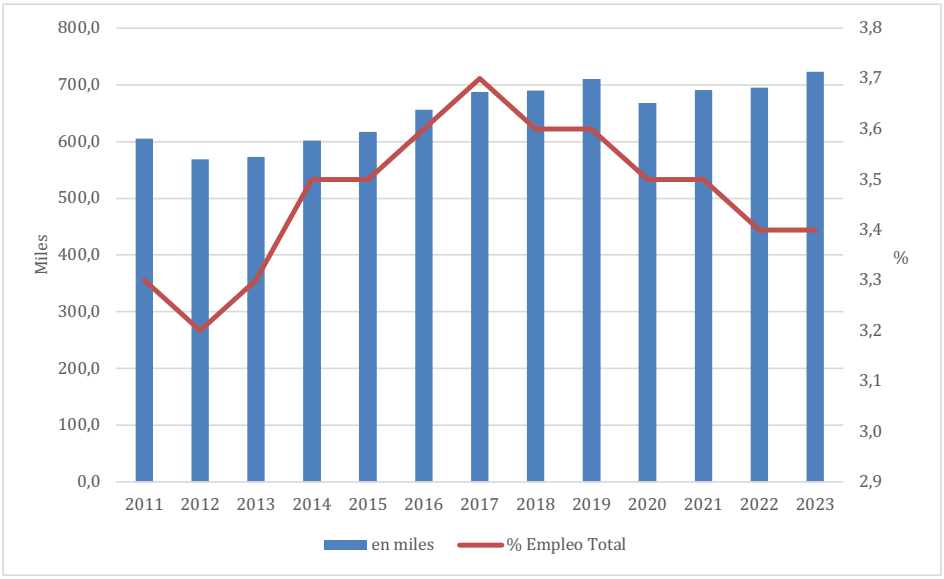
Centrándonos en el empleo, la evolución experimentada por el sector es también positiva, al menos en términos absolutos. Tal y como puede comprobarse en el siguiente gráfico, el empleo cultural medio en 2023 registró un incremento del 4% con respecto a los datos de 2022, lo que implica que más de 723.000 personas (un 3,4% del empleo total en España) trabajaron en el sector cultural. Teniendo en cuenta que una década antes eran 572.000 las personas que trabajan en este sector, el empleo en la cultura habría crecido en 151.000 sujetos.

Aun así, esto no ha servido para que el sector gane peso respecto del total de empleo, moviéndose en el entorno del 3%. Tal y como evidencian los datos, la serie se inicia con un porcentaje del 3,2% en 2011, para crecer hasta el 4,7% en 2017 y, posteriormente, decrecer hasta el 3,4%, nivel que ha mantenido en 2022 y 2023. Estos datos nos situarían ligeramente por debajo de la media europea, que registró en 2023 una tasa del 3,8%[9].

[8] Ateca, V.; Villarroya, A., *¿Cómo son las condiciones laborales y de vida de los artistas y profesionales de la cultura? - El Observatorio Social - Fundación «la Caixa» - osocial*, Fundación La Caixa, Madrid, 2023, p. 13.

[9] Fuente: Eurostat.

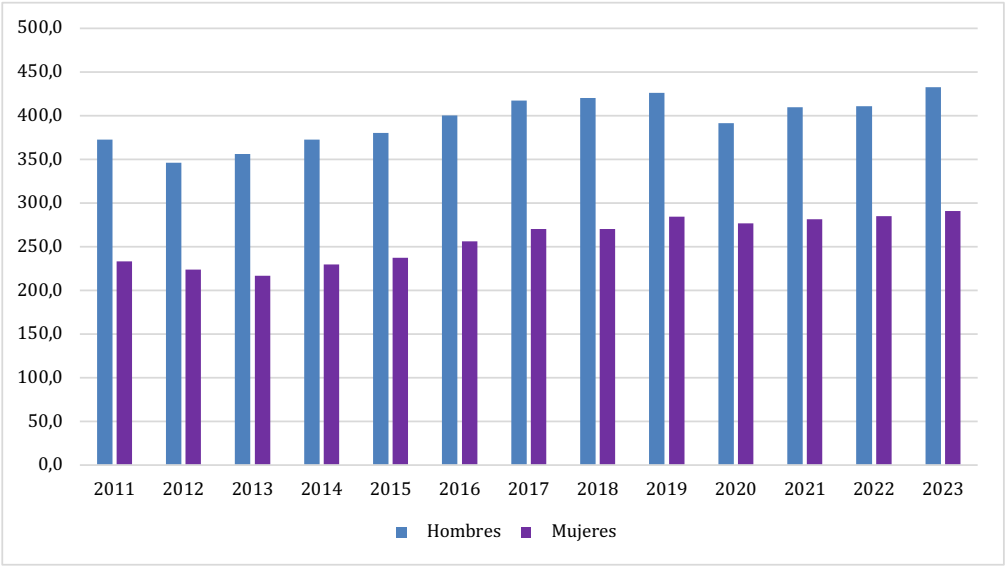
Gráfico 3. Empleo en el sector cultural



Fuente: elaboración propia a partir de Ministerio de Cultura

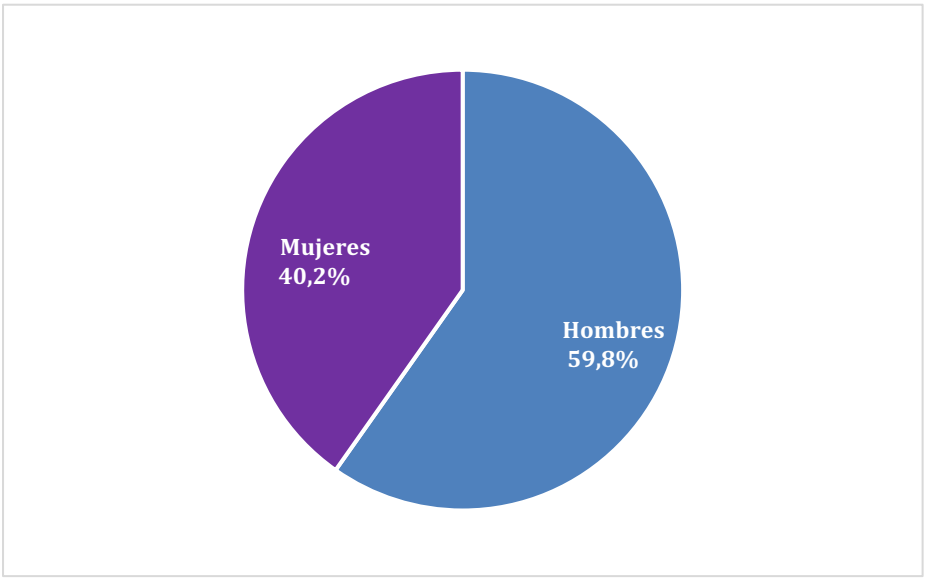
Desde la perspectiva de género, el sector padecería una clara brecha a favor de los hombres. Los siguientes dos gráficos se dedican a esta cuestión para destacar, no obstante, que ésta se ha venido reduciendo ligeramente en el período analizado. Así, si en 2011, el sector empleaba a 372.000 hombres y casi 233.000 mujeres, lo que representaba el 61,5% y 38,5% respectivamente; en 2023, cuando trabajaron 432.000 hombres y casi 291.000 mujeres, tales porcentajes fueron el 59,8% y 40,2%. Aun así, los avances son muy modestos, lo que por otra parte es coherente con el comportamiento de sectores próximos al equilibrio.

Gráfico 4. Empleo y género en el sector cultural (en miles)



Fuente: elaboración propia a partir de Ministerio de Cultura

Gráfico 5. Empleo y género en el sector cultural (%)



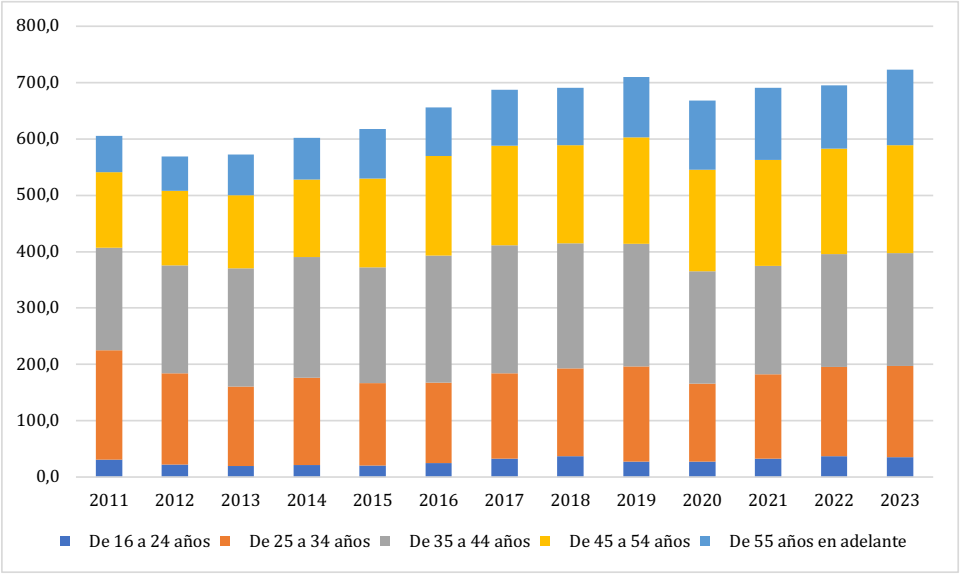
Fuente: elaboración propia a partir de Ministerio de Cultura. Año 2023

Por lo que respecta a la edad, el cultural es claramente un sector joven, aunque con cierta tendencia al envejecimiento. Tal y como evidencian los siguientes dos gráficos, el grupo de edad más numeroso es conformado por personas trabajadoras entre 35 y 44 años, que además se ha incrementado desde los 181.000 hasta 200.000 en el período analizado. Sin embargo, desde un punto de vista porcentual, este grupo ha pasado del 30,1% al 27,7%.

El siguiente grupo de edad es el de entre 45 y 54 años, que supone 191.000 personas trabajadoras y un 26,5% del total en 2023. Este grupo ha crecido de forma importante, pues en 2011 eran 134.000 personas y un 22,2% del total. Esta evolución ha permitido ha este grupo superar al de los comprendidos entre los 25 y 34 años, que en 2011 contaba 193.000 sujetos, un 32%, y en 2023, eran 161.000 personas y el 22,3%. La misma tendencia ha experimentado el de los más mayores, el de 55 años o más, que en 2011 comprendía 64.000 individuos, mientras que en 2023 es cifra se había más que duplicado hasta alcanzar los 134.000. En términos porcentuales, esto supone crecer del 10,7% al 18,6%.

El grupo más pequeño es el de entre 16 a 24 años, que ha pasado de casi 31.000 personas trabajadoras a más de 35.000, si bien en términos porcentuales se ha mantenido en el entorno del 5% (5,1% y 4,9% en 2011 y 2023 respectivamente).

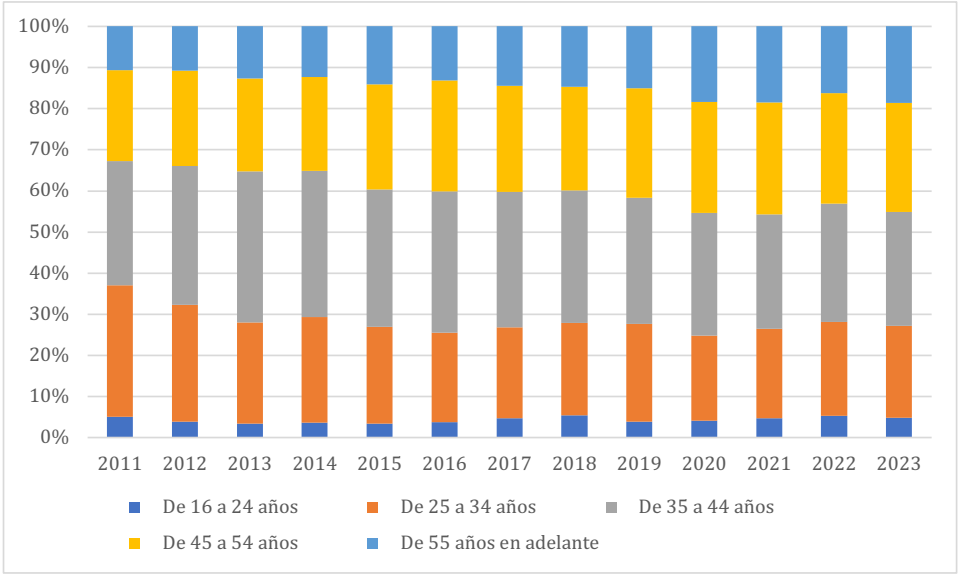
Gráfico 6. Empleo y edad en el sector cultural (en miles)



Fuente: elaboración propia a partir de Ministerio de Cultura

De todo lo anterior se desprende que el crecimiento del empleo habría sido más intenso en los grupos de mayor edad, por lo que, a pesar de ser un sector relativamente joven, estaría experimentando un suave pero continuo proceso de envejecimiento.

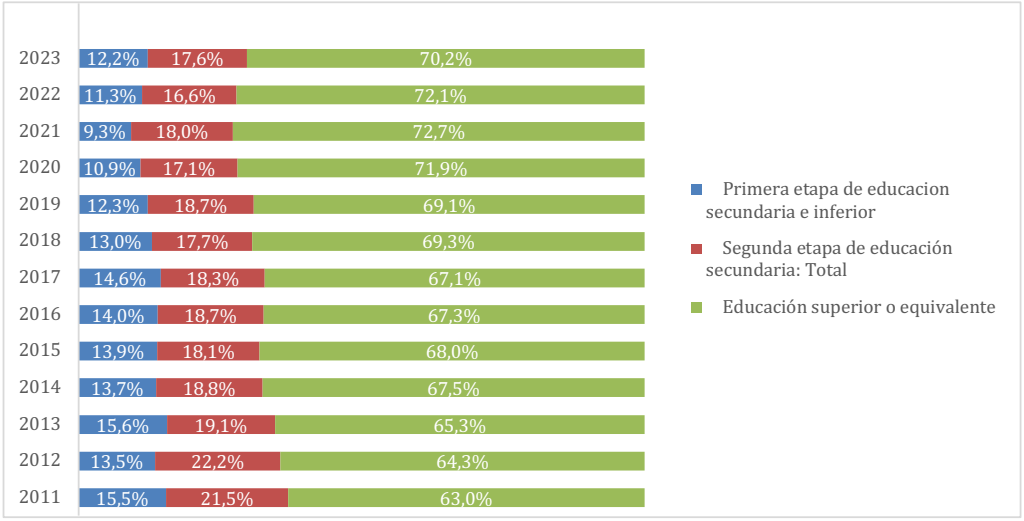
Gráfico 7. Empleo y edad en el sector cultural (%)



Fuente: elaboración propia a partir de Ministerio de Cultura

Desde el punto de vista formativo, el sector se caracteriza por contar con un alto nivel de formación, lo que sería el resultado del proceso de profesionalización iniciado hace décadas[10]. Con carácter general, puede afirmarse que dos de cada tres personas trabajadoras del sector cultural cuentan con estudios superiores. De hecho, en términos porcentuales este nivel de estudios se ha incrementado desde el 63% en 2011 al 70% en 2023. Ese incremento se ha producido en detrimento de los dos grupos restantes de niveles educativos, el de educación primaria y secundaria.

Gráfico 8. Empleo según nivel educativo en el sector cultural

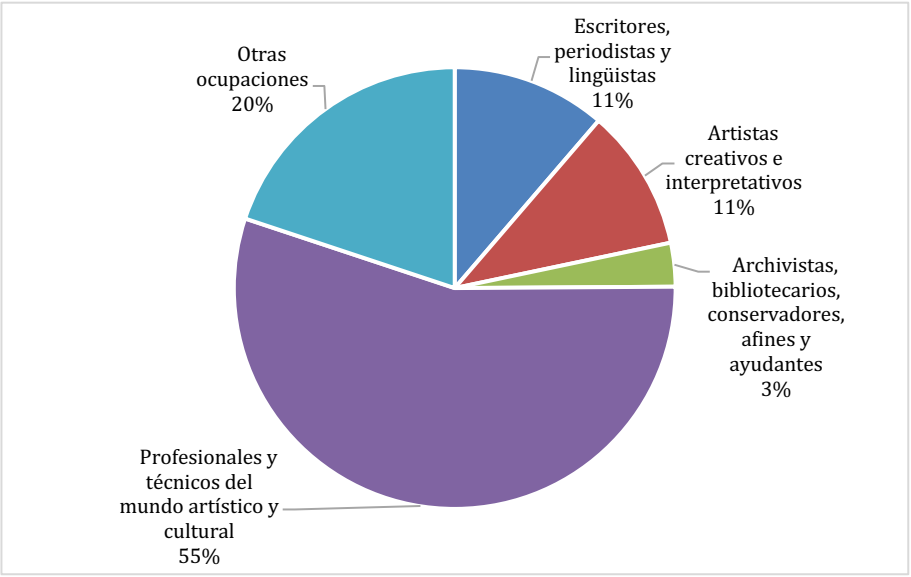


Fuente: elaboración propia a partir de Ministerio de Cultura

De ellos, la mayor parte, el 55%, desarrollan actividades profesionales y técnicas en el mundo artístico y cultural (lo que es relevante en relación a la ampliación del ámbito de cobertura de la relación laboral especial, tal y como explicaremos más adelante), seguidos muy de lejos por quienes ejercen profesiones relacionadas con la literatura, el periodismo o la lingüística (11%), el arte creativo e interpretativo (11%) y la archivística, la biblioteconomía y la conservación (3%).

[10] Guzmán Cárdenas, C. E., «La profesionalización de la gestión cultural. La experiencia pionera CLACDEC», *Periférica*, 22, 2021, Universidad de Cádiz, pp. 305-325.

Gráfico 9. Empleo cultural por ocupaciones

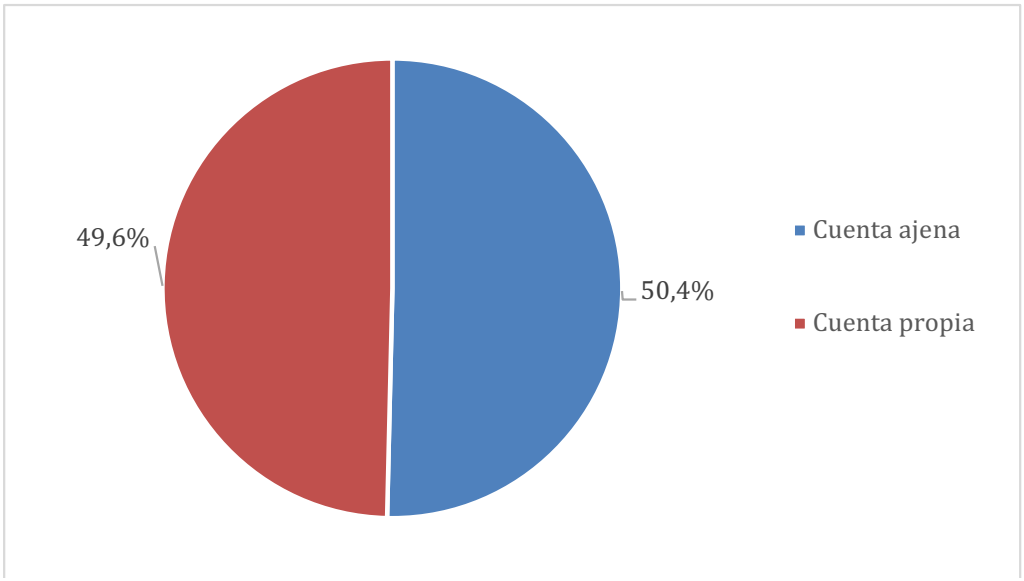


Fuente: elaboración propia a partir de Ministerio de Cultura. 2022

Dejando a un lado el empleo y centrándonos ya en las condiciones de trabajo, el reparto entre el trabajo por cuenta propia y ajena es prácticamente idéntico, lo que sería una especialidad de este sector respecto del conjunto del mercado de trabajo. De hecho, algunos estudios recientes muestran datos muy similares, pues fijan la presencia de profesionales que trabajan por cuenta ajena en el 43%, si bien habría diferencias en el trabajo autónomo -que se fija en el 26%- debido al desglose de las situaciones de pluriactividad -que alcanzaría un 17%-. Teniendo esto en cuenta, el elevado porcentaje de trabajo autónomo entre los profesionales culturales y creativos estaría en línea con la media de los países OCDE (29%)[11].

[11] Ateca, V.; Villarroya, A., *¿Cómo son las condiciones laborales y de vida de los artistas y profesionales de la cultura?*, cit., p. 5.

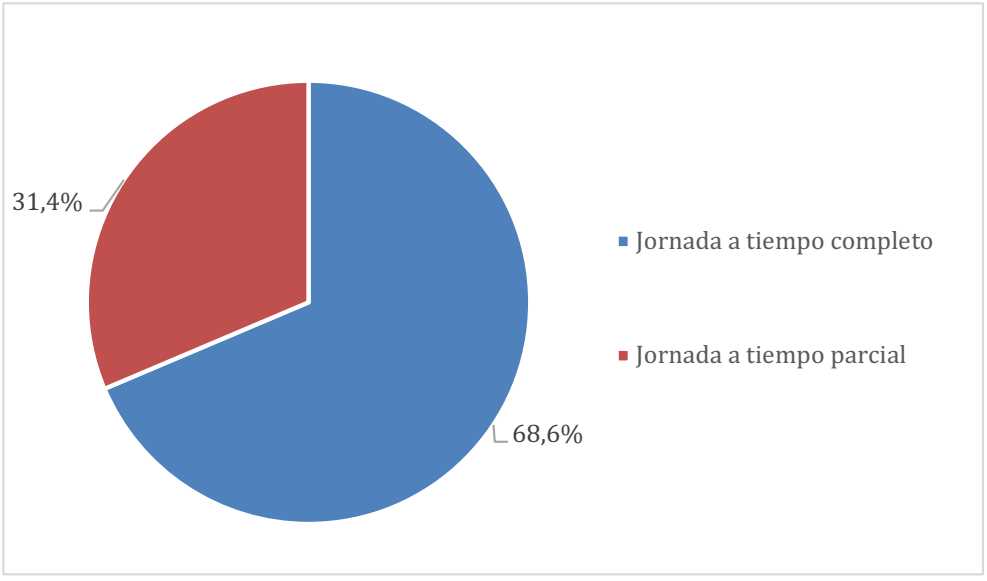
Gráfico 10. Empleo por cuenta ajena y propia



Fuente: elaboración propia a partir del INE. Año 2002

Por su parte, dentro del trabajo asalariado se observa un mayor peso del trabajo a tiempo parcial, que supone un tercio de la población asalariada, frente al casi 18% del conjunto de la población según el INE.

Gráfico 11. Trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial en el sector cultural



Fuente: elaboración propia a partir del INE. Año 2022

Ambos datos serían síntomas de una cierta precarización del trabajo en el ámbito cultural, sospecha que parece avalar algunas encuestas recientes. En el ámbito contractual, cerca del 50% de los encuestados tiene contrato indefinido (el 53% según cifras del INE, 2020), el 27%, un contrato temporal (frente al 14% del INE, 2020) y el 6% declara trabajar sin contrato[12]. El 44% de los encuestados declararon desempeñar o haber desempeñado en algún momento su actividad de manera irregular[13].

De ahí que no sea de extrañar que las últimas medidas impulsadas en el marco del "Estatuto del Artista" hayan ido especialmente dirigidas a procurar una cierta estabilidad laboral, más que al fomento del empleo, a la vez que no olvidaban lo heterogéneo del sector, lo que exige prestar también atención, no obstante, al trabajo por cuenta propia. Al análisis detallado de estas novedades dedicamos las páginas que siguen.

3. EL MARCO JURÍDICO LABORAL Y SOCIAL DE LAS PERSONAS ARTISTAS EN ESPAÑA

a) El régimen jurídico-laboral del trabajo cultural o artístico

Tradicionalmente; en España, el art. 2.1.e) 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 (en adelante ET) ha considerado a los artistas una relación laboral especial[14]. Esto significa que, en atención a determinadas particularidades, su régimen regulatorio es, con carácter general, el del resto de trabajadores por cuenta ajena, a salvo ciertas especialidades que se regulan al margen[15]. Tal regulación especial se recoge en el RD 1435/1985.

Este marco general, ya sea como laboral ordinario o especial, no excluye la posibilidad de que la persona trabajadora artista pueda ser encuadrada como persona trabajadora autónoma o independiente, máxime teniendo en cuenta la amplia variedad de actividades que se incluyen en la noción de «personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales», a las que recientemente se han añadido las que «realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». Para ello, basta con que cumplan las notas previstas en el art. 1 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (en adelante, LETA).

Por tanto, el marco jurídico profesional pivota fundamentalmente sobre estas dos posibilidades: la relación laboral -normalmente especial- y el trabajo por cuenta propia, autónomo o independiente[16]. Dependiendo de las características que reúna la actividad artística que se desarrolle la persona quedará encuadrada en uno u otro ámbito, con las consecuencias que de ello se derivan en el ámbito laboral y de Seguridad Social, incluidos los supuestos de pluriempleo y pluriactividad.

A partir de ahí, aunque el Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, introdujo ya algunas

[12] *Ibid.*, p. 6.

[13] *Ibid.*, p. 5.

[14] De los múltiples argumentos que se han dado para justificar la especialidad de esta relación laboral, quizá puedan destacarse dos: la afectación de la ajenidad por los derechos de propiedad intelectual del artista; y de la dependencia y subordinación, por el cierto margen de discreción con que cuenta el artista a la hora de desarrollar su papel. Para estos y otros motivos, véase Alzaga Ruiz, I., *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001, pp. 60-62.

[15] En realidad, tales especialidades surgen por el hecho de que se preste la actividad artística en espectáculo público, pues en caso contrario sería una relación laboral ordinaria (art. 1.4 RD 1435/1985). Altés Tárrega, J. A.; García Testal, E., *Contrato de Trabajo y Propiedad Intelectual de los Artistas Musicales*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 51.

[16] Roqueta Buj, R., *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 27.

modificaciones en el campo de la protección social[17], ha sido el Real Decreto Ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo[18] (en adelante, RDL 5/2022) el que ha procedido a ejecutar normativamente el mandato del mencionado informe, sobre todo en lo concerniente al ámbito laboral. Esta norma ha desplegado las siguientes líneas de actuación:

En primer lugar, ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación del RD 1435/1985, tanto desde un punto de vista general, como desde un punto de vista específico. Así, desde el primero, se ha sustituido la tradicional delimitación de "artista en espectáculo público", por otra más abierta, que deja a un lado la naturaleza del espectáculo y se centra en su contenido[19]. Así, la regulación especial se refiere ahora a «las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales», a las que se añaden las «actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad»[20].

Desde un punto de vista específico, no es que el listado ejemplificativo incluido en el art. 1 RD 1435/1985 sea hoy más amplio, incluyendo, las actividades dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas; de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual; artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas; sino que contiene una doble cláusula de apertura y, por tanto, de flexibilización. Por una parte, este listado es *númerus apertus,* pues estas actividades se incluyen, «entre otras». Por otra, se da un muy relevante papel a la negociación colectiva, ya que, en todo caso, tendrá la consideración de artista, intérprete o ejecutante quienes así sean reconocidos por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical.

Esta nueva delimitación del ámbito subjetivo de aplicación no deja del todo a un lado el elemento público del espectáculo, pero no le da un papel tan hegemónico[21]. Es más, también se flexibiliza, pues se define de forma muy amplia: «quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto todas las relaciones establecidas para las distintas fases de la ejecución de actividades artísticas, técnicas y auxiliares en los términos descritos en los apartados anteriores, mediante comunicación pública o destinadas a la fijación o difusión a través de cualquier medio o soporte técnico, tangible o intangible, producción fonográfica o audiovisual, en medios tales como teatro, cine, radiodifusión, televisión, internet, incluida la difusión mediante *streaming*, instalaciones deportivas, plazas, circo, festivales, tablaos, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier lugar destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a grabaciones, producciones o actuaciones de tipo artístico o de exhibición» (art. 1.3 RD 1435/1985). De este amplio elenco se ha

[17] BOE 29/12/2018, núm. 314. La mayor parte de las medidas de este Real Decreto-ley se refieren al ámbito tributario.

[18] BOE 23/03/2022, núm. 70. Para una aproximación general, véase Rojo Torrecilla, E., «Artistas y personal técnico y auxiliar. Y después del 4 llegó el 5, y esta vez sí es laboral. Notas al RDL 5/2022 de 22 de marzo y texto comparado con la normativa vigente.», *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2022, fecha de consulta 1 octubre 2024, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/03/artistas-y-personal-tecnico-y-auxiliar.html.

[19] Kahale Carrillo D.T., *La nueva regulación del Estatuto del Artista: una visión comparada*, Boletín Oficial del Estado. (BOE), Madrid, 2023, pp. 53-67.

[20] Estos se definen como «el que presta servicios vinculados directamente a la actividad artística y que resulten imprescindibles para su ejecución, tales como la preparación, montaje y asistencia técnica del evento, o cualquier trabajo necesario para la completa ejecución de aquella, así como la sastrería, peluquería y maquillaje y otras actividades entendidas como auxiliares, siempre que no se trate de actividades que se desarrollen de forma estructural o permanente por la empresa, aunque sean de modo cíclico» (art. 1 RD 1345/1985)

[21] Ruiz de la Cuesta Fernández, S., *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, : Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 77-86.

destacado la incorporación de las actividades artísticas del ámbito digital, como las desarrolladas a través de internet, incluso mediante *streaming*[22].

En segundo lugar, también ocupan un papel central las medidas dirigidas a fomentar el principio de estabilidad en el empleo. En este sentido, el RDL 5/2022 se propone, por una parte, garantizar que exista una correspondencia entre la naturaleza temporal del trabajo a realizar y la naturaleza temporal del vínculo contractual. Por otra, que, cuando no nos encontremos en el caso anterior, sea por tiempo indefinido la fórmula contractual a emplear y, por tanto, la general.

En el primer caso, la norma crea un contrato de duración determinada para este sector, dando respuesta a sus peculiaridades, garantizando la necesaria seguridad jurídica y asegurando idénticos niveles de protección a las personas trabajadoras del sector artístico. El llamado "contrato laboral artístico de duración determinada" recoge buena parte de las causas que la anterior regulación entendía como justificativas del uso de contratos temporales[23] y las actualiza al incorporar la basada en «el tiempo que duren las distintas fases de la producción». A ello se une una garantía adicional, que no es extraña al mundo del trabajo, pero que no aparecía en este concreto ámbito, cuál es la obligación de «que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista» (art. 5.2 RD 1435/1985).

En el segundo, se establecen límites para restringir la utilización abusiva de la contratación temporal, penalizando el encadenamiento de contratos temporales y el uso fraudulento de la contratación temporal. En este sentido, la posibilidad de que se produzcan prórrogas queda mejor delimitada, pues serán posibles «siempre que la necesidad temporal de la empresa, que justificó su celebración, persista» (art. 5.2 RD 1435/1985). Adicionalmente, se señala expresamente que el incumpliendo de las normas en materia de contratación temporal lleva aparejado la adquisición de la condición de fija. Igualmente se adquiere la condición de fijo en los supuestos de encadenamiento de contratos de duración determinada, incluidos los contratos laborales artísticos para artistas, técnicos o auxiliares, en los términos previstos en el art.15.4 y 5 del ET. De esta forma, estos contratos quedan expresamente sometidos a las reglas para evitar abusos en la sucesión de contratos incluidas en el mencionado precepto[24].

Por último, e íntimamente relacionado con lo anterior, se modifica la cuantía de la indemnización por fin de contrato temporal. Mientras que con la regulación anterior a la reforma se reconocía una indemnización de siete días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores, salvo que por convenio colectivo o pacto individual se fijara una superior; en la actualidad, tal cuantía se fija en doce días de salario por cada año de servicio, de nuevo salvo

[22] Alzaga Ruiz, I., «La reforma de la relación laboral de los artistas», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 25 marzo 2024, en https://www.aedtss.com/la-reforma-de-la-relacion-laboral-de-artistas/.

[23] A saber, «una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel» (art. 5 RD 1435/1985).

[24] Rojo Torrecilla, E., «Artistas y personal técnico y auxiliar. Y después del 4 llegó el 5, y esta vez sí es laboral. Notas al RDL 5/2022 de 22 de marzo y texto comparado con la normativa vigente.», cit. No podía ser de otra forma teniendo en cuenta que la jurisprudencia europea había puesto de manifiesto (entre otras, en las SSTJUE de 25 de octubre de 2018, Sciotto, C-331/17; y de 26 de febrero de 2015, Comisión c. Ducado de Luxemburgo, C-502/13) que los artistas no solo están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, sino que además no podían resultar excluidos de las medidas que corresponde adoptar a los Estados miembros para evitar el abuso en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada establecidas en los diferentes ordenamientos nacionales

mejor pacto en convenio colectivo o contrato individual. De esta forma se iguala esta compensación económica con la general prevista para el resto de contratos temporales en el art. 49.1 c) ET.

Es más, en este caso, se va incluso más allá, pues el art. 10.2 RD 1435/1985 establece que «cuando la duración del contrato, incluida, en su caso, las prórrogas, sea superior a dieciocho meses, la indemnización a abonar será, como mínimo, de una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar veinte días de salario por cada año de servicio». Con ello se consigue una especie de equiparación entre la extinción de contratos temporales de cierta duración y el despido por causas productivas, para el que se fija precisamente esta indemnización (arts. 52 c) y art. 53. 1b) ET).

Con uno y otro caso no solamente se logra una cierta equiparación con el resto de contratos temporales, sino que se persigue desincentivar el recurso a la contratación temporal mediante el establecimiento de unos costes relacionados con la extinción de la relación laboral parangonables a los que se producen en el caso de la contratación indefinida.

b) Protección social y políticas de empleo: de la LGSS al Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero.

Por lo que respecta a la protección social[25], también existen especialidades, pero estás no se engloban en una norma diferenciada, sino que se incluyen en la normativa general. Así, hay que tener en cuenta las particularidades incluidas en el Capítulo XVII, sección 4ª, de la 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 (arts. 249 ter y quater[26] -en adelante, LGSS) cuando son encuadrados como personas trabajadoras por cuenta ajena; o el art. 313 bis LGSS, cuando son considerados personas trabajadoras por cuenta propia o independientes. A estas se unirían las de la normativa de desarrollo, como el art. 32 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamente general sobre cotizaciones y liquidaciones de otros derechos de seguridad social[27] (en adelante RD 2064/1995); o el art. 11 de la 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 (en adelante, la Orden PJC/51/2024)[28].

En suma, nos encontramos con una serie de reglas especiales para la cotización de los artistas y la acción protectora, tanto en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, como en el del por cuenta propia o independiente[29].

Comenzando por el primero, la cotización a la Seguridad Social se realizará mensualmente en función de las retribuciones percibidas por cada día que se haya trabajado y sobre las bases de cotización diarias aprobadas cada año[30]. Estas bases de cotización diarias se establecen por tramos de retribución y tienen el carácter de bases máximas diarias. El art. 11 de la Orden PJC/51/2024 establece que las bases de cotización a cuenta para determinar la cotización de los artistas, previstas en el art.

[25] A pesar del tiempo transcurrido, sigue siendo de utilidad Desdentado Daroca, E., *La protección social de los artistas y de los profesionales taurinos*, Bomarzo, Albacete, 2013.

[26] A las que habría que añadir las disposiciones adicionales trigésima octava y quincuagésima primera LGSS.

[27] BOE 25/01/1996, núm. 22. También se encuentran normas especiales en el art. 46 y disposición transitoria primera del RD 2064/1995.

[28] BOE 30/01/2024, núm. 26. También su art. 26.2.

[29] Murcia Molina, S., *La seguridad social de los artistas profesionales en espectáculos públicos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 283-285.

[30] Para 2024, dado la prórroga presupuestaria, el art. 122.5 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. El tipo de cotización aplicable será el 11,50 por ciento.

32.5.b) del RD 2064/1995, serán, a partir de 1 de enero de 2024 y para todos los grupos de cotización, son las siguientes:

Retribuciones íntegras	Euro/día
Hasta 534,00 euros.	314,00
Entre 534,01 y 961,00 euros.	396,00
Entre 961,01 y 1.608,00 euros.	473,00
Mayor de 1.608,00 euros.	628,00

Para determinar la base de cotización correspondiente a las personas trabajadoras artistas, cada empresa comunicará a la Tesorería General de la Seguridad Social los salarios efectivamente abonados a cada persona artista en el mes natural a que se refiera la cotización. Todas ellas cotizarán mensualmente por todas las contingencias, en función de las retribuciones percibidas por cada día que el artista haya ejercido su actividad por cuenta, sobre las bases fijadas en cada ejercicio económico, con independencia del grupo profesional en que el artista se encuentre incluido, pero con aplicación del tope máximo mensual de cotización tanto para contingencias comunes como para contingencias profesionales[31]. Para el año 2024, el tope de la base máxima mensual establecida es de 4.720,50 euros mensuales.

Si el salario realmente percibido por la persona artista, en cómputo diario, fuese inferior a las cantidades indicadas anteriormente, se cotizará por aquél. En ningún caso, para la cotización por contingencias comunes podrá tomarse como base de cotización una cantidad menor al importe diario de la base mínima de cotización. Por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y demás conceptos de recaudación conjunta, la base de cotización no podrá ser inferior a los topes mínimos absolutos[32].

Una vez determinada la base de cotización de cada uno de los días del mes en que el artista haya trabajado para un mismo empresario, se suman para hallar la base de cotización mensual. Esta base mensual no puede superar la base máxima de cotización anteriormente citada. Si fuera así, se cotizaría por la máxima. Sobre esta base mensual se aplican los correspondientes tipos de cotización previstos para el Régimen General[33].

Las cuotas así calculadas son definitivas para la empresa, pero provisionales para el trabajador respecto de las contingencias comunes y desempleo, ya que están sujetas a una regularización anual (base diaria a cuenta)[34]. Así, al finalizar el ejercicio económico de que se trate, la Tesorería General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta las retribuciones comunicadas, así como las bases cotizadas, efectuará la liquidación definitiva para contingencias comunes y desempleo, con aplicación del tipo general establecido para estas contingencias, tanto el correspondiente a la aportación empresarial como a la de las personas trabajadoras, procediendo, en su caso, a la reclamación a estos últimos del importe de la liquidación definitiva para que ingresen las diferencias de cuotas en el plazo reglamentario del mes siguiente a su notificación[35].

[31] Kahale Carrillo D.T., *La nueva regulación del Estatuto del Artista*, cit., p. 105.

[32] Arts. 9 y 25 RD 206/1995. Para el año 2024, además del mencionado tope máximo mensual de 4.720,50 euros, se ha fijado el mínimo en 1.323,00 euros

[33] Desdentado Daroca, E., «La protección social de los artistas», en Desdentado Daroca, E. (ed.) *El marco legal de la cultura y la creación artística: (un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 231.

[34] Art 32.5 RD 2064/1995.

[35] No obstante, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá autorizar a las personas trabajadoras artistas que lo soliciten dentro de dicho mes a efectuar tal ingreso por períodos mensuales diferidos en uno o más meses naturales hasta el máximo de seis, como plazos reglamentarios de pago.

Recibida la liquidación definitiva por la persona trabajadora, se podrá optar, dentro del mes siguiente a la notificación de la liquidación, por abonar su importe o por efectuar su regularización en función de las bases efectivamente cotizadas. Si no efectuase comunicación alguna en dicho plazo, se entenderá que opta por esta última, procediendo la Tesorería General de la Seguridad Social a efectuar la nueva regularización, dejando sin efecto la primera.

En el supuesto de que, practicada por la Tesorería General de la Seguridad Social la liquidación de cuotas definitiva a las personas trabajadoras artistas, se hubiera producido un exceso de cotización en el ejercicio económico, se procederá, por indebidas, a la devolución, de oficio o a instancia de parte, de las cantidades ingresadas de más por parte de dichos trabajadores.

Asimismo, se establece la posibilidad de cotizar, voluntariamente por parte de la persona trabajadora artista, aquellos períodos en los se encuentre en situación de inactividad, siempre y cuando acrediten, al menos, veinte días en alta con prestación real de servicios en dicha actividad en los doce meses naturales anteriores a aquel en que soliciten la inclusión a la Tesorería General de la Seguridad Social, debiendo superar las retribuciones percibidas por esos días la cuantía de dos veces el salario mínimo interprofesional en cómputo mensual[36]. Dicha inclusión deberá solicitarse en cualquier momento y, de reconocerse, tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente a la fecha de la solicitud. Esta situación se llevará a cabo siguiendo las siguientes reglas: a) la propia persona trabajadora será el responsable de cotizar e ingresar las cuotas; b) la cotización tendrá carácter mensual; y c) la base de cotización será la base mínima vigente en cada momento por contingencias comunes en el grupo 7 de cotización.

En suma, de lo dicho hasta aquí podemos deducir que la cotización por tramos y la regularización de periodos y bases de cotización por ejercicio natural constituyen las principales peculiaridades de la cotización de las personas trabajadoras artistas por cuenta ajena.

A lo anterior se une la posibilidad, prevista en el art. 249 ter LGSS, de permanecer incluidos en el Régimen General durante los períodos de inactividad siempre y cuando acrediten, al menos, veinte días en alta con prestación real de servicios en dicha actividad en los doce meses naturales anteriores a aquel en que soliciten dicha inclusión a la Tesorería General de la Seguridad Social, debiendo superar las retribuciones percibidas por esos días la cuantía de dos veces el salario mínimo interprofesional en cómputo mensual.

Esta posibilidad de mantener el alta en los períodos de inactividad, además de los efectos en materia de acción protectora que explicaremos inmediatamente, tiene como principal objetivo permitir que, de forma voluntaria, la persona artista pueda mantener la cotización. Así, es la propia persona trabajadora artista el sujeto responsable de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes mensualmente. A efectos de su cálculo, se empleará la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General (1.260 euros, en 2024), a la que se aplica un tipo del 11,50%[37]. El sistema es bastante flexible, pues se puede solicitar la baja puedes solicitarla en cualquier momento, aunque manteniendo la obligación de cotizar hasta el último día del mes en que la solicites.

La cotización durante los períodos de inactividad se integra en el cuadro general de cotización de las personas artistas, por lo que, una vez realizada la regularización anual, en caso de que exista

[36] El salario mínimo interprofesional para 2024 se sitúa en 15.876 euros anuales distribuidos en 14 pagas de 1.134 euros (art. 1 Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024).

[37] Con lo que la cuota a ingresar para 2024 es de 144,9 euros al mes.

superposición de días regularizados y días de inactividad, se devolverán de oficio las cuotas de inactividad que se superpongan con los días regularizados.

En el ámbito de la acción protectora, la principal novedad es la creación de una nueva prestación especial por desempleo en periodos de inactividad. Conforme a la disposición adicional 51ª de la LGSS, las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, tendrán derecho a la prestación por desempleo especial en los períodos de inactividad en los que no hubieran podido causar, por su corta duración derecho a la contributiva ordinaria. Por consiguiente, esta nueva prestación se articula como subsidiaria y complementaria a la vía ordinaria de cobertura, que es la prestación contributiva por desempleo[38].

Para poder acceder a esta prestación especial, es necesario cumplir los siguientes requisitos: a) no tener derecho a la prestación contributiva por desempleo o tenerla suspendida pero acreditando un mínimo de cotización[39]; b) cumplir todos los requisitos establecidos en el art. 266 LGSS para causar la prestación ordinaria por desempleo, excepto el período de carencia.

Cumplidos estos requisitos, se tendrá derecho a una prestación especial por desempleo cuya duración no podrá exceder los 120 días. La cuantía de esta prestación especial será igual al 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, salvo cuando la media diaria de las bases de cotización correspondientes a los últimos sesenta días de prestación real de servicios en la actividad artística sea superior a 60 euros, en cuyo caso será igual al 100 por ciento del IPREM. Esto implica que la cuantía oscilará entre 540 y los 600 euros mensuales. A ello se une la prestación en especie consistente en que, durante el período de su percepción, el SEPE cotizará por la contingencia de jubilación. La base de cotización coincidirá con la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social.

Una vez extinguida esta prestación especial, la persona trabajadora artista podrá obtener de nuevo su reconocimiento cuando vuelva a encontrarse en situación legal de desempleo, reúna los requisitos exigidos al efecto y haya transcurrido un año, al menos, desde la fecha de dicha extinción. La prestación especial queda extinguida si su titular accede a la protección por desempleo de nivel contributivo o asistencial[40] o a la Renta Activa de Inserción.

[38] Para la prestación ordinaria solo se establece dos especialidades en el caso de las personas trabajadoras artistas, que es la consideración como «días cotizados» tanto los que correspondan a los días efectivamente trabajados como a los días "ficticios" de cotización de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 15 del RD 2621/1986, por una parte; y el cómputo de los días considerados como cotizados a los efectos del cálculo de la base reguladora, de acuerdo con el art. 3.2 del RD 2621/1986, por otro. Desdentado Daroca, E., «La protección social de los artistas», cit., p. 243.

[39] Bien 60 días de alta en Seguridad Social con prestación real de servicios en la actividad artística dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que no hayan sido tenidos en cuenta para el reconocimiento de un derecho anterior; o bien 180 días de alta en Seguridad Social con prestación real de servicios en la actividad artística o por regularizaciones anuales ya realizadas, dentro de los seis años anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior. Si se emplea esta vía, la prestación contributiva suspendida quedará extinguida (disposición adicional 51ª LGSS).

[40] El agotamiento de la prestación regulada en esta disposición no constituye un supuesto de acceso a los subsidios previstos en la letra a) del apartado 1 del art. 274 ni al subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años previsto en el art. 280 de este texto refundido. Dicho agotamiento, tampoco dará derecho a acceder a la Renta Activa de Inserción en los supuestos en los que para ello se exige agotar una prestación o subsidio por desempleo. No obstante, en el caso de haber percibido la prestación especial tras haber agotado una prestación contributiva, se podrá acceder al subsidio por agotamiento de ésta, siempre que se solicite en el plazo de doce meses siguientes a dicho agotamiento.

El régimen de incompatibilidades se ha establecido de forma muy restrictiva, pues el mencionado precepto establece que esta prestación especial es incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o por cuenta ajena o con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública. La única excepción admitida es la compatibilidad con la percepción de derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen.

También resulta relativamente novedoso la posibilidad de acceder a determinados tipos de prestaciones durante los períodos de inactividad. Conforme a lo dispuesto en el art. 249.6 ter LGSS, durante estos períodos, la acción protectora comprenderá las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación.

Asimismo quedará protegida la situación de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia natural hasta que el hijo cumpla 9 meses, que no pueda continuar realizando la actividad laboral que dio lugar a su inclusión en el Régimen General como artista en espectáculos públicos a consecuencia de su estado, debiendo acreditarse dicha situación por la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En estos supuestos se reconocerá a la trabajadora un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base de cotización establecida en el apartado anterior. El pago de dicha prestación será asumido mediante la modalidad de pago directo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Por último, no son nuevas[41], aunque sí constituyen una particularidad respecto de otras personas trabajadoras por cuenta ajena las siguientes:

Por una parte, con relación a las prestaciones por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, nacimiento y cuidado de menor, ejercicio corresponsable del cuidado del lactante y riesgo durante la lactancia natural, su base reguladora será la que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante o el promedio diario del período de cotización que se acredite si éste es inferior a un año. En ningún caso el promedio diario que resulte podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que, en cada momento, corresponda a la categoría profesional del artista[42].

Por otra, en caso de la jubilación, las personas artistas que deseen jubilarse anticipadamente puedan hacerlo a partir de los sesenta años. El porcentaje de pensión experimentará, en estos casos, una reducción del 8% por cada año que le falte al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación. No obstante, podrán jubilarse a partir de los sesenta años los/as cantantes, bailarines y trapecistas, sin que les sean de aplicación los coeficientes reductores, si han trabajado en la especialidad un mínimo de ocho años en los veintiunos anteriores a la jubilación. Para acogerse a la jubilación anticipada tendrán que hallarse en situación de alta o asimilada al alta en la fecha del hecho causante[43].

Asimismo, existe la posibilidad de compatibilizar la pensión contributiva de jubilación con la actividad artística con ciertas características. A este respecto, el art. 249 quater LGSS establece la

[41] Desdentado Daroca, E., *La protección social de los artistas y de los profesionales taurinos*, cit., pp. 79-105; Murcia Molina, S., *La seguridad social de los artistas profesionales en espectáculos públicos*, cit., pp. 283-379.

[42] Art. 7 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

[43] Art. 11 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

compatibilidad del 100% la pensión contributiva de jubilación, que no sea anticipada, con la actividad artística, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, siempre que no sea en régimen de pluriempleo o pluriactividad. El importe de la pensión de jubilación contributiva compatible con la actividad artística incluye el complemento para pensiones inferiores a la mínima y el complemento por maternidad o reducción de la brecha de género. En los casos en los que la persona artista no pueda acogerse a esta modalidad de compatibilización, quedará expedito el recurso al resto de las previstas con carácter general en la LGSS.

Finalmente, no existen peculiaridades respecto de las prestaciones no contributivas, salvo que, desde el 31 de marzo de 2022, y con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, las mismas son compatibles con los derechos de autor.

Por otra parte, por lo que hace al trabajo por cuenta propia o independiente, las reglas generales de cotización se modulan en atención a las particularidades del trabajo artístico. Respecto de aquellas, debe destacarse que España ha estrenado recientemente un nuevo sistema de cotización en función de los rendimientos reales de la persona trabajadora autónoma[44]. No es objeto del presente trabajo su análisis pormenorizado[45], pero sí entendemos que resulta necesaria, al menos, una aproximación sucinta a los efectos de entender cómo cotizan las personas artistas autónomas y máxime si se tiene en cuenta que se sigue un sistema muy similar al del trabajo por cuenta ajena, pues aquí también el sistema se basa en la opción en función de los rendimientos y en la posterior regularización.

Así, conforme a lo dispuesto en el art. 308 LGSS, todas las personas que trabajen por cuenta propia cotizarán a la Seguridad Social en función de sus rendimientos netos anuales, obtenidos en el ejercicio de todas sus actividades económicas, empresariales o profesionales. A efectos de determinar la base de cotización, se tendrán en cuenta la totalidad de los rendimientos netos obtenidos en el año natural, en el ejercicio de sus distintas actividades profesionales o económicas, con independencia de que las realicen de forma individual o como socios o integrantes de cualquier entidad, con o sin personalidad jurídica, siempre y cuando no deban figurar por ellas en alta como trabajadores por cuenta ajena o asimilados a estos. Del importe resultante se deducirá un 7% en concepto de gastos generales, excepto en determinados casos en los que es posible reducir tal porcentaje hasta el 3%[46].

Partiendo del promedio mensual de estos rendimientos netos anuales, se seleccionará la base de cotización que determinará la cuota a pagar. Anualmente, la Ley de Presupuestos Generales del Estado establecerá una tabla general y una reducida de bases de cotización que se dividirán en tramos consecutivos de importes de rendimientos netos mensuales a los que se asignarán, por cada tramo, unas bases de cotización máxima y mínima mensual. No obstante, para 2024 y 2025, tales tablas son las siguientes[47]:

[44] Real Decreto-ley 13/2022 de 26 de julio de 2022, se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad (en adelante, RDL 13/2022). Esta norma entró en vigor el 1 de enero de 2023.

[45] Que puede seguirse en Aragón Gómez, M. C., «El nuevo sistema de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 99, 2023, La Ley. Una síntesis puede encontrarse en M. Chabannes, «Un nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos: A propósito del Real Decreto 504/2022 de 27 de junio», en AEDTSS (ed.) *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2022; Rodríguez Cardo, I. A., «El nuevo sistema de cotización de los autónomos», en AEDTSS (ed.) *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2022.

[46] Art. 308.1 c) 2ª LGSS:

[47] Transitoriamente, esta labor ha sido llevada a efecto por las disposiciones transitorias primera del RDL 13/2022 y novena del RDL 8/2023. Véase también el art. 16 de la Orden PJC/51/2024.

Tabla de rendimientos y bases de cotización. Tabla reducida			
Tramos de rendimientos netos		**2024 Tramos base de cotización Base mínima—Base máxima Euros/mes**	**2025 Tramos base de cotización Base mínima—Base máxima Euros/mes**
1	<= 670 €	735,29 — 816,98	653,59 — 718,94
2	> 670 y <= 900 €	816,99 — 900	718,95 — 900
3	> 900 y < 1.166,70 €	872,55 — 1.166,70	849,67 — 1.166,70

Tabla de rendimientos y bases de cotización. Tabla general			
Tramos de rendimientos netos		**2024 Tramos base de cotización Base mínima—Base máxima Euros/mes**	**2025 Tramos base de cotización Base mínima—Base máxima Euros/mes**
1	>= 1.166,7 y <= 1.300 €	950,98 — 1.300	950,98 — 1.300
2	> 1.300 y <= 1.500 €	960,78 — 1.500	960,78 — 1.500
3	> 1.500 y <= 1.700 €	960,78 — 1.700	960,78 — 1.700
4	> 1.700 y <= 1.850 €	1.045,75 — 1.850	1.143,79 — 1.850
5	> 1.850 y <= 2.030 €	1.062,09 — 2.030	1.209,15 — 2.030
6	> 2.030 y <= 2.330 €	1.078,43 — 2.330	1.274,51 — 2.330
7	> 2.330 y <= 2.760 €	1.111,11 — 2.760	1.356,21 — 2.760
8	> 2.760 y <= 3.190 €	1.176,47 — 3.190	1.437,91 — 3.190
9	> 3.190 y <= 3.620 €	1.241,83 — 3.620	1.519,61 — 3.620
10	> 3.620 y <= 4.050 €	1.307,19 — 4.050	1.601,31 — 4.050
11	> 4.050 y <= 6.000 €	1.454,25 — 4.720,50	1.732,03 — 4.139,40
12	> 6.000 €	1.732,03 — 4.720,50	1.928,10 — 4.139,40

Si a lo largo del año se prevé una variación de los rendimientos netos, resulta posible seleccionar cada dos meses una nueva base de cotización y, por tanto, una nueva cuota adaptada a los mismos con un máximo de seis cambios al año.

Las bases mensuales elegidas cada año, tendrán un carácter provisional, hasta que se proceda a la regularización anual de la cotización. Así, finalizado el año natural, la Agencia Tributaria facilitará a la Tesorería General de la Seguridad Social información sobre los rendimientos anuales reales percibidos en ese ejercicio. A partir de aquí, caben dos posibilidades:

De una parte, si la cuota elegida durante el año resultase inferior a la asociada a los rendimientos comunicados por la Agencia Tributaria, se notificará al trabajador el importe de la diferencia. Este importe deberá ser abonado antes del último día del mes siguiente a aquel en que se haya recibido la notificación con el resultado de la regularización.

Por otra, si, por el contrario, la cotización fuera superior a la correspondiente a la base máxima del tramo en el que estén comprendidos los rendimientos, la Tesorería General de la Seguridad Social procederá a reintegrar la diferencia antes del 30 de abril del ejercicio siguiente a aquél a que se corresponde la declaración.

Pues bien, sobre este nuevo esquema general, las personas autónomas artistas gozan de una serie de particularidades:

En primer lugar, el art. 313 bis LGSS establece una cotización especial la persona autónoma artistas con bajos ingresos, que son aquellos cuyos ingresos anuales son inferiores a 3000 euros[48], y que para el año 2024 se ha fijado en 526,14 euros[49]. Así, cuando en el procedimiento de regularización de cuotas se compruebe que el promedio de los rendimientos netos mensuales efectivamente obtenidos es igual o inferior a los mencionados 3.000 euros, no se procederá a la citada regularización de cuotas. Lo contrario ocurrirá si se supera el mencionado umbral.

Precisamente por la inclusión de este supuesto especial, en segundo lugar , el art. 46.4 RD 2065/1995, establece reglas de adaptación de la regularización para el caso de pluriempleo. Así, las personas autónomos artistas que se hayan acogido a la cotización especial por bajos ingresos, cuando en el mismo ejercicio objeto de regularización hayan causado alta en el RETA, como consecuencia de otra actividad como persona trabajadora autónoma diferente a la actividad artística, el promedio de los rendimientos netos mensuales efectivamente obtenidos se calculará teniendo en cuenta la totalidad de los rendimientos computables derivados de las diferentes actividades profesionales realizadas al año de que se trate.

En este caso, cuando los rendimientos netos anuales efectivamente obtenidos en el año fuesen iguales o inferiores a los 3.000 euros mencionados anteriormente, la regularización prevista en el art. 313 bis LGSS será aplicable al periodo de alta consecuencia de la actividad artística y al resto de períodos les resultará de aplicación las reglas generales de regularización del RETA, siendo su base de cotización definitiva la mínima del tramo 1 de la tabla reducida que corresponda. Si, por el contrario, los rendimientos netos anuales efectivamente obtenidos en el año fuesen superiores a los reiterados 3.000 euros, a todos los períodos de alta les resultará de aplicación las reglas generales de regularización.

Este mismo tratamiento se aplicará a las situaciones en que se simultanee la actividad artística con otra actividad por cuenta propia diferente de la actividad artística siempre y cuando por dichos períodos los trabajadores autónomos artistas se hubiesen acogido a la aplicación del régimen de cotización especial por bajos ingresos.

En el ámbito de la acción protectora, las particularidades son escasas. Así, el art. 249 quater LGSS prevé que las reglas de compatibilidad de la pensión de jubilación explicadas anteriormente se apliquen no solamente al trabajo por cuenta ajena, sino también al trabajo por cuenta propia[50].

4. A MODO DE CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de analizar la situación del mercado de trabajo del sector de la cultura y los principales cambios legislativos acaecidos en la regulación laboral y social en el marco de la iniciativa conocida como “Estatuto del Artista”.

De lo primero cabe concluir que el sector reviste particularidades especiales que lo hacen difícilmente medible, lo que no impide observar, de una parte, unos buenos resultados en materia de paro y ocupación; pero, de otra, una cierta precarización que se traduciría en un mayor peso del

[48] Disposición adicional primera del RDL 5/2022.

[49] Disposición transitoria cuarta del RDL 1/2023, hasta la aprobación, en su caso, de una nueva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

[50] Desdentado Daroca, E., «La protección social de los artistas», cit., pp. 247-249.

trabajo por cuenta propia y una mayor inestabilidad laboral, ya sea en este caso, ya sea en el trabajo por cuenta ajena. En este último, la temporalidad y parcialidad son superiores a la media.

De este estudio se pueden deducir un objetivo común general, la mejora de las condiciones de trabajo y de protección social de este tipo de personas trabajadoras y profesionales, y unas líneas de tendencia claras también compartidas:

En primer lugar, se apuesta por una definición flexible de los sujetos incluidos bajo el paraguas del Derecho del Trabajo. Esto se ha articulado a través de la ampliación del ámbito de aplicación de las normas reguladoras de la relación laboral especial.

En segundo lugar, aunque son varias las posibilidades de encuadre desde un punto de vista laboral, se observa también una tendencia clara hacia la utilización de los dos criterios generales de clasificación: trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia, con las correspondientes adaptaciones, más intensas en el primero que en el segundo. Ahora bien, dicho esto, parece que de las reformas introducidas en los últimos años tienden claramente por la relación laboral, ya se ordinaria o especial. Este resultado abre la puerta al debate acerca de si serían necesarios ajustes del lado del trabajo por cuenta propia y, en su caso, si ello desincentivaría la vía laboral.

Esto se relaciona, en tercer lugar, con una apuesta decidida por mejora de la estabilidad en el empleo e igualación de las condiciones de trabajo entre indefinidos y temporales. Aunque es imprescindible tener en cuenta que éste es un sector caracterizado la imprevisibilidad e inestabilidad de gran parte de la actividad profesional que se desarrolla en el sector[51], lo cierto es que se ha procurado dar acomodo a estas características dentro del marco laboral, por ser aquel que otorga una mayor estabilidad y garantía de derechos.

Como complemento de lo anterior, en cuarto lugar, se ha procedido también una reforma de la protección social de los artistas. Frente a una fuerte adaptación de las reglas de cotización (con especial atención a los períodos de inactividad) y acción protectora en el régimen general (flexibilizando el acceso al desempleo en los períodos de inactividad), en el RETA apenas se observan especialidades. Ésta es, sin lugar a duda, una fórmula de protección a la que habrá de prestar atención en el corto y medio plazo.

Por último, es preciso destacar que estas profundas reformas se han sustentado en el consenso político y participación de las entidades implicadas. No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta la entidad de los cambios introducidos, la amplitud de los ámbitos afectados, incluyendo cuestiones laborales y de protección social, y las especificidades que reviste la actividad artística.

5. REFERENCIAS

Altés Tárrega, J. A.; García Testal, E., *Contrato de Trabajo y Propiedad Intelectual de los Artistas Musicales*, Tirant lo Blanch, 2017.

Alzaga Ruiz, I., «La reforma de la relación laboral de los artistas», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 25 marzo 2024, en https://www.aedtss.com/la-reforma-de-la-relacion-laboral-de-artistas/.

Alzaga Ruiz, I., *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001.

[51] Desdentado Daroca, E., «La protección social de los artistas», cit.

Alzaga Ruiz, I., «Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 203, 2017, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 127-149.

Aragón Gómez, M. C., «El nuevo sistema de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 99, 2023, La Ley, p. 11.

Ateca, V.; Villarroya, A., *¿Cómo son las condiciones laborales y de vida de los artistas y profesionales de la cultura? - El Observatorio Social - Fundación «la Caixa» - osocial*, Fundación La Caixa, Madrid, 2023.

Blázquez Agudo, E.M.; Pérez del Prado, D.; García García, A.; Silleras, T.; Coelho Moreira, T.; Dias, I.; y otros, *La Seguridad Social de los artistas en Iberoamérica. Informe 2022*, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2022.

Chabannes, M., «Un nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos: A propósito del Real Decreto 504/2022 de 27 de junio», en AEDTSS (ed.) *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2022, pp. 238-242.

Desdentado Daroca, E., «La protección social de los artistas», en Desdentado Daroca, E. (ed.) *El marco legal de la cultura y la creación artística: (un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 221-262.

Desdentado Daroca, E., *La protección social de los artistas y de los profesionales taurinos*, Bomarzo, Albacete, 2013.

Guzmán Cárdenas, C. E., «La profesionalización de la gestión cultural. La experiencia pionera CLACDEC», *Periférica*, n.º 22, 2021, Universidad de Cádiz.

Kahale Carrillo D.T., *La nueva regulación del Estatuto del Artista: una visión comparada*, Boletín Oficial del Estado. (BOE), Madrid, 2023.

Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G., «La protección social de los artistas: a propósito de la Propuesta de elaboración de un Estatuto del Artista y del Profesional de la Cultura», *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, n.º 16, 2018, Laborum, pp. 11-20.

Murcia Molina, S., *La seguridad social de los artistas profesionales en espectáculos públicos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

Rodríguez Cardo, I. A., «El nuevo sistema de cotización de los autónomos», en AEDTSS (ed.) *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2022, pp. 215-218.

Rojo Torrecilla, E., «Artistas y personal técnico y auxiliar. Y después del 4 llegó el 5, y esta vez sí es laboral. Notas al RDL 5/2022 de 22 de marzo y texto comparado con la normativa vigente.», *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2022, fecha de consulta 1 octubre 2024, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/03/artistas-y-personal-tecnico-y-auxiliar.html.

Roqueta Buj, R., *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Ruiz de la Cuesta Fernández, S., *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, : Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Clásicos de la Seguridad Social
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 373-432

Luis Jiménez de Asúa (1889-1970): Las bases de la política y del derecho de la Seguridad Social en la Constitución española de 1931

Luis Jiménez de Asúa (1889-1970): The bases of Social Security policy and law in the Spanish Constitution of 1931

José Luis Monereo Pérez

Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Sumario

1. **Luis Jiménez de Asúa, jurista crítico**
2. **Contribución de Jiménez de Asúa en el proceso de elaboración de la Constitución Republicana de 1931**
3. **La Seguridad Social en el marco de la "Constitución socioeconómica" y su desarrollo legislativo**
   3.1. Los derechos de Seguridad Social en la Constitución Española de 1931
   3.2. El desarrollo de la protección social pública a partir de las normas sociales de la Constitución de 1931
4. **Obras de Luis Jiménez de Asúa (Selección)**

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: «Luis Jiménez de Asúa (1889-1970): Las bases de la política y del derecho de la Seguridad Social en la Constitución española de 1931». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 373-432.

"La Constitución normada por el Derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada […]. La Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concreta, la Constitución sólo es posible debido a que los partícipes consideran a esa ordenación y a esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan […]"

Hermann Heller[1]

1. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, JURISTA CRÍTICO

Luis Jiménez de Asúa (Madrid, 19 de junio de 1889-Buenos Aires, 16 de noviembre de 1970) fue un intelectual comprometido. Y lo fue desde su condición de joven profesor durante la Dictadura de Primo de Rivera, desempeñando un importante papel en la movilización del profesorado universitario y significativamente auge del movimiento estudiantil. Y asumió ese papel de "guía espiritual" e ideólogo de toda una generación de universitarios jóvenes siendo ya titular de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Central de Madrid. Dejar constancia de que algunas de sus conferencias sobre el amor libre, el eugenismo y la eutanasia se convirtieron en desafíos abiertos a la dictadura de Primo de Rivera[2]. Jiménez de Asúa pasaría de un liberalismo sociopolítico radical hacia la defensa del socialismo democrático. Por lo demás, en la posición de Jiménez de Asúa los factores científicos y los puramente políticos resultaban inseparables. La mejor prueba de esta interconexión reside en la larga polémica epistolar que mantuvo en 1926 y 1927 con quien había sido su maestro en Derecho Penal: el profesor italiano Enrico Ferri, cuya posición entonces era de identificación con la Dictadura fascista de Mussolini, lo que le condujo finalmente a romper sus relaciones con él[3].

Pero, además, tuvo un protagonismo extraordinario en todo el proceso constituyente de la Segunda República Española de 1931, siendo también importante retener sus estudios fundacionales en materia de Derecho constitucional en España[4]. Presidio la Comisión Parlamentaria que redactó el Proyecto de Constitución de la Segunda República. Por si esto no fuera poco, Jiménez de Asúa ha sido

[1] Heller, H.: *Teoría del Estado,* edición y estudio preliminar, "La teoría político-jurídica de Hermann Heller", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs.286-287.

[2] Aubert, P.: "Intelectuales y cambio político", en *Los orígenes culturales de la II República,* edición a cuidado de J.L. García Delgado, IX Coloquio de Historia de España dirigido por M. Tuñón de Lara, Madrid, Siglo veintiuno, 1993, págs. 25 y sigs., en particular pág. 52. Señala también su compromiso con la Liga de los Derechos del Hombre (18 de marzo de 1922). Se celebra su primera reunión en el Ateneo, a principios de mayor. Presidía el acto Augusto Barcia. Hablaron Albornoz y Jiménez de Asúa (*Ibid.*, pág. 56).

[3] Con referencia a sus ensayos biográficos, recogidos en *Política, figuras paisajes,* págs. 7-9, 10-13, 26-33; *Notas de un confinamiento,* págs. 122-125 y 127, 190-111, 112-125; *La Prensa* (Buenos Aires), 8-XI-1927, véase García Queipo De Llano, G.: *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera,* Madrid, Alianza editorial, 1988, págs. 512-517. Durante el año 1928 imparte conferencias defendiendo la "maternidad consciente" y la "libertad de amar". El Ministerio de Instrucción Pública ordenó al rector de la Universidad de Murcia que le incoara expediente. Tal decisión debió tomarse a fines de mes y fue acompañada de por la suspensión de empleo de Jiménez de Asúa y la reducción de su sueldo a la mita. El resultado fue esperable: el estallido de la protesta estudiantil en la Universidad de Madrid, suspendiéndose las clases durante cinco días. El Claustro de la Facultad de Derecho, de la que era profesor Jiménez de Asúa, proclamó la libertad de expresión, aplicando este principio a lo sucedido con el catedrático de Derecho penal. Este, cuando fue suspendido de empleo y medio suelo, se convirtió durante unas semanas en una especie de héroe en los medios estudiantiles. Los estudiantes hicieron una colecta para pagarle el resto de su sueldo y cuando asistía a actos públicos era objeto de una prolongada ovación. Sin la menor duda, Jiménez de Asúa defendió las libertades y derechos fundamentales frente a una Dictadura que las vulneraba, incluidos los de la mujer. En ese periodo no formaba parte de ningún partido político, pero la lucha por el derecho frente a la Dictadura, y la experiencia de su comportamiento represivo le condujo al tiempo al socialismo democrático, afiliándose al Partido Socialista.

[4] *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1932; *La Constitución de la democracia española,* 1942; *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* 1943.

uno de los más grandes penalistas del siglo veinte, con aportaciones decisivas en numerosas obras sobre el Derecho Penal[5]. Su *Mensaje a la Juventud. Retorno a la ciencia* (17/04/1931) y otros escritos que interpelaban a los jóvenes, tiene una gran proximidad teleológica a los escritos contemporáneos coetáneos de Gustav Radbruch dirigido a los jóvenes en la convulsa coyuntura crítica de la República de Weimar[6].

Se licenció en Derecho en 1909 y alcanzó prontamente la condición de doctor con la tesis "El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida" (1913), dirigida por Quintiliano Saldaña, y la condición de catedrático (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid, 1918). Tendría una fructífera estancia en el Instituto de Ciencias penales de Franz von Liszt, uno de los más relevantes penalistas europeos. A su regreso fue nombrado profesor auxiliar y después encargado de la cátedra de J. M. Valdés. La obtuvo en reñido concurso de oposición en 1918. Cabe subrayar que en su proceso de formación científica se inspiró en el positivismo (señaladamente el postulado por el Enrico Ferri) y en el correccionalismo español y se asentó en el estudio de la obra de las personalidades científicas más relevantes de su tiempo: los positivistas italianos y nuestros clásicos y correccionalistas. El aprendizaje que dejó más huella y resultó más fructífero en el tiempo es el que realizó junto a von Liszt[7], cuya teoría jurídica del delito tradujo al castellano en los volúmenes segundo y tercero de su *Tratado de Derecho Penal* (1916 y 1917). Tradujo asimismo el *Programa del Curso de Derecho criminal* de F. Carrara (1922), figura eminente de los penalistas clásicos. En 1923 viajó a Latinoamérica por vez primera. Impartió conferencias y cursos en Argentina y Uruguay. A su regreso se había impuesto en España la dictadura de Primo de Rivera[8]. Dictadura contra la cual luchó resueltamente.

---

[5] *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997; *Tratado de Derecho Penal*, varios volúmenes.

[6] Radbruch, G.: "A los jóvenes juristas" (1919), en Radbruch, G.: *El hombre en el Derecho,* trad. I. del Campo, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho" (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, págs. 89-100. Para la posición cualificada de Gustav Radbruch, puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La filosofía política de Gustav Radbruch: Una lectura política y jurídica,* estudio preliminar a Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* 4ª edición, sin constancia del traductor (atribuida a José Medida Echavarría), edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999; y ampliamente, 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.

[7] Es suficiente reparar en la obra fundacional de Franz von Liszt y verificar los puntos de proximidad con su propia concepción. Véase Liszt, F. v.: *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo 1882*, trad. C. Pérez del Valle, Introducción y Nota biográfica de J.M. Zugardía Espinar, Granada, Comares, 1995, págs. 41-96. En la nota biográfica de este libro se deja constancia de que en la difusión del pensamiento de von Liszt en España tuvieron un papel importante las traducciones de *Lehrbuch des deutschen Strafrech* realizadas por Quintilino Saldaña (1914) y Jiménez de Asúa (1916) (*Ibid.,* pág. 10). Véase Liszt, F. V.: *Tratado de Derecho Penal,* traducción de la 20ª edición alemana de Jiménez de Asúa, y adicionado con el "Derecho penal español" por Quintiliano Saldaña, y tres Volúmenes, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1ª edición, Tomo I, 1914, Tomo II, 1916, Tomo III, 1917.

[8] González Calleja, E.: *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria 1923-1930,* Madrid, Alianza Editorial, 2005, Capítulo 2 ("Mito y realidad de la "Cirugía de Hierro"), págs. 75 y sigs., Capítulo 6 ("Las corrientes de oposición a la Dictadura", págs. 317 y sigs.; Goméz-Navarro, J.L.: *El Régimen de Primo de Rivera. Reyes, dictaduras y dictadores,* Madrid, Cátedra, 1991, Capítulo VII (sobre la ideología del régimen), págs. 305 y sigs., y capítulos IX y X (sobre la política social y el corporativismo y las fuerzas sociales y la política social), págs. 391 y sigs. Véase, asimismo, 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

En 1926 se produjeron numerosas protestas de estudiantes[9] y profesores, a cuya cabeza se encontraba también Luis Jiménez de Asúa, quien tras intervenciones en la oposición que cubría la vacante forzosa de Unamuno y en la manifestación con motivo de la llegada a Madrid de los restos de Ganivet resultó suspendido en la cátedra y confinado en las Islas Chafarinas, junto a Francisco de Cossío y Salvador Vila. En julio de ese mismo año, como presidente accidental del Ateneo madrileño, se opuso al nombramiento gubernativo de una nueva junta, lo que le llevó a la Cárcel Modelo, donde ya se encontraba Marañón por la causa de la *Sanjuanada*. Inició el ejercicio de la abogacía y en mayo de 1929 renunció a la cátedra en protesta contra la Dictadura, al igual que Ortega y Gasset, Fernando de los Ríos, Felipe Sánchez Román y Alfonso García Valdecasas. En 1930 fue abogado defensor de Santiago Casares Quiroga, integrante del Comité Revolucionario creado por el pacto de San Sebastián, del que saldría el Gobierno Provisional de la Segunda República.

Inicialmente se integró en Alianza Republicana, el partido de Azaña, pero su preocupación social y los buenos oficios de Fernando de los Ríos le llevaron con la velocidad de los acontecimientos al Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y al escaño en el Parlamento por Granada. El Gobierno, que derogó el Código Penal de 1928, le encargó la adecuación del Código de 1870 al orden republicano, lo que se llevó a cabo en quince días. Como diputado le fue encomendada la presidencia de la comisión redactora de la Constitución, en la que desempeñó un relevante papel jurídico y político. Suprimida la Comisión General de Codificación se creó la Comisión Jurídica Asesora[10], que Asúa presidió después de haber encabezado la subcomisión de Derecho penal, integrada entre otros por José Antón Oneca, Mariano Ruiz Funes, Niceto Alcalá-Zamora Castillo y Arturo Rodríguez Muñoz, que realizaron los trabajos que dieron lugar al Código de 1932. Con Mariano Ruiz Funes corrigió el proyecto gubernativo de la Ley de Vagos y Maleantes (1933) y, aunque reconoció los estados peligrosos sin delito, sometió las medidas de seguridad a la aplicación jurisdiccional. Las características más señaladas del Código de 1932 fueron la supresión de la pena de muerte y de las penas perpetuas, la supresión de la responsabilidad objetiva, la ampliación de las eximentes

[9] Para el contexto del surgimiento del movimiento estudiantil comprometido con la defensa de la democracia, con referencia también al periodo de la Dictadura de Primo de Rivera, puede consultarse González Calleja, E.: *Rebelión en las aulas. Movilización y protesta estudiantil en la España contemporánea (1865-2008),* Madrid, Alianza Editorial, 2008; *Ibid.,* "La politización de la vida universitaria madrileña durante los años veinte y treinta", en *La Universidad Central durante la Segunda República. Las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria (1931-1939),* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2013. Reflexiones de interés en una perspectiva más global, Bergmann, U., Dutschke, R., W. Lefèbre, y Rabehl, B.: *La rebelión de los estudiantes,* trad. Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1976; con referencia a Jiménez de Asúa y su implicación en la lucha contra la dictadura de Primo de Rivera, véase la biografía realizada por Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019. Asimismo, Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Tesis doctoral para la obtención del Grado de Doctor en Derecho, dirigida por Sebastián Martín, 2017/2018, págs. 12 y sigs., 90 y sigs. (Capítulo III, "El Derecho penal como arma política. Luis Jiménez de Asúa y la lucha contra la Dictadura de Primo de Rivera").

[10] Por Decreto de 6 de mayo de 1931, el Gobierno Provisional de la República disolvió la Comisión General de Codificación, existente desde el 10 de mayo de 1875, porque se estimó que este vetusto organismo, que había servido a la Dictadura, no podría cumplir la misión la misión ambiciosa de elaborar una nueva Constitución, y que su estructura, finalidad y tradición no concordaban con las necesidades del momento ni con la interna visión reinante sobre la función del Derecho. La sustitución de este instituto envejecido, y para cumplir los objetivos modernos, se crea la Comisión Jurídica Asesora, que se dividió internamente en Subcomisiones, la más importante de las cuales fue la de la Constitución, a cuya cabeza estuvo el propio Presidente, Ángel Ossorio y Gallardo. Reunidas las Cortes democráticas, la primera misión de ellas era componer una Constitución, y para ello se designó la Comisión Parlamentaria de Constitución, compuesta de veintiún miembros, en la que tenían proporcional representación los grupos y partidos, siendo el Partido Socialista, dentro de las minorías, el más numeroso, correspondiéndole cinco miembros en ella. Inmediatamente de nombrada, el día 28 de julio, esta Comisión parlamentaria se puso a la tarea abrumadora de componer el Código Político que representa metafóricamente la Constitución jurídica fundamental. Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 17-18.

de enfermedad mental y estado de necesidad, la inclusión en el mismo de la condena y la libertad condicional, la supresión como delito del adulterio y del duelo, y la creación de otros nuevos, como el delito de usura, el daño en cosa propia de utilidad social y las estafas más graves[11].

Sería elegido, de nuevo, diputado en las elecciones de 1933 y 1936, en ambas legislaturas por Madrid, con votos personales sólo detrás del más votado de todos: Julián Besteiro. Fue abogado defensor de Largo Caballero en el proceso por los hechos de octubre de 1934, cuyo desencadenamiento rechazó. Tras las últimas, fue elegido vicepresidente 1.º de las Cortes. En 12 marzo de 1936 fue víctima de un atentado falangista en el que murió su escolta (Jesús Gisbert) y que inició el trágico ciclo final de las pistolas que abocó en el 18 de julio. El entierro del policía derivó en manifestaciones de repulsa y graves incidentes. La policía detuvo a varios falangistas, aunque los autores materiales del atentado pudieron huir a Francia en una avioneta pilotada por el aviador Juan Antonio Ansaldo. La Dirección General de Seguridad, siguiendo instrucciones del Gobierno, ordenó la detención de la junta política y la directiva nacional de Falange. El 14 de marzo, José Antonio Primo de Rivera fue detenido y también otros dirigentes como Julio Ruiz de Alda, Raimundo Fernández Cuesta, Rafael Sánchez Mazas y David Jato. Un meas después, el 13 de abril, fue asesinado también por falangistas Manuel Pedregal, el magistrado de la Audiencia que acababa de condenar a algunos de los encartados en el atentado contra Jiménez de Asúa[12]. Los incidentes violentos se sucedieron y desencadenaron en muertes[13].

Al estallar la Guerra Civil, como otros muchos intelectuales formados en el extranjero, pasó a tareas diplomáticas como embajador de la República en Praga —con Francisco Ayala como secretario— y como delegado ante la Sociedad de Naciones, con Emilio González López de secretario, llevando a cabo una importante función respecto de los países de Centroeuropa, así como de compra de armas y servicios de inteligencia en la Alemania nazi, viviendo en directo el abandono de Gran Bretaña y Francia de la República democrática española y el entreguismo de Múnich". En este marco participó en la primera Convención Internacional de prevención y lucha contra el terrorismo de 1937. Cuando se produce el golpe de Estado militar franquista en julio de 1936, Jiménez de Asúa ocupaba el cargo de vicepresidente de la Comisión Ejecutiva del PSOE y del Congreso de los Diputados. Pudo conocer de primera mano, junto a Fernando de los Ríos y ante el gobierno de Léon Blum, el acuerdo de "no-intervención" de los países democráticos europeos. Con ello la República quedó abandonada a

[11] Real Academia de la Historia: "Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 19.VI.1889 - Buenos Aires (Argentina), 16.XI.1970". Semblanza hecha por Luis Arroyo Zapatero. Más ampliamente, Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, págs. 25 y sigs.; Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa. El penalista de la retaguardia imposible,* Tesis Doctoral por la Universidad de Alicante-Programa de Doctorado en Filosofía y Letras, 2020.
https://dbe.rah.es/biografias/13291/luis-jimenez-de-asua

[12] Sobre el atentado contra Jiménez de Asúa el 12 de marzo de 1936, véase Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, págs.140-148. Señala, en relación a ello, que en el atentado contra Jiménez de Asúa convergen, en lo principal, tres factores para un análisis crítico: en primer lugar, la "fascistización" de la vida estudiantil. Asimismo, la violencia con fines políticos. Y, por último, el papel de Falange Española en la escalada de terror, a través de grupos paramilitares, que siguió al triunfo electoral del Frente Popular. Las investigaciones policiales y la instrucción judicial del atentado contra Jiménez de Asúa durante los días posteriores siguió en paralelo a la decisión política del Gobierno de Azaña de ilegalizar a Falange Española y detener a los miembros de su Junta Política. La implicación directa en el atentado de Falange Española - el partido de José Antonio Primo de Rivera- quedó plenamente probada. Véase Viñas, Á.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del Gobierno,* Barcelona, Crítica, 2021, págs. 217 y sigs.

[13] Véase Casanova, J.: *República y guerra civil,* vol. 8 de la *Historia de España,* dirigida por J. Fontana y R. Villares, Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007, págs. 164 y sigs.

su suerte[14]. Esa decisión de abstenerse fue asumida también por el Partido Laborista británico, a pesar de la oposición de Harold Laski[15], que era el intelectual más prestigioso del socialismo inglés -y en gran medida europeo- tanto a nivel interno como internacional.

[14] Véase Viñas, Á.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Europea,* Barcelona, Crítica, 2007 (reimpresión edición 2006), con amplia referencia a Jiménez de Asúa, por ejemplo, págs. 46 y sigs. y 58 y sigs. La valoración de conjunto sobre el abandono de la Repúblicas por las democracias europeas, bajo la concurrencia de factores causales diversos, entre intereses, ideologías y temores, puede apreciarse en síntesis en las páginas 417 y sigs., y desarrolladas en capítulos tan relevantes como el capítulo 6, págs. 197 y sigs., y toda la Tercera Parte ("Para la defensa de la República"), págs. 35 y sigs. En una tarea investigadora impresionante integrada por varios libros en los que se disecciona la destrucción de la República democracia española. Es una pentalogía integrada por "*El Gran Error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del Gobierno*" (Barcelona, Crítica, 2021), "*La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética*" (Barcelona, Crítica, 2006, reimpresión 2007), "*El escudo de la República*" (Barcelona, Crítica, 2007), "*El honor de la República. Entre el acoso fascista, la hostilidad británica y la política de Stalin*" (Barcelona, Crítica, 2012) y "*El desplome de la República*" (con Hernández Sánchez, Fernando, Barcelona, Crítica, 2009, 2022). Importa retener que la relevancia entre lo interno (política interior) y lo externo (política exterior) en la República española. De manera que debe destacarse no sólo los conflictos internos, sino el papel extraordinario de las relaciones complejas entre la guerra civil española -provocada por el golpe de Estado franquista- y un contexto europeo que al tiempo se mostraría desfavorable. En términos de conjunto, señala Ángel Viñas, frente al enfoque utilizado generalmente por escritores pro-franquistas, las investigaciones empíricas han contrastado que la guerra civil no es pensable desde el primer momento sin una referencia permanente ese contexto europeo. Franco -y sus asesores- lo captaron al apelar inmediatamente, en situación desesperada, a la ayuda de las potencias fascistas y en sus esfuerzos por estimular el continuado apoyo extranjero. Sus alegatos advirtiendo, sin base real, del peligro inminente de bolchevización fueron en la misma dirección. Como resultó evidente, la Iglesia Católica terminó bendiciendo la "cruzada". El franquismo planteó este enfoque ideológico como tal, en contra del comunismo ateo y destructor, desde los albores mismos de la sublevación. De este modo, tocó una cuerda hipersensible para ciertas potencias que hubieran podido, acaso, contribuir a que los acontecimientos futuros se desarrollaran de otra forma. Al frente de ellas, figuró significativamente el Reino Unido. Pero cabe añadir a lo planteado por Viñas que en el interior de estos países democráticos europeos se estaban produciendo transformaciones *internas,* con emergencia de fuerzas antidemocráticas que contribuían a facilitar esa asimilación de un diagnóstico prefabricado. Los propios Estados europeos relevantes -Reino Unido y Francia, muy en particular- tenían intereses políticos contrapuestos a la política de intervención en el marco de una política de "cálculos" de costes de transacción sobre la dialéctica intervención-no intervención (abstención). Es más, muy pronto tendríamos un escenario caracterizado por una Francia colaboracionista con el régimen dictatorial de Hitler [el régimen de Vichy y de Henri Philippe Benoni Omer Pétain, general y Jefe de Estado francés, que el 2 de marzo de 1939 sería nombrado embajador de Francia en España. El 20 de marzo de ese año presentó sus credenciales al general Francisco Franco, jefe del bando hostil a la República, residente entonces en Burgos, porque todavía no había terminado oficialmente la guerra civil española] y gobiernos conservadores europeos que veían a la República española más bien como una amenaza de izquierda que como una democracia que debería ser salvada con arreglo a los modernos principios de la democracia constitucional frente a las cada vez más poderosas antiparlamentarias internas y externas. En cualquier caso, el cúmulo de factores internos -intereses, ideas y creencias- y externos -una intencionada no intervención defensiva, nada inocentes de los gobiernos del Reino Unido y de Francia-, minaron la capacidad de resistencia y ataque del republicanismo democrático y acrecentaron el poder de bando franquista que contó desde el principio con el apoyo de Italia fascista, primero, y después del régimen dictatorial de Hitler. La política de no intervención colocó a la República en situación casi desesperada. Sobre el sistema político autoritario en la Francia de Vichy, puede consultarse, Ferro, M.: *Pétain,* Hachette Littérature, Poche, 1993; Dreyfus, F-G.: *Histoire de Vichy,* París, Fallois, 2004; Paxton, R.O.: *La Francia de Vichy,* Barcelona, Noguer, 1974; Sternhell, Z.: *Ni droite ni gauche. L'idéologie fasciste en France,* París, Gallimard, 2013.

[15] Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/ El Viejo Topo, 2004.Monereo Pérez, J. L. (2021). "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *11*(1), 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426; *Ibid., Harol J. Laski*, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* Editors: Mortimer Sellers, Stephan Kirste, Francesco Zanetti.Publisher: Springer.Publication date: 2020. ISBN (Electronic): 978-94-007-6730-0, 2020. *Ibid.,* Laski, H.J.: *La Gramática de la Política. El Estado moderno* (1925), Trad. T. González García, 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* (1937), 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; *Ibid., "*Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española*

Con todo, la República española, aún instituida en la excelente Constitución Republicana de 1931, mostró su fragilidad, ante una *realidad constitucional* (extremadamente compleja) que ponía de manifiesto el poder ostentado por fuerzas políticas y económicas[16] -españolas y extranjeras-, como también la presión de la Iglesia Católica y del Ejército -que en aquellos tiempos era muy dado a intervenir en la forma bien conocida de "pronunciamientos" militares- contrarias a la República y al ideario de transformación a la cual iba unida esta "forma-Estado" democrático en su contexto histórico de promesas explícitas de emancipación de las masas empobrecidas e ilusionadas en crear un mundo más justo (lo cual implica, al menos inicialmente, llevar a cabo una revolución pacífica, en el plano social, político y jurídico). Ideas y fracturas de la sociedad española coexistían desde el mismo momento de proclamación de la Segunda República. No había condiciones para realizar una suerte de reforma constitucional desde la debilitada Constitución jurídica formal de un régimen dictatorial como fue el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera; y ante ello lo que se impuso fue una forma pacífica -hay que subrayarlo- de mutación constitucional, que no se limitaba a la transformación de la forma de gobierno, sino que fue más allá al cambiar la forma de Estado, que pasó de ser un Estado autoritario (de impronta corporativista en la perspectiva institucional) a un Estado social y democrático de Derecho que estructura el cuerpo social a través de una típica democracia representativa de partidos políticos; mutación está que se formalizó en el Texto Constitucional de la Segunda República Española de 1931, pasando a ser no sólo una realidad de hecho -fáctica-, sino también de Derecho. Lo cual implicaba establecer una base constitucional para así transformar las estructuras públicas y las relaciones sociales existentes en el momento constituyente, es decir, un cambio social en el sentido ya previsto en la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico. Esto describe un acontecimiento histórico para afrontar el conflicto político al que subyacía un gran relato emancipador de origen "juridizado" al máximo nivel, más allá de los éxitos y frustraciones que mostraron el devenir de la Segunda República. En este sentido el golpe de Estado militar y la subsiguiente guerra civil supuso una destrucción de la República democrática española, que quedó también al igual que otras Repúblicas democráticas del periodo de entreguerras como una *democracia inacaba*, porque las fuerzas oponentes -finalmente dominantes- no le dejaron ser. Jiménez de Asúa en sus trabajos -en los que preside la memoria del protagonista de la historia- escribe desde un inevitable diálogo entre su presente en evolución y un pasado todavía no suficientemente conocido en todos sus perfiles (éstos perfiles se irían descubriendo paulatinamente -y no sin descubrimientos sorprendentes a cada paso- a medida en que se disponían de nuevas fuentes de conocimiento y de estudios rigurosos sobre la época, pues todo conocimiento histórico es contingente, al estar sometido a esas nuevas fuentes de conocimiento disponible; y casi siempre resta muchas por ser descubiertas).

En octubre de 1936 Jiménez de Asúa dirigió la Legación española de Praga, siendo nombrado ministro Plenipotenciario y asumió también la dirección de unos eficientes servicios de inteligencia. En los últimos meses de la guerra civil desempeño la Alta Representación de la Segunda República

de Derecho del Trabajo, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007*; Ibid., La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.

Este posicionamiento abstencionista de los partidos socialistas gobernantes pertenecientes a la Segunda Internacional Socialista, fue considerado como una auténtica traición para el socialismo democrático que gobernaba en la Segunda República Española. Al efecto, Martínez Cánovas, recoge esa percepción en pensadores como Juan Simeón Vidarte y el propio Jiménez de Asúa. Cfr. Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, págs.160-165.

[16] Respecto a los poderes económicos y su actuación como grupos de presión, señaladamente durante los periodos sucesivos de 1923-1936 y 1936 y sigs., véase Cabrera, M., y Del Rey, F.: *El poder de los empresarios. Política y economía en la España contemporánea (1875-2010),* Barcelona, RBA, 2011, págs. 107 y sigs., 245 y sigs., y 291 y sigs.

ante la Sociedad de Naciones[17]. Con ello el protagonismo político de Jiménez de Asúa no hizo sino acrecentarse en una coyuntura crítica, siendo ante todo un intelectual de nítida formación y vocación universitaria, como tras la postguerra mundial tendría oportunidad de demostrar más plenamente.

Su vida es la expresión del compromiso de un intelectual afrontando los dilemas de la sociedad de su tiempo. A la interrogante sobre si el jurista puede evadirse de unas exigencias de una etapa crítica, él respondió con esa implicación, poniendo su vida en riesgo; y no sólo por sufrir un atentado fallido, sino por todos los acontecimientos que sucedieron después dentro y fuera de España. En el fondo, es asumir como realidad existencial y acción consciente que la vida del ser humano está inserta en un contexto histórico que le condiciona, pero que también le permite actuar conscientemente para tratar de transformar esa realidad como sujeto histórico. El compromiso de Jiménez de Asúa fue un compromiso intelectual que se proyectó en el plano político y, en relación con ello, se materializó como productor y creador de conocimiento científico jurídico tanto en el plano constitucional como en los campos del Derecho penal y de la Criminología. Fue un crítico de las ideologías conservadoras en materia política, social y jurídica, señaladamente en lo que se refiere a aquel campo del saber más vinculado a su "especialidad" (aunque era crítico, como Ortega y Gasset, de la especialización aislacionista de los saberes). Muy alejado de la cómoda posición del "experto" que rehúye los juicios de valor y pretende atenerse a un quehacer libre de valores, manteniendo una posición supuestamente objetiva y axiológicamente neutral en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. El exilio forzoso no hizo sino incrementar su condición de intelectual comprometido políticamente, aunque enfatizando su labor en el campo del Derecho penal y de la Criminología.

Cuando se consuma "la derrota de la República, quedó privado de su cátedra y en aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas fue expropiado de todos sus bienes. Aunque invitado en México, se exilió en Argentina. En 1945 presidió en México la última reunión de las Cortes de la República y, a la muerte de Diego Martínez Barrios, tuvo que asumir la Presidencia de la República en el exilio. Allí publicaría *La Ley y el Delito* y la obra de Derecho comparado *Los Códigos Penales Iberoamericanos,* escrito en colaboración con F. Carsi Zacarés. Fuera de la Universidad se dedicó

[17] Para esto último, véase, Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, Introducción, pág. XXV, y ampliamente págs. 153 y sigs. Fernando de los Ríos y Luis Jiménez de Asúa conocieron de primera mano la decisión sobre la "No-Intervención" de los países democráticos del momento en el conflicto supuestamente "interior" de la Guerra Civil española generada por el golpe de Estado militar del general Franco. En realidad, el conflicto tenía desde el principio una dimensión "exterior" con la implicación de los Estados Totalitarios de Alemania Nazi y de Italia Fascista, cuya intervención se fue acrecentando durante la dinámica de la Guerra "Incivil" con como la denominaría Adolfo Posada reiteradamente, y sobre todo en su obra *Fragmentos de mis memorias*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983 y en otras publicaciones. Véase, al respecto, incidiendo en el proceso constitucional que conduciría a la Constitución Republicana de 1931, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmentente, págs. 477 y sigs.
Con todo, la manifiesta insolidaridad (que también puede considerarse como una desacierto político al tiempo, pues no impidió la política imperial de guerra del Gobierno Nazi alemán, con el apoyo del Gobierno fascista de Mussolini) dejó a la República democrática española en manos no sólo de las fuerzas golpistas internas, sino también de las fuerzas políticas beligerantes europeas, que en ese periodo, conviene recordar, eran grandes potencias mundiales en el plano militar y económico e industrial. Una guerra "incivil" que siempre, se insiste, tuvo una dimensión inequívoca y explícitamente internacional, pues el apoyo e implicación directa de Alemania e Italia fue nítidamente perceptible. Esto era bien conocido, pero el cálculo estratégico -entre miedo, dudas e intereses propios-, condujo a buscar excusas no intervencionistas cuando, en realidad, las potencias beligerantes ya estaban implicadas y su deseo era avanzar directamente hacia la segunda guerra mundial que se pretendía ganar. La guerra "incivil" española internacionalizada fue un campo de pruebas para lo que vendría después. Véase Viñas, A.: *La conspiración del general Franco y otras revelaciones acerca de una guerra civil desfigurada,* Barcelona, Crítica, 2012, Arostegui, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera*, 2ª ed., (1ª ed., 2013), Barcelona, Debate-Peguin Randon House Grupo editorial, 2021; Monereo Pérez, J.L.: "Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de Trabajo y Previsión Social en la IIª República Española". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 28 (2021): 265-314. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

sobre todo a la redacción del *Tratado,* su obra más relevante, con más de siete mil páginas en las que se refleja todo el saber científico y legislativo del ámbito europeo y latinoamericano (el primero tomo publicado en 1950 y el séptimo en 1970, poco antes de su muerte). Después del derrocamiento de Perón en 1955 se incorporó a la Universidad del Litoral en Santa Fe como director del Instituto de Ciencias Penales y Criminología. En 1958 el nuevo Rector de la Universidad de Buenos Aires, Risieri Frondizi, le encomendó la dirección del Instituto de Derecho Penal y Criminología. Manuel de Rivacova y Rivacova acudió a él tras más de diez años de cárcel en España y le sustituyó en la cátedra de Santa Fe. En la Universidad de Buenos Aires desarrolló una extraordinaria labor de consolidación de la disciplina y análisis crítico de la criminología y Derecho penal. Fundó la *Revista de Derecho Penal y Criminología,* a la que luego sucedieron *Nuevo Pensamiento Penal* y *Doctrina Penal,* y reunió a su alrededor a lo que después se convertiría en lo más granado de la doctrina penal argentina contemporánea de dimensión internacional: Spolansky, Baigún, Zaffaroni, D'Alessio, Paixao, Righi, Schiffrin, Bacigalupo, Romero, Tozzini, entre otros de renombre mundial. Vicisitudes políticas encarnadas en dictaduras no le impidieron mantener relaciones académicas internacionales, desempeñando la vicepresidencia de la Asociación Internacional de Derecho Penal y como miembro del consejo de dirección de la Sociedad Internacional de Criminología y de la Sociedad Internacional de Defensa Social. Asumió hasta su muerte la defensa en el exilio de democracia española que encarnaba la "institución de la República", misión en la que le acompañaba como presidente del Gobierno en el exilio Claudio Sánchez Albornoz. Asumió esa tarea hasta su fallecimiento en 1970. Tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, se le ofrecieron homenajes por parte de la Universidad Complutense en 1986, que organizó Marino Barbero Santos, y por el Ministro de Justicia, Enrique Múgica, en 1989, que concluyó con la concesión por Su Majestad el Rey de España de la Orden del Mérito Constitucional[18]. Con todo, es notoria la extraordinaria influencia que Jiménez de Asúa ejerció sobre muchos intelectuales e instituciones públicas y privadas. No es baladí hacer notar que Jiménez de Asúa se mantuvo fiel a su ideario defensor del socialismo democrático, que no podía ser sino un socialismo parlamentario en libertad e implantado desde la legalidad de la democracia constitucional; y de hecho tuvo una gran amistad con Salvador Allende, aunque una enfermedad le impidió asistir a su toma de posesión como Presidente de la República de Chile[19], que tuvo lugar el 3 de noviembre de 1970. Jiménez de Asúa, fallecería en la tarde del 16 de noviembre de dicho año (1970).

[18] Real Academia de la Historia: "*Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 19.VI.1889 - Buenos Aires (Argentina), 16.XI.1970*". Semblanza hecha por Luis Arroyo Zapatero. https://dbe.rah.es/biografias/13291/luis-jimenez-de-asua

[19] Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, Introducción, págs. XXI-XXII. Subraya Martínez Cánovas la importancia de la aportación de Jiménez de Asúa a la ciencia del Derecho penal, habiendo creado Escuela académica, a la cual pertenecieron, entre otros muchos, José Antón Oneca, Mariano Jiménez Huerta, José Arturo Rodríguez Muñoz, Francisco Blasco Fernández de Morena, Manuel Rivacoba, Mariano Barbero Santos o Jorge Frías Caballero. Véase BACIGALUPO, E.: "Jiménez de Asúa. Un exiliado que creó escuela", en *Cuadernos de la Fundación Española en el mundo,* Vol. I, junio, 1993. Ampliamente, Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Tesis doctoral para la obtención del Grado de Doctor en Derecho, dirigida por Sebastián Martín, 2017/2018, págs. 204 y sigs. ("La Universidad de Buenos Aires y la creación de una Escuela"). https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/81273/TESIS%20DOCTORAL%20ENRIQUE%20ROLD%C1N%20CA%D1IZARES.%20LUIS%20JIM%C9NEZ%20DE%20AS%DAA.%20UN%20JURISTA%20EN%20EL%20EXILIO.pdf?sequence=1

2. CONTRIBUCIÓN DE JIMÉNEZ DE ASÚA EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931

> *"Otra de las muestras indeclinables del ansia popular está en que esas formas liberales que la Constitución garantiza no sean, como se dijo al discutirse la Constitución de Weimar, meras declaraciones de derechos, sino efectivas declaraciones. Y por ello en nuestra Constitución, juntamente con las declaraciones, se hallan las garantías, efectivamente representadas por los Tribunales de amparo y por el de la Justicia constitucional o de Garantías constitucionales".*
>
> Luis Jiménez De Asúa[20]

El proceso de elaboración de la Constitución Española de 1931 (en adelante, CE) se enmarca en una coyuntura histórica en la que se apreciaba la crisis del Estado liberal de Derecho y lógicamente de las Constituciones del liberalismo originario (que, recuérdese, no era un liberalismo democrático), lo que constituyó el punto de partida del reformismo social y constitucional de pensadores cómo, entre otros, Adolfo Posada (desde el republicanismo social), primero y después Luis Jiménez de Asúa (desde el socialismo democrático)[21]. Se trata de una crisis que ya había sido percibida aún antes por pensadores tan destacados como Gumersindo de Azcárate[22] y Nicolás Salmerón y Alonso[23]. Esa crisis se había planteado desde finales del siglo diecinueve y tuvo un punto de inflexión durante todo el primer tercio del siglo veinte. Era un periodo de crisis y de refundación ante las transformaciones estructurales que se estaban operando en las formaciones sociales[24], que tuvo su traducción compleja en la primera guerra mundial, dando paso al nuevo constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (Constitución de la República de Weimar, 1919, que contó con la maestría de Hugo Preuss, la Constitución de la República Austriaca y la Constitución de Checoslovaquia, ambas de 1920, que contaría con el influjo de Hans Kelsen, y que pronto alcanzarían a la Constitución Española de 1931, tras el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera y el periodo de transición de la "dictablanda" de Berenguer). Todas estas constituciones se insertan en esa crisis y en el nuevo constitucionalismo de entreguerras que ofrece una respuesta democrática de salida de dicha crisis[25]. Entre las españolas, la más influyente de ellas sería la propia Constitución Republicana de 1931, junto

[20] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 39.

[21] Véase, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[22] 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, y bibliografía allí citada. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/712

[23] Monereo Pérez, J.L.: "Nicolás Salmerón y Alonso (1837-1908): Reformas jurídico-sociales, culturales y políticas en el republicanismo social moderado. (2024). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *38*, 389-452, y bibliografía allí citada. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/963

[24] De referencia, al respecto, es la obra de Maier, CH.S.: *La refundación de la Europa burguesa. Estabilización en Francia, Alemania e Italia en la década posterior a las I Guerra Mundial,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989. Asimismo, GUSY, C.: «Las constituciones de entreguerras en Europa Central», en Fundamentos, *Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº. 2, 2000; Corcuera Atienza, J.: «El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931», en *Historia Contemporánea,* n. 6, 1991; Monereo Pérez, J. L. (2022). La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(2), 1-74. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370; 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), págs. 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426. Para ese momento histórico de transformaciones que contribuirían a impulsar un momento materialmente constituyente, véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho Político*, Madrid, C. Bermejo, 1934; Mirkine-Guetzevitch, B.: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional,* trad. Álvarez Gendín, 1ª edición, Madrid, Reus, 1934.

[25] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, Capítulo II ("Crisis del Estado de Derecho Liberal y

con las indicadas Constituciones de entreguerras, a lo que habría que añadir la fuerte influencia de las Constituciones de la Segunda Postguerra mundial, destacando puntualmente las Constituciones Alemana, francesa e Italiana, y un nuevo periodo de crisis y de refundación sobre nuevas realidades y formas constitucionales, que se afrontaron no sólo sobre esquemas estrictamente de política del Derecho, sino también con el reclamo de otros saberes en el campo de las ciencias sociales[26].

Con un Gobierno provisional (a cuyo frente estaba Niceto Alcalá Zamora) se constituyó una Comisión Jurídica Asesora (dependiente del Ministerio de Justicia), que presidió Ángel Ossorio y Gallardo, que elaboraría un Anteproyecto de Constitución. De esta Comisión Jurídica Asesora formaba parte, el prestigioso constitucionalista Adolfo Posada, cuya ideología entroncaba con el republicanismo social krausista. Era un prestigio iuspublicista, pero sin olvidar que también se había comprometido en las instituciones de reforma social en España, siendo de destacar su papel extraordinario en el Instituto de Reformas Sociales (y antes en la elaboración del Proyecto del Instituto de Trabajo, impulsado por el liberal social, José Canalejas y Méndez)[27]. Las dos almas de esa Comisión Jurídica Asesora fueron, sin duda, Adolfo Posada y Luis Jiménez de Asúa[28]. A diferencia de Jiménez de Asúa, Adolfo Posada tenía una gran experiencia había estudiado la experiencia comparada en el su extraordinario *Tratado de Derecho Político,* una obra magistral en el que acometió un estudio profundo sobre el Derecho comparado[29]. Además, había realizado recopilaciones útiles sobre la normativa Constitucional más innovadora[30]. No es de extrañar que ese Proyecto de Constitución estuviera impregnado de su modo de pensar[31]. Pero a Jiménez de Asúa ese proyecto le parecía de una orientación alejada de las exigencias

reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"), págs. 133 y sigs.

[26] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024, especialmente, Capítulo 3.3.2 ("El pensamiento planificador y la nueva racionalización: la planificación democrática"), págs. 146 y sigs., Capítulo 3.3.3 ("Diagnóstico de nuestro tiempo histórico. La crisis en la estimativa, las nuevas técnicas de control social y el tercer camino: "democracia militante" y educación de las masas para la democracia"), págs. 173 y sigs., y Capítulo 3.4 ("La planificación democrática como alternativa civilizatoria ante la situación crítica de nuestro tiempo. El control democrático del gobierno en una sociedad planificada"), págs.192 y sigs.

[27] Sobre el papel desempeñado por Adolfo Posada en el proceso de reforma social, y señaladamente en la elaboración del proyecto de "Instituto de Trabajo" y en el Instituto de Reformas Sociales, véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 281 sigs. ("La participación de Adolfo Posada en el proceso de reforma jurídico-social en España. Ensayo de explicación"; "El Proyecto del Instituto del Trabajo. Los ejes fundamentales del Proyecto Posada-Buylla-Morote y sus diferencias con el posterior Instituto de Reformas Sociales"; "El Instituto de Reformas Sociales y la intervención activa de Adolfo Posada en la elaboración de proyectos de legislación social"), págs. 231 y sigs.

[28] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[29] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 471 y sigs. ("La recepción del Derecho comparado y extranjero y su utilización "productiva" al servicio de la realización de la política de reforma social en España"). Su contribución, desde el republicanismo social krausista, sólo puede entenderse analizando su teoría jurídico-social del Derecho y del Estado (*Ibid.,* Capítulo I "La teoría jurídico-social del Derecho y Del Estado en el pensamiento de Adolfo Posada"), págs. 31 y sigs., y Capítulo II ("La crisis del Estado de Derecho liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"), págs. 133 y sigs. Asimismo, Monereo Pérez, J. L.: (2022). "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

[30] Posada, A. y Pérez Serrano, N.: *Constituciones de Europa y América*, 2 Vols., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927.

[31] Él mismo acometió su estudio al final de su *Tratado de Derecho Político* y en su libro publicado en Francia sobre *La nueva Constitución Española. El régimen constitucional en España.* Posada, A.: *Tratado de Derecho Política*, edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada" (pp. VII a CLXIII.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del

de un tiempo histórico que vio nacer anteriormente la Constitución de la República democrática de Weimar de corte más avanzado y rupturista respecto del constitucionalismo liberal de antaño. Y es que ya, por entonces, Jiménez de Asúa había transitado del republicanismo social al socialismo democrático[32] (como lo había hecho otros pensadores como Fernando de los Ríos Urruti y Julián Besteiro[33], que venía de las filas del krausismo-institucionista liberal), mientras Adolfo Posada seguía anclado un republicanismo social fuertemente comprometido con la democracia constitucional, impregnada de la teoría organicista del Estado, pero claramente refractario al ideario socialista[34]. Para Jiménez de Asúa la Constitución Republicana de 1931 deberá suponer una ruptura con el pasado del constitucionalismo liberal dando entrada a la forma política del Estado Constitucional democrático, en una dirección de crear una Estado democrático social[35], que todavía no era socialista, sino republicana social[36], ni podía serlo, pero que podría transitar gradualmente por vía democrática a una forma más avanzada de socialismo parlamentario y pluralista de partidos[37].

Derecho), 2003; Posada, A.: *Teoría social y jurídica del Estado. El Sindicalismo* (Buenos Aires, Librería J.Méndez, 1922). Posada, A.: *Teoría social y jurídica del Estado. El sindicalismo*, edición y estudio preliminar, "Sindicalismo reformista integrado y Estado democrático en el republicanismo social de Adolfo Posada" (pp. IX-LXIV.), al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018. Posada, A.: *La Nouvelle Constitution Espagnole* (*Le Régime Constitutionnel en Espagne.-Evolution.-Textes.-Commentaires*), París, Bibliothèque Constitutionnelle, Librairie du Recueil Sirey, 1932. Posada, A.: *La nueva constitución española: el régimen constitucional en España. Evolución, textos, comentarios*, trad. Antonio María Bueno Armijo, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006. Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político*, Madrid, C.Bermejo, Impresor, 1934 (Adolfo Posada firmaba esta obra con referencia a su condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid). Posada, A.: *La idea pura del Estado*, Prólogo de Nicolás Pérez Serrano, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 2ª ed., 1944).

Para un estudio completo de su posición respecto al Proyecto de la Comisión Jurídica Asesora y de la nueva Constitución Republicana conforme al pensamiento de Adolfo Posada, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, págs. 477 y sigs. ("La crítica a la concepción limitada de la ciudadanía liberal en la crisis del Estado liberal de Derecho. Los límites de la concepción liberal individualista de los derechos"); 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

[32] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución española,* Madrid, Reus, 1932, pág. 3; *Ibid.,* "República y socialismo", *El Sol,* 21 de febrero de 1930 *Ibid.,* "República y socialismo", *El Sol,* 21 de febrero de 1930; y los desarrollos más avanzados en otras publicaciones suyas cómo Jiménez De Asúa. L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946.

[33] Lamo De Espinosa, E.: *Filosofía y política de Julián Besteiro,* Madrid, Edicusa, 1973; Lamo De Espinosa, E. y Contreras, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro*, 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Sistema, 1990.

[34] Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo I ("La teoría jurídico-social del Derecho y del Estado en el pensamiento de Adolfo Posada"; "El Estado como organización de la sociedad democrática"; "La teoría organicista del Estado y su especificidad en el pensamiento de Adolfo Posada"), págs. 31 y sigs., Capítulo II.2 ("Los presupuestos de reforma desde el liberalismo político-social avanzado"; "Revisión de la "constitución política" en el sentido de la implantación de un sistema democrático"; "La democracia "orgánica" liberal y la defensa de la democracia liberal "adaptada""; "La reforma de los mecanismos de representación en el Estado democrático: representación política y representación de intereses específicos ("Parlamento industrial" o "Cámara social"), págs. 133 y sigs., y asimismo, págs. 506-515 ("La función de las organizaciones profesionales y su posición institucional" en la sociedad democrática). Pero también su "modernidad" cuando se trataba de afrontar el estatuto jurídico de los derechos sociales de la ciudadanía ("El Derecho como técnica específica de integración social: los derechos sociales de la ciudadanía en el pensamiento de Adolfo Posada en la Constitución social"), pág. 477 y sigs.

[35] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio).

[36] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 67.

[37] No se olvide la experiencia de la República de Weimar, con Hermann Heller, Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Ernst Fraenkel, etcétera, y de la República Austriaca con Otto Bauer y Karl Renner; y Hans Kelsen -próximo a la socialdemocracia- entre esos dos mundos. Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer

Con ello la Comisión Jurídica Asesora cumplió su cometido. Constituidas las Cortes Constituyentes se creó una Comisión constitucional (28 de Julio de 1931)[38]. Jiménez de Asúa presidió dicha Comisión, por entonces Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid y de ideología socialista democrática[39]. En un plazo de veinte días se entregó al Presidente del Consejo de Ministros el Proyecto de Constitución. Veinte días justos tardó la Comisión parlamentaria de Constitución en componer su ponencia. Jiménez de Asúa se quejaba del poco tiempo disponible para su elaboración. La rapidez con que la Comisión compuso el Proyecto es insólita en las Comisiones Parlamentarias de Europa[40].

La Constitución de la Segunda República Española se aprobaría por la Cortes Constituyentes el 11 de diciembre de 1931[41]. Con gran sinceridad Jiménez de Asúa se reconocía sus limitaciones de partida, pues dejó constancia de que no era especialista en Derecho constitucional. De hecho, se vio abrumado con el nombramiento parlamentario de su componente de la Comisión de Constitución,

y la experiencia de la República Austriaca", estudio preliminar a la obra de Bauer, O: Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falta racionalización (Nuevas técnicas de producción y de organización del trabajo), traducción del alemán por Antonio Ramos Oliveira, revisión y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCV. De los propios pensadores: Bauer, O.: "Observaciones sobre la cuestión de las nacionalidades", en VV.AA.: La Segunda Internacional y el problema nacional y colonial (Segunda parte). México: Cuadernos de Pasado y Presente, nro. 74, 1908 /1978; Bauer, O.: Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie (1907/1924), publicado en Marx-Studien, Vol. II, Viena, 2ª, edición, 1924. Traducción: La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia. Buenos Aires, Siglo XXI, 1979; Renner, K.: Schriften (hrgb. Anton Pelinka), Viena, Residenz, 1994. Para los otros pensadores citados véase la bibliografia final y la citada en otras notas. RENNER, K.: «Staat und Nation» (1899), en Schriften, Viena, Residenz, 1994; Renner, K.: Estado y nación. El derecho de las naciones a la autodeterminación, Madrid, Tecnos, 2015.

[38] Respecto al proceso de elaboración de la Constitución republicana y el papel desempeñado por Adolfo Posada en ese proceso constituyente en la Comisión Jurídica Asesora, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, págs. 476-515.

[39] Jiménez de Usúa lo cuenta así: El 28 de julio de 1931 se reúne por vez primera la Comisión Parlamentaria, y luego de designar Presidente, Vicepresidente y Secretarios, delibera sobre un punto esencial para sus trabajos. El Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora no logró asenso unánime en el Consejo de Ministros. La Comisión Jurídica Asesora había hecho, sin embargo, un trabajo técnicamente meritísimo, y era insensato desdeñar el certero material ordenado en aquellas páginas. Se acordó, pues, servirnos, como cimientos, del Anteproyecto de la Comisión jurídica y de sus votos particulares. A pesar de que los comisionados del Parlamento teníamos en ese Anteproyecto y votos particulares muy estimable material técnico, se imponía colmarlo de contenido político democrático. Es de máxima premura que el país se halle pronto dotado de una Carta Magna que defina los derechos de los españoles y organice los poderes del Estado. Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 35 y sigs.

[40] Como indica Jiménez de Asúa, el proyecto definitivo alemán, tercero de los elaborados, que inspiró Hugo Preuss, se leyó en la Asamblea parlamentaria el 28 de febrero. El 4 de marzo pasó a la Comisión, que terminó su labor el 18 de junio, invirtiendo, así, tres meses y medio. Por lo que respecta a Austria, el dato concreto que se encuentra en *Jahrbuch des oeffentlichen Rechts,* tomo XI, 1922, pág. 237, donde se dice que la Comisión de Constitución emprendió su tarea el 11 de julio de 1920 y que en primero de octubre aprobó la Asamblea constitucional plenaria, sin modificación esencial, el texto así redactado. Habían transcurrido tres meses y también este país un gran pensador inspiró los trabajos constitucionales: Hans Kelsen. A diferencia de estos y otros países europeos, en nuestro país se tuvo que componer una Constitución en sólo veinte días, pero indicando que el Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora fue de máxima valía su rigor técnico-jurídico, aunque, expresa Jiménez de Asúa, "hay que reconocer que se había quedado corto en las aspiraciones políticas". De ahí que, aun cuando la Comisión Parlamentaria tuvo muy en cuenta esos trabajos de enorme valía técnica, no sólo los de la ponencia mayoritaria sino los contenidos en los votos particulares de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora. Se tuvo que llenar de contenidos democráticos más avanzados, conforme a las aspiraciones populares. Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 19-20.

[41] Lo cuenta expresamente Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D (República Dominicana), 1943, Edición del Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (de la colección sobre pensamiento socialista en el exilio), págs. 6 y sigs.

y sorprendido después con la pesada honra de presidirla[42]. Pero hay que añadir, de inmediato, que Jiménez de Asúa mostró su gran inteligencia en encabezar ese proceso constituyente desde el punto de vista técnico y de política del Derecho constitucional. Con la misma sinceridad indicó que el texto que la Comisión de Constitución -que el Presidió- "era infinitamente más esbelto y armónico que la Constitución aprobada. El Parlamento, que ha conservado el esqueleto y aun la musculatura de nuestro Proyecto, a veces ha tatuado su piel con algunos adornos, no siempre de buen gusto. Pero en dos o tres caso ha alterado el orden de las piezas de la osamenta. Si luego la Constitución no marcha todo lo airosa que deseamos, quiero que conste que no es nuestra la culpa"[43]. Pero hay más, al poco tiempo de ser aprobada la Constitución de la República, mostró su deseo de retirar su actividad del campo de la política y así lo pidió a sus compañeros del Partido socialista[44]. Pero bien es sabido que

[42] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs., Prólogo (escrito en Madrid, 20 de diciembre de 1931-Iº de abril de 1932), pág. IX. Advertía que él no era más que uno los miembros que redactaron el Proyecto y uno de los 368 Diputados que debatieron y votaron la "Ley política de la República española" (*Ibid.,* pág. XIV).

[43] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, Prólogo, págs. XIV-XV. Ejemplos de su crítica son adelantados en el Prólogo. Así, observa, que de no aceptar un Presidente de la República fuerte, elegido por el pueblo, y una Cámara única con su armónico conjunto de Consejos técnicos que sirvieran de fieltro suavizador para impedir fricciones entre Presidente y Parlamento, hubiera sido indispensable la interposición de una Cámara corporativa o Consejo Nacional. Por otra parte, el sistema de la Constitución, tal como está después del voto de las Cortes, tiene piezas de extraña factura, como los "compromisarios que se nombran para elegir al Presidente en concurso con el Parlamento". La intervención de éste en la elección del Jefe de Estado, le pone por demás bajo el imperio de la Cámara única. El Presidente fuerte que imaginamos, queda sí reducido al más débil Magistrado de cuantos en el orbe rigen hoy los destinos de los pueblos. Y añade que no quiere anticipar la crítica. Basta lo apuntado para que sirva de alegato en pro de su preferencia por el Proyecto constitucional que compusieron los comisionados del Parlamento (*Ibid.,* págs. XV-XVI, y crítica más precisa en págs. 343 y sigs.). Es manifiesto que Jiménez de Asúa no va a rehuir la actitud crítica respecto al proceso mismo y sobre todo respecto a los debates constitucionales o finalmente en relación al texto constitucional finalmente aprobado. El art. 66 del Proyecto Parlamentario (recuérdese que es el elaborado por la Comisión parlamentaria de Constitución) disponía que "El presidente de la República será elegido por sufragio universal, igual, directo y secreto", a diferencia del correspondiente art. 68 de la Constitución aprobada establecía otro sistema completamente distinto, a saber: "El Presidente de la República será elegido conjuntamente por las Cortes y un número de compromisarios igual al de Diputados. Los compromisarios serán elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, conforme al procedimiento que determine la Ley. Al Tribunal de garantías constitucionales corresponde el examen y aprobación de los poderes de los compromisarios". Jiménez de Asúa expresa los términos del problema: "Tal y como nosotros -los autores del Proyecto parlamentario- habíamos concebido el juego de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, se precisaba construir una Magistratura presidencial fuerte. Por esto la obteníamos del voto popular directo. En verdad este procedimiento no está inmune de riesgos y acaso sea el más importante que degenere la Presidencia en una Dictadura personal. Lo dijo F. José Ortega y Gasset en una bella imagen, el día en que expuso su criterio sobre la totalidad de la Constitución. Cuando el plebiscito es usado con demasiada frecuencia, sobre las losas de mármol se sienten las sandalias del César que llega. El medio de evitar esto y de mantener al Jefe de la República independiente de las Cortes, es acudir a una elección de segundo grado mediante compromisarios -como acontece en los Estados Unidos y en la Argentina-; pero sin mezclar a los Diputados, que para nada debe participar en la elección del Presidente. D. José Ortega y Gasset participaba de este punto de vista, y entonces hube de incitarle a que, a pesar de haberse ya tomado en consideración el antedicho voto de Alomar, Gómez, Castrillo y Ruiz Funes, defendiese como enmienda ese sistema más puro y eficaz. Así lo hizo en la tarde del 30 de octubre, pero yo no logré persuadir a mis compañeros de Comisión para que aceptaran la lógica propuesta; ni Ortega consiguió convencer a los Diputados". La cuestión sería merecedora de una crítica audaz por parte de Jiménez de Asúa, pues, entiende, que con la fórmula triunfante "se incrusta en la Constitución la más incongruente fórmula y de un golpe se desnivela todo el edificio de Poderes construido en el Dictamen [Proyecto parlamentario de Constitución]. Se imaginó un Presidente fuerte -aunque con mermas considerables si se le compara con el alemán- y se ha configurado en la Constitución una Magistratura endeble, que nace de la Cámara, armada de *"recalle"* y que, por ser única, puede dominar al más alto dignatario del Poder Ejecutivo y someterle a una Dictadura parlamentaria" (*Ibid.*, págs. 349-351).

[44] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs., Prólogo, págs. XVI-XXII. Recuerda que, desde el 17 de abril, en que escribió su artículo en *La Libertad,* postulando el "Retorno a la Ciencia", había insistido en su anhelo de restituirme a mis tareas amadas de la Cátedra y del estudio. Reafirma su provisionalidad en la actividad política. "Continuaré ejerciendo mi cargo de Diputado mientras duren las Cortes Constituyentes; pero, salvo imposición

su "petición" de retirada a laborales académicas no fue atendida, porque su mismo partido no podía prescindir de él. Y así, estará comprometido no sólo durante todo el transcurso de la corta vida de la Segunda República, sino también en la postguerra y el resto de su vida. Bien es cierto, que después de la postguerra sí pudo compaginar mejor su brillante tarea investigadora universitaria con la labor desplegada en la actividad política. Siempre fue coherente como intelectual comprometido con un ideario socialista.

El texto de la Constitución de 1931 se sirvió del Anteproyecto elaborado previamente por la Comisión Jurídica Asesora con sus votos particulares[45] (un Anteproyecto de inequívoco rigor técnico-jurídico, aunque no asumía plenamente todas las consecuencias de las constituciones republicanas de Weimar y Austriaca), aunque lo hizo selectivamente: así, la pretensión de configurarla como verdadera Norma Fundamental del ordenamiento jurídico, su influencia es manifiesta en el tratamiento de las materias sociales y económicas, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, la creación de un Tribunal de Justicia Constitucional, el reconocimiento de las autonomías regionales. La ruptura constitucional con el constitucionalismo liberal se manifestaba en la dimensión normativa no sólo de la llamada parte orgánica, sino también de la "parte sustantiva" -término que Jiménez de Asúa consideraba preferible a la denominación de "parte dogmática"-, porque garantizaba derechos, no limitándose a proclamarlos como principios declarativos. Antes era el Derecho constitucional Derecho adjetivo, de garantía; el sustantivo era el privado. Hoy, en virtud de esa evolución y a causa del ensanchamiento del perímetro horizonte de esos derechos, está en plena evolución sustantiva el Derecho constitucional. En suma, hoy, más que "parte dogmática", hay que denominarse, "parte sustantiva", porque han de ser llevados a esa área todos aquellos derechos y aspiraciones programáticas que los pueblos reclaman y ansían, en forma normativa y eficaz. Colocados en la Carta constitucional, no sólo asumen la legalidad corriente a merced de las veleidades de un Parlamento, sino la superlegalidad de una Constitución, defendida por su rigidez. La Constitución de México de 1917, de Rusia de 1918 y de Alemania de 1919 -Constituciones madres-, abre sus textos, cada una en su estilo, a toda una teoría de derechos y ansias populares que antes no correspondían al puro concepto constitucional de la época individualista. En el combate por los derechos se ha ensanchado ese campo de los Códigos políticos (constituciones en el lenguaje de Jiménez de Asúa), y nuevos derechos humanos -o mejor, deberes del Estado-, se plantan en los campos familiar, económico y social. Por eso, si comparamos las viejas Cartas políticas con las modernas Constituciones de la postguerra (primera postguerra mundial, lógicamente), es fácil percibir en sus textos nuevos artículos que antes no figuraban en las leyes fundamentales del Estado. Se ha ido más allá de las tradicionales declaraciones de derechos humanos (como la Declaración de los derechos del hombre de 1789)[46]. Se impone, pues, que España siga un criterio material generalizado, en el sentido de que cada Estado

expresa del partido a que obedezco, no quisiera volver, cuando esta Cámara se disuelva, a sentarme en los bancos de representantes del pueblo… Solicito que se me deje trabajar en mis laborales propias, que vuelva a sentir mi auténtico deber de Catedrático y escritos. Des la modesta tribuna profesional y desde las páginas del humilde libro técnico, se hace también España y Socialismo. Hay que formar nuevas generaciones y hay que construir el Derecho penal socialista. A ello dedicaré todas las horas de mi vida. Los afanes que se emprenden gustosamente no fatigan y en ellos se logra suceso. Quiero dedicarme a mis muchachos universitarios y a mis libros, con esperanza de triunfo" (*Ibid.*, págs.

[45] Sobre el Anteproyecto de la Comisión jurídica Asesora, su origen y labor, y su interrelación con el Proyecto parlamentario elaborado por la Comisión parlamentaria de Constitución y el texto constitucional definitivamente aprobado, véase, desde el conocimiento directo de todo el proceso constituyente, Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, Primera Parte ("Los proyectos constitucionales y la Constitución de 1931"), págs. 1-105. La Segunda Parte, se dedica ya a analizar el "Proceso evolutivo del articulado constitucional. Texto de la Constitución, del Proyecto parlamentario y del Anteproyecto técnico", págs. 107-493.

[46] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 47-48; Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 25.

constitucionaliza aquellas cuestiones y materias que en cada momento histórico tiene para él una importancia central y que, por tanto, para entrar en aquella región más elevada, la de la superlegalidad en el ordenamiento jurídico, que coloca determinadas soluciones por encima de los vaivenes de la cambiante opinión parlamentaria. Precisamente el Título de los derechos y deberes de los españoles es uno de los que suscitaron mayor debate y controversia parlamentaria. Se trata, de lo que es conocido hasta ahora con el nombre de parte dogmática, y que mejor sería denominar sustantiva, porque a ella van a parar la tabla de los derechos que se establecen para el ciudadano, para la familia, para el sindicato, para la cultura y para la economía[47].

Cuando afronta la Parte dogmática o sustantiva en la Constitución de 1931 (Título III), entiende que la realidad es que la parte dogmática o sustantiva tiene valor igual, por lo menos, a la Orgánica, y por ello suele anteponerse en casi todas las Constituciones. Contiene, no sólo auténticas normas jurídicas, sino también meras afirmaciones, expresión de convencimientos, enunciación de programa u orientación futura, promesa de reformas, etcétera. Pero la realidad es que hoy no se concibe una Constitución normal y completa si no aparecen esas Declaraciones de Derechos. Ajora bien, "lo que ahora es que las declaraciones de los derechos del hombre no sean meras *declamaciones,* como se dijo en Alemania al discutirse la Constitución de Weimar"[48]. Se trata de plasmar la preocupación por los problemas de fondo, preocupación por los derechos de los grupos o seres colectivos y preocupación por la efectividad y garantía de la órbita reconocida a los ciudadanos. Tales son hoy las cuestiones que predominan en toda Declaración dogmática. Y esto es lo que se ha pretendido realizar en la Constitución de la República española de 1931. Es preciso garantizar a los ciudadanos contra los ataques de los poderes, incluidos los poderes públicos ejecutivo y el judicial, y estas garantías se hallan en la Constitución[49].

Al tiempo, en todo el proceso constitucional se ponen de relieva todos los grandes problemas de un Estado, sobre los cuales hay que *transaccional* (vale decir, consensuar) y *decidir*, desde los problemas de organización política del Estado y estructuras de gobierno, las bases de su organización jurídica, tanto de la "constitución económica", como de la "constitución social" (que remite a la conformación de la triada de derechos económicos, sociales y culturales) y el sistema de derechos y deberes constitucionales. La Constitución, no obstante, ciertos contenidos más o menos estandarizados (relativos a los pilares del sistema político y jurídico, de los derechos fundamentales, de la constitución económica, social y cultural, y del modelo de garantías y de reforma constitucional), refleja (al menos las constituciones verdaderamente democráticas) un acotamiento de las preferencias materializadas en la formalización de la sociedad formalizada en el Texto Constitucional.

Piensa Jiménez de Asúa que en el mundo contemporáneo existe una pugna entre la técnica y el ansia popular. Técnicamente una Constitución, una Constitución no es nada más que una pieza normativa que en que juegan dos ingredientes básicos: una parte que se viene denominando parte dogmática, en la que se hace una declaración de los poderes. Precisamente en esa tabla de derechos es donde se ha reñido la mejor batalla del pueblo con la técnica, porque todo un proceso de aspiraciones y programas que el pueblo desea ver incorporados en la Constitución, han ensanchado su restrictivo

[47] Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 32-33.

[48] Para esta problemática, Jellinek, G.: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,* trad. y estudio preliminar originario de Adolfo Posada, edición y estudio introductorio "Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica" (pp. VII-XXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; 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

[49] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.61-65.

radio de antes para hacer mucho más henchido de problemas e instituciones nuevas. En este sentido no debe desconocerse que la Constitución es una superlegalidad. Pero este tipo de Carta constitucional se aparta de las que fueron Cartas otorgadas y las Constituciones del liberalismo originario desprovistas de esa fuerza normativa conformadora tanto en la parte orgánica como en la parte dogmática o sustantiva de los derechos. La Constitución de la República española fue una Constitución moderna y renovadora en el desarrollo histórico del constitucionalismo[50].

Según Jiménez de Asúa esta Constitución -como todas las constituciones democráticamente instituidas- establece, en su parte orgánica, la arquitectura de los poderes (poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial). Pero teniendo en cuenta que todos los poderes emanan del pueblo sin excepción[51]. Sin embargo, junto a la parte orgánica se incorpora una parte dogmática que garantiza las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos. De este modo, los pueblos llevan a la Constitución sus más inmediatas y relevantes aspiraciones. De ahí, que en Constitución jurídica se consagren el conjunto de los derechos atendiendo a la *"superlegalidad de la Constitución"*. Estos derechos se van enriqueciendo con otros que van emergiendo a medida que los problemas sociales y del trabajo van llenando los textos constitucionales contemporáneos. Si se toman, por ejemplo, las Constituciones de Weimar, de México, de Austria, de Rumanía, se comprueba que afirman la superlegalidad de la Constitución y se incorporan a ella todos los derechos del pueblo, blindándolos frente a posteriores cambios de los poderes legislativos como antes era muy frecuente. Y ello sin perjuicio de su desarrollo en las leyes estatales que deben respetarlos (aspiraciones "grabadas en la Constitución para que no las atropelle el Parlamento", dice expresivamente Jiménez Asúa"). La Constitución Republicana era una Constitución plenamente democrática.

De este modo, Jiménez de Asúa viene a subrayar -aunque con un lenguaje pedagógico informal, pues se trata de una Conferencia impartida para un auditorio muy plural- la *fuerza del Derecho constitucional* para garantizar los derechos fundamentales frente a posibles arbitrariedades de poderes estatales cambiantes según la coyuntura política del momento histórico. Estas nuevas Constituciones democráticas son normas jurídicas supralegales en su integridad y no son pueden ser degradas a simples "cartas otorgadas". En la parte dogmática de la Constitución jurídica se consagran derechos civiles y políticos, pero también derechos económicos, sociales y culturales: derechos de iguales (incluida la igualdad entre hombre y mujer: la Constitución española proclama que el hombre y la mujer son iguales en derechos y deberes sin posible discriminación[52]), derechos de libertad de reunión, asociación, sufragio libre universal. Se materializa, así, una política nueva. Ello es coherente con los mismos artículos 1 y 2 de la Constitución Republicana de 1931, es decir, con los principios jurídicos fundamentales del cuerpo normativo constitucional.

La Constitución Republicana, acometía, así, una transformación jurídica y cultural, también en el ámbito de la cultura política. Y no sólo "desde arriba", sino también desde abajo contribuyendo a crear una esfera de opinión pública participativa. Se acometió la reforma educativa (pedagógica) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida en la dirección de una modernización social-liberal ampliada *erga omnes,* es decir, extendida a toda la

[50] Véase Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 22 y sigs.

[51] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), pág. 9.

[52] Resulta significativo que el art. 23 del Proyecto Parlamentario se indicara que "Se reconoce, en principio, la igualdad de derechos de los dos sexos". Se presentaron enmiendas de Campoamor y Victoria Kent, para suprimir la palabra "en principio", que abría la posibilidad de establecer excepciones al principio de igualdad absoluta. Véase Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.182-183.

ciudadanía. Con un papel importante en la Segunda República de personalidades como Adolfo Posada, en su madurez, Fernando de los Ríos -gran amigo de Jiménez de Asúa[53], Luis de Zulueta, y de manera muy destacada en el campo de la pedagogía, L. Luzuriaga[54]. La expresión utilizada por el art. 1 de la Constitución Republicana de 1931 de que España es una "*República democrática de trabajadores de toda clase*"[55], no debe interpretarse como una exclusión, sino como una forma de destacar el papel del trabajo en la sociedad democrática y conlleva también una aspiración de futuro. Ello es reflejo de un ideal relativo a la centralidad del trabajo en la Constitución, que nunca puede ser interpretada como una restricción de derechos y libertades a todos los ciudadanos por igual[56]. Y se explicita y materializada por la relevancia del trabajo, en sus dimensiones individual y colectiva/sindical, en distintas disposiciones fundamentales de la Constitución jurídica elevada a Norma Fundamental del ordenamiento jurídico por ella construido. Nuestra Constitución influiría en la Constitución Italiana, cuando afirma, en ese orden de ideas, que "Italia es una República democrática fundada en el trabajo" (art.1, apartado). El art. 1 de la Constitución Italiana significa que la República italiana, fundada en el trabajo, muestra la finalidad de la norma introducida en la Constitución de querer ser un Estado, que pertenece a todos los ciudadanos, los cuales, en cuanto son también trabajadores actuales o potenciales, participan en el desarrollo de la vida social. Un tipo de Estado que se considera garante de la efectiva libertad, igualdad y dignidad de todos los ciudadanos que como trabajadores (actuales o potenciales) contribuyen a crear una sociedad del bienestar económico y social. Se verifica de este modo, el tránsito del Estado de Derecho liberal al Estado de justicia social, que conectaría con la idea subyacente de que Italia es una "República democrática de Trabajadores"[57].

---

[53] Esa amistad venía de lejos y se mantuvo hasta final. Significativamente, De Los Ríos Urruti, F.: *¿Adónde va el Estado?*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1951. (Obra póstuma prologada por Luis Jiménez de Asúa).

[54] Puede consultarse, en un análisis detenido de la trayectoria de ese enfoque de la modernización social-liberal ampliada que alcanzó de lleno al proyecto de modernización de la Segunda República Española, Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, Capítulo 2.2. ("La reforma educativa (pedagógica) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida. Influencia de la antropología krausista"), págs. 104 y sigs., Capítulo 3 ("Institucionismo social-liberal y reformismo social y jurídico en Giner de los Ríos"), págs. 159 y sigs. Según Adolfo Posada es fórmula constitucional es objetable por su "ingenuidad" y su "parcialidad". No obstante, Posada muestra un respeto absoluto a la Constitución de 1931, a pesar de mirar con desconfianza y actitud crítica el presupuesto de ésta, que, según él, era la superación de toda forma de liberalismo y sus tendencias disgregadoras. En este sentido, hace notar que el Derecho constitucional español se ofrece así condensado en dicha Constitución, obra de unas Cortes constituyentes y *rectificación de las tendencias doctrinarias* triunfantes bajo la Restauración con la Constitución de 1876 -de hecho, anulada con la Dictadura de Primo de Rivera (1924-1931)- y *transacción* entre aspiraciones revolucionarias y resistencias u obstáculos tradicionales. Ve en ella la culminación de un proceso de reforma constitucional que la incardina en la tradición del constitucionalismo social inaugurado por la Constitución de Weimar de 1919. Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, págs. 476-515, en particular págs. 483-484, con cita de su *Tratado de Derecho político,* Tomo II, pág. 553. Tomo II actualmente integrado en Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "*El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada"* (pp. VII a CLXIII.)*,* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

[55] Artículo 1º de la Constitución de la República Española de 1931 (Palacio de las Cortes Constituyentes a nueve de diciembre de mil novecientos treinta y uno. —El Presidente, Julián Besteiro.): "España es una *República democrática de trabajadores de toda clase*, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo. La República constituye un *Estado integral, compatible con la autonomía* de los Municipios y las Regiones. La bandera de la República española es roja, amarilla y morada". «Gaceta de Madrid» núm. 344, de 10 de diciembre de 1931, páginas 1578 a 1588 (11 págs.). Cortes Constituyentes. BOE-A-1931-10008 https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1931/344/A01578-01588.pdf

[56] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D (República Dominicana), 1943, Edición del Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (de la colección sobre pensamiento socialista en el exilio), págs. 9-11.

[57] Scognamiglio, R.: *Il Lavoro nella Costituzione Italiana,* Milano, Franco Angeli Editore, 1978, espec., págs. 22-34, y bibliografia allí citada.

Adolfo Posada valoraría muy positivamente la parte dogmática de la Constitución Republicana de 1931, destacando el reconocimiento de los derechos sociales, la ciudadanía social y la idea de solidaridad social inspirándose en la Constitución de Weimar[58]. Se consagra el Estado Social[59] y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Para Posada en la Constitución de 1931 se establecen "los fundamentos constitucionales del "derecho social"" (Título III, Capítulo segundo). En el Capítulo segundo del Título III se manifestó nítidamente la influencia de las más recientes tendencias sociales y de las nuevas fórmulas del Derecho constitucional. En el conjunto de las nuevas Constituciones se ve la transformación del Derecho político del viejo liberalismo en un Derecho político "teleológico", con la incorporación a sus textos de las declaraciones dogmáticas y normativas en las que se pretende proteger jurídicamente bienes, valores e intereses de carácter social. De ahí la tendencia socializadora -que Adolfo Posada encuentra algo excesiva, pero que cabe añadir que ya figuraba en el art.28 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora[60]-, la protección de los trabajadores, y el alto valor concedido a todos los derechos económicos, sociales y culturales, destacando la educación y la cultura. Con todo la Constitución española de 1931 refleja: 1º el cambio de poder de los elementos sociales gracias a la fuerza obtenida por el proletariado organizado; 2º la intensificación y la expansión alcanzadas por la noción de "deber social" del Estado, noción generadora de sus intervenciones tutelares y que da el impulso en el orden económico, y de una manera especial en el mundo del trabajo, y, finalmente, 3º) la tendencia histórica irresistible a declarar la enseñanza como función del Estado, órgano neutro independiente de todo dogmatismo confesional. También observa que la Constitución es "feminista", pues realiza la aspiración fundamental del feminismo militante, declarando la igualdad jurídica -y política- de los sexos (artículo 25)[61]. Con todo, subraya que la Constitución protege como "súper-ley" las pretensiones de los débiles en las relaciones sociales y familiares, imponiendo la transformación de algunas instituciones civiles[62]. El

[58] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), págs. 139 y sigs. ("Orientación de la parte dogmática")

[59] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), Capítulo IX ("La Constitución de 1931. Declaraciones y Normas Fundamentales"), págs. 125 y sigs. No obstante crítica que no se emplee en el ella la expresión soberanía nacional, consagrada en nuestro Derecho constitucional como bandera frente a las pretensiones de la Monarquía, y no emplea en el preámbulo la palabra nación, separándose así de la regla dominante en nuestra historia constitucional (*Ibid.,* pág. 125). Y crítica también la fórmula "República democrática de trabajadores de toda clase", porque, aparte de ser ingenua, se parece al artículo 10 de la Constitución Rusa ("La República rusa será una comunidad socialista libre de todos los trabajadores de Rusia". Pero aclara inmediatamente: "Y aunque nuestras constituyentes no hayan pensado ni por un momento en inspirarse en la Constitución soviética, el referido artículo viene, lógicamente, a la memoria. Nada se habría perdido por mantener la concepción del "hombre" y la condición de "ciudadano" como base esencial de la República española, comunidad de "hombres" libres de toda condición e iguales ante la ley y el Derecho" (*Ibid.,* págs. 128-129).

[60] Se indicaba en el art. 28 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora que "La propiedad de toda clase de bienes podrá ser transformada jurídicamente mediante expropiación forzosa por causa de utilidad social, que la ley definirá, determinando asimismo la forma de indemnización. Con iguales requisitos la propiedad podrá ser socializada" (párrafo 3º).

[61] La efectividad de ese principio de igualdad se consiguió a través de enmiendas al Proyecto parlamentario planteadas por Campoamor y Victoria Kent. Véase Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 182-183.

[62] El art. 43 de la Constitución republicana de 1931, protege a la familia en igualdad de derechos, y entre otras garantías sociales, establece que "El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protegerá a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño". En un sentido análogo se pronunciaba el correspondiente en contenido art. 41 del Proyecto parlamentario, Véase Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 17-18. Hubo muchas enmiendas. La posición de Jiménez de Asúa quedó reflejada en el texto. Se planteó un gran debate sobre el divorcio. Para Jiménez de Asúa era lógica que se concediera, en principio, el divorcio sin sujeción a causas concretas, especialmente en el caso de la mujer; no así en el caso del hombre, dada la realidad social de los cónyuges (*Ibid.*,

art. 46 debe vincularse con las iniciativas de la Organización Internacional del Trabajo y entiende que habría que haber constitucionalizado una "Carta del trabajo" en la que se reuniera la esencia de las reformas sociales elaboradas y por alcanzar en la dirección de instaurar el "Estado social", que exige la constitucionalización del trabajo que gozará la protección de las leyes. Como también debe realzarse los artículos 48 a 50 (la constitucionalización de la cultura-servicio), que impone al "Estado la 'función de cultura'", coincidiendo en este punto con la orientación general del constitucionalismo de postguerra (Constitución de Weimar, artículos 142 1 149, "Checoslovaquia", artículos 11 y 120; finlandesa, Título VIII; polaca, artículos 117 a 120, etcétera). Dentro de los "deberes" constitucionales destaca que el artículo 44 declara que "toda la riqueza del país sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes"[63].

Ahora bien: advertiría de lo que, en su opinión, eran excesos en definición de la forma política. En el fondo está de acuerdo con la idea subyacente a la definición de la República como "*Estado integral*", aunque quizá se ha querido decir "integrado", lo que sería una cosa muy distinta de integral, expresión que, según la Academia española, se aplica "a las partes que entran en la composición del todo". Pero indica seguidamente que lo que se ha querido expresar al utilizar el término de Estado integral realmente es "que España es un Estado políticamente compuesto y que se mantiene como tal, aunque reconozca y organice de manera autónoma a los municipios y regiones. En otros términos, la Constitución, declarando el Estado español compatible con la autonomía de los municipios y las regiones"[64]. La fórmula del "Estado integral" pretendía resolver el problema regional en la segunda república española[65]. Se trataba de una fórmula intermedia y de compromiso político entre el unitarismo (Estado unitario y centralizado) y el federalismo (Estado federal). En esta fórmula la soberanía no se fragmenta en el sentido estricto ("fuerte") que le es propio al Estado federal, como modelo de "Estado compuesto", toda vez que en el breve Preámbulo que encabeza el texto de la Constitución Española de 1931 se indicaba que "España, en uso de su soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución". Y, a su vez, el art. 1 dicha Constitución establecía que "La República constituye un Estado integral compatible con la autonomía de municipios y regiones" (párrafo 2º, Cfr. art. 8).

Por otra parte, observa Jiménez de Asúa, que "deliberadamente no hemos querido decir en nuestra Constitución que España es una República federal; no hemos querido declararlo, porque hoy tanto el unitarismo como el federalismo están en franca crisis teórica y práctica. Sirva de ejemplo

pág. 276). Ahora bien, sin prejuicios y atendiendo a la "cultura" de la época, el art. 43 de la Constitución definitiva precisaba que el Matrimonio "podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquier de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa". Jiménez de Asúa, por otra parte, constaba la crisis de la institución matrimonial y traía a colación el Código de la Familia de Rusia que consagró en toda su amplitud "la teoría socialista de las uniones libres" (*Ibid.*, pág. 277). Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs., 36-37.

[63] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), págs. 153-167.

[64] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), pág. 129.

[65] Tomás Y Valiente, F.: «El «Estado integral»: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada», en García Delgado, J.L. (ed.): *La II República española. El primer bienio*, Madrid, Siglo XXI, 1987. En toda la producción en materia constitucional de Jiménez de Asúa se insiste en esa idea finalista de integración atendiendo a un criterio de unidad en la diversidad autonómica: "*unitas multiplex*" en la organización política del Estado democrático. Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Reus, 1932; *Ibid., La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ercilla, 1942; *Ibid., La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; *Ibid., Anécdotas de las Constituyentes*, Buenos Aires, Patronato hispano-argentino de cultura, 1942.

Alemania… Vemos en su Constitución de 1919 cómo se ensanchan los poderes del Reich y cómo los antiguos Estados reciben el nombre menos ambicioso de *Länder.* El Estado federal alemán va transformándose en Estado integral. No hemos querido, además, hacer uso del término federal, porque federa es unir. Se han federado aquellos países que vivieron dispersos y que más tarde quisieron vivir régimen colectivo. El caso de España es inverso: Estado unitario hasta ahora; varías de sus regiones pretenden autonomía. La antítesis Estado unitario-Estado federal exige hoy superación, por una síntesis de Estado integral"[66]. Entiende Jiménez de Asúa, que la superación de la antítesis por una síntesis "integralista" (integradora) del Estado, fue el intento sagaz de Preuss en la Constitución de Weimar, que no pudo realizarse plenamente, pero que está en marcha de realización en la Alemania de la época desde que fue aprobada su Constitución. Consistía aquél en disminuir prácticamente los residuos de soberanía de los Estados federados hasta hacerla sustituir por una amplia autonomía político-administrativa, de un lado, y, de otro, acentuar la mera descentralización administrativa de las provincias prusianas, hasta transformarla prácticamente en autonomía político-administrativa; de ello debía resultar un Estado integral único, el alemán, y tantos territorios autónomos, equivalentes, o sus herederos, más las provincias prusianas. No se logró completamente el intento, pero se avanzó y avanzado en él lo bastante para que se plantee hoy con riguroso legitimidad el problema de si es o no un Estado federal el que rige en Alemania, y para que, bajo el prestigio de lo alemán, sea lícito afirmar la crisis de aquél junto a la del Estado unitario y la necesidad de superarlo, por el camino que señaló Preuss -ese gran talento que murió sin llegar a la meta del Profesorado por la incomprensión del oficialismo alemán representada por Gierke[67] y Jellinek[68]-, mediante el Estado integral, ora se parta para ello de un Estado anteriormente unitario o bien de un régimen federal. En esta línea de pensamiento estima que el punto de arranque en el proceso constituyente para llegar a este Estado integral es la preexistencia y continuidad del Estado español, que después de haber sido durante siglos un férreo e inútil Estado unitario, va a transformarse en moderno "Estado integral", pero sin dejar de ser siempre el mismo y único gran Estado español. Frente al Estado unitario, tiene el integral la ventaja en nuestro caso, de ser compatible, sin imponerlas, con diversos grados de autonomías regionales, cuando sean pedidas y procedentes, junto a un régimen de vinculación de otros territorios nacionales no preparados para aquellas formas de autarquía. Y, frente al Estado federal, tiene el provecho de permitir, sin desnaturalizarse, la existencia de estos territorios, ligados por estrecha dependencia político-administrativa, al Estado -sin perjuicio de los diversos grados posibles de descentralización administrativa-, junto a aquellas otras regiones que quieran y estén capacitadas para asumir funciones de autodeterminación, en grado de distinta intensidad, que son variantes de matiz en las posibles autonomías regionales diversas, sin imponer una relación uniforme entre el Estado y unos y otros territorios. Esto es lo que en el Proyecto de Constitución se ofrece.

Por ello se ve claramente atacado el unitarismo en los artículos 15 y 19; no admitido el federalismo en los artículos 14 y 17, y, en cambio, paladinamente proclamado el régimen de Estado integral en los artículos 16, 18 y 20. Aunque el socialismo democrático pretende la federación de Europa y aun del mundo, no puede desconocer que una región española, que tenga su civilización

[66] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.54-59.

[67] Monereo Pérez, J. L.: (2020). "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *10*(2), 682-735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080

[68] Jellinek, G.: *Teoría general del Estado,* trad. Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; *Ibid., La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* trad. De Adolfo Posada, edición y estudio introductorio", "Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica" (pp. VII-XXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

y su cultura propia, sus perfiles y sus características definidos, pueda encontrar un obstáculo en la Constitución como el propio partido socialista[69].

Para comprender la organización política territorialmente descentralizada del Estado español en la Constitución republicana definitiva, debe recordarse, en primer lugar, que "la República constituye un Estado integral compatible con la autonomía de municipios y regiones" (art. 1, párrafo 3º de la Constitución aprobada). En segundo lugar, que el Estado español estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía (art. 8). De manera que, si una o varias provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político administrativo, dentro del Estado español presentarán su Estatuto de autonomía regional para su necesaria aprobación por el Parlamento con arreglo a lo establecido en el art. 12 de la Constitución (art. 11). La Constitución republicana establecía una distribución de competencias entre el Estado, señalando lo que son las materias que son de exclusiva competencia del Estado (art. 14), e indicando que podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre un conjunto de materias (artículos 15 y 18). Al respecto se establecen determinados límites competenciales explícitos: a) En las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencias de trato entre los "naturales del país" y los demás españoles (art. 17); b) El Estado podrá fijar por medio de una ley aquellas bases a que habrán de ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas cuando así lo exigiera la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República. Corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales la apreciación previa de esta necesidad. En las materias reguladas por una ley de Bases de la República las regiones autónomas podrán estatuir lo pertinente por ley o por ordenanza (art. 19); y c) Se establece que el Derecho del Estado prevalece sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas en sus respectivos Estatutos (art. 20). Esta previsión se inspira en la Constitución de Weimar[70].

El problema de la autonomía, el federalismo y el "separatismo" había centrado la atención de Jiménez de Asúa, reflexiona sobre la autonomía, el derecho de autodeterminación de los pueblos y el dilema que tendría que afrontar una tercer República española; si federal o autonómica regional ("países"). En España está presente "el problema regional o, si se quiere, el de los "países", el de las culturas distintas y propias y, en última instancia y quizá por lo que, respecto a los vascos, el de la raza"[71]. En cuanto a la "solución constitucional" recuerda que la Constitución Republicana de 1931 configuraba al Estado como "Estado integral" materializado en la consagración de la autonomía regional a través de los correspondientes Estatutos autonómicos, indicando que está fórmula permitió garantizar un espacio de autogobierno y la paz en la organización política del Estado. Recuerda en el programa del partido socialista de 1931 se incluyó una base 8ª en que se decía que el partido apoyaría el reconocimiento de la personalidad regional. Para él el reconocimiento de la autonomía regional no cuestiona la soberanía del Estado español, como se adujo por algún sector conservado en los debates constituyentes ("El tan manoseado atributo no es un problema de cantidad, sino de principio y se reduce a la "competencia" de "las competencias". Nosotros estamos convencidos, quienes votamos la Constitución sin reservas, que el régimen autonómico no afectaba para nada a la soberanía")[72]. Enuncia las posibles soluciones: "La organización de España puede hacerse de un

[69] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 58-59.

[70] Como observa Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 29.

[71] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 99 y sigs., en particular págs. 103-104.

[72] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 105-107.

modo unitario, conforme al molde de Federación, o según la fórmula del Estado integral que admite estatutos para aquellas regiones o países que demuestren la voluntad de regirse autonómicamente. Y finalmente puede constituirse el Estado español, después de separarse de su seno este o aquel país que quiera ensayar vuelo propio". Pero Jiménez de Asúa que siempre "me mostraría enemigo decidido de la república federal española": "España es varia. Si logramos entendernos, acaso esto que para la política actual constituye un gran obstáculo, se convertiría mañana en el más preciado de los bienes. La variedad si se despliega en la armonía, es fontana de toda clase de prosperidades". Aunque la Constitución Republicana de 1931 es mejorable y necesita muchos retoques, sobre todo en la parte orgánica y en la organización de los derechos ciudadanos", sin embargo, "acaso haya un punto en que sea difícil superarla: el régimen integral que permite a las regiones autónomas logar un Estatuto" de autonomía regional". En este sentido la Constitución Española acertó en el sistema que a España conviene, pues incorpora un principio ordenador de autogobierno regional (o de "país") en el seno del Estado compuesto de regiones autónomas (o "países"). Esta es, según piensa Jiménez de Asúa, una fórmula en la que el pueblo puede buscar la vestidura jurídica más apropiada a su cuerpo[73].

No se olvide que Adolfo Posada, de orientación republicana social, había apostado más por fórmulas de corporativismo democrático (democrático, sin duda, como muestra su rechazo a las formas corporativas autoritarias de la Dictadura de Primo de Rivera) como la creación de una "segunda cámara" de representación de intereses profesionales, proyectando, en cierto sentido, en el campo político su experiencia en el Instituto de Reformas Sociales, que había dados buenos resultados para la institucionalización de los conflictos entre trabajadores y empresas en colaboración con el Estado concebido como órgano al servicio de una sociedad pluralista). También defendió sin fisuras la garantía constitucional de los derechos y libertades fundamentales y muy especialmente los derechos económicos, sociales y culturales. Con todo, se hace visible el talante crítico que adopta Adolfo Posada con la Constitución de la República de 1931 en algunos aspectos significativos, aunque valora muy positivamente la dimensión garantista de los derechos de nueva generación (los derechos económicos, sociales y culturales) que se materializa en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico[74].

---

[73] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 110-119.

[74] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 476-515; Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932).

No se olvide que las fórmulas corporativistas democráticas eran muy extendidas y que incluso habían sido objeto de defensa por distintas versiones del socialismo democrático. Así entre nosotros, resulta relevante la posición asumida por De Los Ríos, F.: *El sentido humanista del socialismo* (1926), edición, introducción y notas de Elías Díaz, Madrid, Castalia, 1976, págs. 63 y sigs., y 235-241 y 276-305. Asimismo, De Los Ríos, F.: *Escritos sobre Democracia y Socialismo,* edición y estudio preliminar de Virgilio Zapatero, 1974. La defensa del "parlamento profesional" y el énfasis concedido a los "consejos técnicos", sobre reflexiones que abundan en sus escritos y debates parlamentarios, como exponente, *Ibid.,* último libro citado, págs. 263 y sigs., y 299 y sigs. Pero su defensa de la Constitución Republicanas de 1931, es indiscutible, a pesar de que como él mismo reconoce tiene algunas discrepancias menores. La prueba de los hechos sus intervenciones parlamentarias, y una muestra muy abreviada de ellas, en "La Constitución de la II República Española", *Ibid.,* págs. 359-374. Véase, Zapatero, V.: *Fernando de los Ríos. Biografía intelectual*, Pre-textos-Diputación de Granada, Valencia, 1999, págs.279-280; Monereo Pérez, J.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara Villar, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136; *Ibid., Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999. La tradición organicista del krausismo-institucionista tuvo ya una presencia muy significativa en autores como el mismo Francisco Giner de los Ríos y Adolfo Posada. Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", en *Cívitas. Nueva revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009); *Ibid., El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, especialmente, Capítulo

El nuevo Derecho social[75] -amparado en la Constitución Republicana- debe penetrar en todos los ámbitos de la vida social, lo que comporta la puesta en práctica de un constitucionalismo de derecho privado y, señaladamente, de un Constitucionalismo de Derecho social en el ámbito de las relaciones laborales[76]. La problemática de la organización política territorial del Estado compuesto español había centrado la atención de Jiménez de Asúa en un ensayo más detenido[77]. Esta fue, como se sabe, una de las cuestiones más problemáticas que se plantearon en la Constitución, tanto en el momento de su elaboración, como en el momento de su interpretación y aplicación[78].

Jiménez de Asúa haría referencia a la construcción del constitucionalismo a través de distintas fases históricas, siendo un hito la construcción de un verdadero derecho constitucional que presupone una sustancialización de la democracia (la dimensión sustancial de la democracia constitucional), con el reconocimiento pleno del principio de igualdad sustancial y del conjunto de los derechos fundamentales (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales). Para él han de ser llevados al área del derecho constitucional moderno todos aquellos derechos y aspiraciones programáticas -que se plasmaría en normas vinculantes de fuerza normativa dirigida a los poderes públicos o de fuerza vinculante bilateral para los sujetos públicos y privados- que los pueblos reclaman y ansían, en forma normativa y eficaz. La Constitución Republicana se sumaría las iniciales "constituciones madre" (como la Constitución Mexicana de 1917; la Constitución Rusa de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919; todas ellas influidas por la llamada "Constitución de la Organización Internacional del Trabajo" establece en la Parte XIII del Tratado de Versalles de 1919, cuyos trabajos preparatorios influyeron en la Constitución Mexicana, y, visiblemente, en las demás constituciones. Debe retenerse aquí su magistral Preámbulo y los fines de la Organización Internacional del Trabajo para crear un Derecho Internacional Uniforme del Trabajo y de la Seguridad Social). De su importancia ya se había dado cuenta por nuestros grandes reformadores sociales, que inevitablemente acabaron siendo reformadores *constitucionales*, dada la impronta constituyente de la creación de un nuevo orden jurídico-político[79]. Subraya, al respecto, que frecuentemente se comete el grave error de desvincular el

2.1 ("Liberalismo organicista: El organicismo social. El papel de las sociedades intermedias. Sociedad y Estado orgánico"), págs. 33-103.

[75] Según Gustav Radbruch el "Llamamos derecho social aquellas modificaciones de derecho público de la igualdad jurídica formal, de la libertad jurídica de contratación y propiedad, en pocas palabras, del derecho privado individualista, modificaciones que sirven para equilibrar las diferencias de poder entre los económicamente débiles uy los fuertes, entre los trabajadores y empresarios. Ya antes de 1933 habían surgido, junto al Código Civil, las nuevas ramas de derecho social, el derecho laboral y el derecho económico, para corregir el derecho privado individualista". Cfr. Radbruch, G.: "La renovación del Derecho", en Radbruch, G.: *El hombre en el Derecho,* trad. I. del Campo, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho" (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, pág. 75.

[76] Monereo Perez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 1 (2021*): 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525/585

[77] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946.

[78] Puede verse también la opinión de otras de las personalidades más implicadas, el que fuera Presidente de la República, Alcalá-Zamora, N.: *Los derecho de la Constitución de 1931. Seguido de Tres años de experiencia constitucional y un apéndice con el texto de la Constitución de 1931,* Advertencia y notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Madrid, Civitas, 1981, págs. 95 y sigs. Para la posición de Alcalá Zamora en su contexto, y atendiendo a sus opiniones en durante el desenvolvimiento de la Segunda República, puede consultarse Alcalá Galve, Á.: *Alcalá-Zamora y la agonía de la República,* Sevilla, Fundación José Manuel Lara, 2ª ed., 2006 (1ª ed., 2002). Para la cuestión regional, véase págs. 860 y sigs., 377 y sigs.; Gil Pecharromán, J.: *Niceto Alcalá-Zamora. Un liberal en la encrucijada,* Madrid, Síntesis, 2005, págs. 213 y sigs., 281 y sigs., y 319 y sigs.

[79] Puede servir como muestra harto significativa el libro de FABRA RIBAS, A.: *La organización Internacional del Trabajo,* con Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, 1929 (¿?). El Preámbulo de la Parte XIII merece la pena ser recogido, porque condensa todo un

proceso del constitucionalismo democrático social contemporáneo del proceso de internacionalización del trabajo, pues la dinámica histórica muestra el carácter interdependiente y encadenado de ambos procesos de modernización ampliada de índole jurídica y política. Son procesos *diferenciados, pero inescindibles* en esa trayectoria histórica que relativiza -más allá de su carácter expresivo- de necesaria distinción entre el movimiento "interno" y movimiento "externo" en el proceso de reforma social del constitucionalismo contemporáneo[80]. Se explica, de este modo, como observa Jiménez de Asúa, que se proyectaría en las Constituciones la preocupación por los derechos de fondo, preocupación por los derechos de los grupos sociales y de los seres colectivos, y preocupación, asimismo, por la efectividad y garantía de la órbita de derechos y libertades reconocida a los ciudadanos de toda clase. Se trata de la parte dogmática de la Constitución no se limite a "Declarar" derechos, sino ante toda garantizarlos[81]. En efecto, entiende, que las declaraciones de derechos no deben ser meras declamaciones, a través de su regulación concreta y normativa, y el corolario de unos recursos y una jurisdicción ante la cual acudir para promover la queja o exigir el cumplimiento del derecho

proyecto de política social: "Considerando que existen condiciones de trabajo que implican, para un gran número de personas, la injusticia, la miseria y las privaciones, lo cual engendra tal descontento que constituye una amenaza para la paz y la armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo, la fijación de una duración máxima de la jornada de trabajo, al reclutamiento de mano de obra, a la lucha contra el paro, a la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia decorosas, a la protección del trabajador contra las enfermedades del trabajo, y la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez y de invalidez, a la defensa de los intereses de los trabajadores ocupados en el Extranjero, a la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical, a la organización de la enseñanza profesional y técnica y a otras medidas análogas;

"Considerando que la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los obreros en sus propios países,

"Las Altas Partes contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad, así como por el dese de asegurar una paz mundial duradera, han convenido lo que sigue:

"Se funda una Organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el Preámbulo.

"Los miembros originarios de la Sociedad de las Naciones serán miembros originarios de dicha Organización y, en adelante, la calidad de miembro de la Sociedad de las Naciones implicará la de miembro de la expresada Organización.

"La Organización permanente comprenderá: 1º. Una Conferencia general de los representantes de los miembros. -2º. Una Oficina Internacional del Trabajo, bajo la dirección de una Consejo de Administración". Véase Valticos, N.: *Derecho Internacional del Trabajo* (1970), trad. Mª. José Triviño, Madrid, Tecnos, 1977, especialmente, Capítulo II ("La creación de la OIT"), págs. 52-115, y Capítulo III ("La evolución constitucional y la actividad normativa de la OIT de 1919 a 1976"), págs. 90 y sigs., y Capítulo I ("El porqué de una reglamentación Internacional del Trabajo") de la Segunda Parte; Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*. Vol. I, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, págs. 263 y sigs.

[80] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, especialmente, Capítulo II.3 ("Internacionalización y constitucionalismo "social" en la consolidación del Derecho del Trabajo en el marco del Estado democrático"), págs. 157; *Ibid., Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España,* Madrid, Trotta, 1999, especialmente, págs. 21 y sigs., 116 y sigs., y 191 y sigs.; *Ibid.,* "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia. (2022)". *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *4*, 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622 , y la amplia bibliografía allí citada, que excusa aquí su cita.

[81] Para esta distinción véase, Monereo Pérez, J. L., "Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)", en *REDT*, núm. 56 (1992); *Ibid.,* "Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (II)", en *REDT*, núm. 57 (1993); *Ibid., La protección de los derechos fundamentales. Modelo Europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009; Monereo Pérez, J. L. (2022). 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), 166-273. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6323; *Ibid.,* Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009, Capítulo 4, págs. 39 y sigs. (Sobre la "Constitución del Trabajo y derechos sociales de la ciudadanía", y el "Significado de las Declaraciones de Derechos Sociales: Idea social y democracia participativa. La aportación de Georges Gurvitch a la teoría de las Declaraciones de Derechos Sociales").

desconocido por quien suele ostentar un poder o autoridad. Por ello, las nuevas Constituciones debe acoger derechos y libertades que reclama la ciudadanía, pero en normas que imponen deberes de actuación positiva a los poderes públicos y también deberes de respeto para los poderes privados sometidos ambos al texto fundamental de valor "supralegal" (Jiménez de Asúa, alude frecuentemente a la metáfora kelseniana de la supralegalidad de la Constitución como vértice del ordenamiento jurídico que edifica en su cimientos y pilares fundamentales). La Constitución Republicana de 1931 consagra un modelo socioeconómico que admite distintas opciones de política legislativa, pero que ya en sí mismo contiene elementos socializadores que se apartan de la visión del individualismo liberal, tanto en la esfera de los derechos económicos relativos a la propiedad (artículo 44), como en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 46)[82]. El Proyecto que tuvo aceptación[83] el que se elaboraría después por la "Comisión Parlamentaria de Constitución", presidida por Luis Jiménez de Asúa[84], el cual proponía un sistema unicameral. Rechazada la Cámara profesional o corporativa, si se aceptó parcialmente la propuesta de Fernando de los Ríos de establecer Consejos Técnicos de aseguramiento, dentro la preocupación por la eficiencia de la actividad parlamentaria. En efecto el art.93 de la Constitución de la II República definitivamente aprobada establecía que "Una ley especial regulará la creación y funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. Entre estos organismos funcionará un Cuerpo Consultivo Supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley"[85]. El Proyecto de Constitución parlamentario -nacido de la Comisión de Constitución parlamentaria presidida por

[82] Véase Jiménez De Asúa, L.: *La construcción de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, 1946, pág. 70; Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Editorial Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs., en particular págs. 64 y sigs. Este libro de Jiménez de Asúa contiene una crónica precisa del proceso de elaboración de la Constitución republicana de 1931, realizando una labor de comparación entre los proyectos y el texto constitucional finalmente aprobado. Pero, además, contiene una versión más elaborada de su discurso de presentación del Proyecto constitucional de la Comisión en las Cortes generales.

[83] Véase Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "*El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada"* (pp. VII a CLXIII.)*,* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. 639 y sigs. ("La República. La Constitución de 1931"). Adolfo Posada destaca que la nueva Constitución de la segunda República se realizó bajo el influjo persistente de las nuevas necesidades sociales y las reivindicaciones de las clases que se estiman víctimas de la injusticia social y como consecuencia de las transformaciones reales e ideológicas características de la postguerra mundial. Aprecia, asimismo, el influjo, inmediato, sin duda, de la Constitución de Weimar. En la definición de la República (art. 1: "España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia", aprecia el influjo del elemento socialista en la elaboración de la Carta constitucional (*Ibid.*, págs. 644-648). Con todo destacando que la Constitución es la "Ley suprema del Estado"; y más incisivamente: "La Constitución es la *fuente* primaria de nuestro Derecho constitucional escrito" (*Ibid.*, pág. 650).
Las reflexiones hechas por Adolfo Posada en 1935, venían precedidas de un estudio más amplia -y más crítico-, Posada, A.: *La Nouvelle Constitution Espagnole (Le Régime Constitutionnel en Espagne.-Evolution.-Textes.-Commentaires),* París, Bibliothèque Constitutionnelle, Librairie du Recueil Sirey, 1932, donde, sin embargo, sí destacaba que la Constitución republicana de 1931 establecía "Los fundamentos constitucionales del "Derecho social"" (Capítulo IX. "La Constitución de 1931. Declaraciones y normas fundamentales", apartado VI.).

[84] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución española*, Madrid, Reus, 1932; Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942; Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; Jiménez De Asúa, L.: *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942.

[85] En su exposición del contenido del proyecto de constitución presentado al Parlamento, trató la figura de los "Consejos técnicos (Título VII)", el establecimiento de estos consejos se ha inspirado profundamente en los trabajos de la Comisión Asesora Jurídica. Los Consejos técnicos, tal como se establecen en el Proyecto, tienen antecedentes en los Consejos Económicos de Alemania, Irlanda y Yugoeslavia; pero en el Proyecto, de una parte, se ha achicado su poder, y de otra, ensanchado. No se llega a tanto como en la Constitución alemana, en donde, cuando no quiere el Gobierno llevar al Reichstag las iniciativas del Consejo, uno de los miembros de él podrá presentarse al Parlamento para defenderlas. Pero, en cambio, no son sólo consejos económicos, sino que son diversas clases de Consejos técnicos los que se crean. Se ve nítidamente que esta propuesta no tuvo aceptación plena, siendo un sucedáneo la

Jiménez de Asúa-, apostaba nítidamente por la creación de los "Consejos técnicos" (artículos 92, 39 y 94 pertenecientes al que fuere por entonces Título VII, "Consejos Técnicos", del Proyecto parlamentario), indicando, entre otras cuestiones en las referidas disposiciones, que "Una ley especial determinará la organización y funcionamiento de Consejos técnicos, con carácter autónomo, en los distintos sectores de la actividad de la Administración y de los intereses culturales y económicos de la Nación" (art. 92 del Proyecto Parlamentario). Por su parte, el art. 93 del Proyecto parlamentario establecía que "el Gobierno, salvo en caso de urgencia, deberá someter al examen del Consejo técnico respectivo, toda medida de importancia que afecte a las materias de su competencia, así como todo proyecto de ley, antes de presentarlo a la aprobación del Congreso. Acompañará al proyecto presentado al Congreso el informe del Consejo, que podrá proponer, si así lo creyere conveniente, una distinta regulación de la materia. El Gobierno podrá también encomendar a un Consejo técnico la redacción de un proyecto de ley o de un Reglamento". Por último, se incrementaba su ámbito de competencias de esos Consejos técnicos (conjugados en plural, pues no se trataba de un solo Consejo técnico, sino de varios posibles con funciones distintas), al disponer que "el Congreso, a propuesta del número de Diputados exigido para presentar una proposición de ley, podrá encomendar a un Consejo técnico la preparación de una determinada ley, que servirá de base a los trabajos de la Comisión parlamentaria correspondiente. En este caso, como en el del artículo anterior, cuando el informe del Consejo técnico se aparte del Proyecto del Gobierno, será oído por la Comisión un delegado de dicho Consejo". Sin embargo, esta institución se diluye en el debate parlamentario y se subsume en el tenor más genérico del art. 93 del texto de la Constitución definitivamente aprobada: "Una ley especial regular la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de la Cortes. Entre estos organismos figurará un *cuerpo consultivo supremo de la República* en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley" (art. 93 de la Constitución aprobada).

Jiménez de Asúa, apostilla que hubo un gran debate en el Parlamento sobre el Título VII del Proyecto parlamentario que trataba de los Consejos Técnicos y fue defendido por él mismo como pieza inexcusable del sistema interno del Proyecto parlamentario. Con la controversia apasionada se acabó suprimiendo dicho Título completamente, aunque el discurso de Fernando de los Ríos fue causa de que los Consejos renaciesen, con vida más modesta, al amparo del art. 93 de la Constitución aprobada. Ya antes en el proceso de elaboración del proyecto parlamentario, Fernando de los Ríos -por entonces Ministro de Justicia- había compuesto una enmienda interna, muy acaba, en la que se proponía establecer el *"Consejo de Estado",* y se regulaban, con más minuciosidad los *"Consejos técnicos"*. En la proposición reformulada de Fernando de los Ríos se redactaba todo un grupo normativo sobre el "Consejo de Estado y Consejos Técnicos" (artículos 92 a 97 de la Proposición interna). Entre otras cuestiones se indicaba que "El Consejo de Estado es el órgano supremo consultivo de la República en asuntos de gobierno y administración. Una ley detallará su organización, atribuciones y funcionamiento" (art. 93 de la Proposición interna). Por su parte, "Los Consejos Técnicos son los órganos asesores del Gobierno y del Congreso; están investigado de un derecho de iniciativa, y sus atribuciones son las siguientes" (dictaminar los proyectos de ley; emitir dictámenes sobre cualquier problema técnico; proponer por propia iniciativa al Gobierno anteproyectos de ley o Reglamentos) (art. 92 de la Proposición interna). En el debate parlamentario se hicieron varias modificaciones, siendo la más importante la supresión del primer párrafo del art. 93, sobre el "derecho de iniciativa" de los Consejos Técnicos. Ayuso propuso una enmienda de supresión del Título completo -enmienda apoyada por Valle Gracia. Esta enmienda sorpresivamente fue aceptada en votación nominal. Por consecuencia, quedó suprimido de la Constitución el Título VII del Proyecto Parlamentario, y ya no había medio de introducir la enmienda de Fernando de los Ríos en sentido contrario. Tras una intervención de Fernando De los Ríos (Ministro de Justicia) en defesa de esos órganos de

previsión del art. 93 de la Constitución Republicana de 1931. Véase Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 7-73.

asesoramiento, se propuso en la cámara -a propuesta de Gomaríz- que ese asunto fuese tratado de nuevo de manera que se buscase una fórmula en que se estableciera, al menos, la posibilidad de crear órganos asesores de la Administración. Después de una reconsideración en la Comisión parlamentaria se formularían dos propuestas que conducirían a la redacción de los dos apartados del art 93 del Texto constitucional definitivamente aprobado. En definitiva, es lo cierto que desaparece toda mención expresa a los Consejos Técnicos como pieza constitucional, que era considerada como esencial en el Proyecto parlamentario elaborado por la Comisión parlamentaria de Constitución. No obstante, aparte de mantenerse el consejo de Estado (no otra cosa era el "Cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración", al decir del art. 93, apartado 2º de la Constitución definitivamente aprobada), se mantiene, igualmente, la posibilidad de crear órganos asesores y de ordenación económica de la Administración del Gobierno y de las Cortes[86].

La proclamación de la IIª República se realizó con un programa de paz y de justicia social. No sólo se mantuvieron las relaciones con la OIT, sino que estas se intensificaron. Albert Thomas -Director de la Oficina Internacional del Trabajo- ya tenía unas excelentes relaciones con los socialistas (antes y durante la Dictadura de Primo de Rivera[87]), la conexión entre Antonio Fabras Ribas, Largo Caballero y Albert Thomas era particularmente estrecha y de colaboración activa. Una vez que se proclamó la IIª República Albert Thomas felicitó personalmente a Largo Caballero y Fabra Ribas por sus nombramientos respectivos, como Ministro de Trabajo y Previsión y Director General de Trabajo. Luis Araquistaín sería nombrado representante del gobierno español en el Consejo de Administración de la OIT. Pero, además, el nuevo régimen democrático-republicano puso un mayor empeño en la implicación no sólo con la OIT, sino también con la Sociedad de Naciones desde el inicio de su instauración, de manera que la España democrática ponía de manifiesto su mayor compromiso integrador con las actividades de la Sociedad de Naciones en el marco de una nueva política exterior. En la dimensión sociolaboral de esa mayor integración se trazó todo un programa de ratificación de los convenios de la OIT (incluyendo la ratificación del convenio que establecía la jornada máxima de las ocho horas como prioridad). Proclamada la República, se decide enviar a Adolfo G. Posada como represente del Gobierno Republicano español a la reunión del Consejo de Administración. Ya resulta la presencia significativa como Delegados gubernamentales en las Conferencias Internacionales de Trabajo (1931-1938) de personalidades como Luis Araquistáin (1931, 1933), Juan Negrin (1933), Demófilo De Buen Lozano (1936), Leopoldo Palacios Morini[88] (1936), el propio Fabra Ribas (1936, 1937 y 1938), León Martín Granizo (1936, suplente). O como Asesores Técnicos, Manuel Pedroso (1931, 1932), Carlos González Posada[89] (1932, 1934), José Álvarez Ude (1934, 1935) León Martín Granizo (1932, 1933, 1934, 1935, 1936), José Ruiz Manent (1934. 1935), Alejandro Gallart Folch[90] (1934). No es baladí hacer notar que la amplia participación de los intelectuales en el establecimiento

[86] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.394-404.

[87] Fabra Ribas, A.: *La Organización Internacional del Trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata, 1929 (¿?). Fabra Ribas ya dejaba constancia de la influencia de la OIT en los países ibéricos e iberoamericanos (*Ibid*., págs. 179 y sigs.). Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, especialmente, págs. 181 y sigs., 227 y sigs. y 255 y sigs.

[88] 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.

[89] Monereo Pérez, J.: *Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España,* en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 13 (2017), págs. 313-334.

[90] Monereo Pérez, J.L. y Peláez, M.J.: "Alexandre Gallart Folch (1893-1972)", en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos,* Zaragoza-Barcelona, 2005, Vol. I, págs. 337-339, núm. 332; *Ibid.,* "Alejandro Gallart Folch (1893-1972): Los fundamentos políticos y científico-jurídicos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España". (2023). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *37*, 263-304. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/844. De mismo pensador, Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", a

de la República, 1930-1931[91]; una participación que tuvo continuidad más allá de los grandes dilemas que se plantearon, pues al fin y al cabo el intelectual (incluidos los intelectuales "orgánicos" en el sentido de Gramsci[92]) está inmerso en una sociedad y en una cultura determinada que se desarrolla y evoluciona dinámicamente y, de ordinario, en un sentido cambiante, que afecta a su posición y mentalidad.

La política republicana de ratificaciones sería especialmente impulsada por Largo Caballero[93], Fabra Ribas, pero también por Fernando de los Ríos y el equipo dirigente de la INP (Inocencio Jiménez[94], y el gran Adolfo G. Posada[95], que había sido repuesto en su cargo). La idea es que se ratificaran todos los convenios de la OIT aprobados en la Conferencia General de la OIT y pendientes de ratificación por nuestro país, por un lado, y por otro, preparando la legislación interna nacional para garantizar su aplicación efectiva[96]. El art. 75 del *Proyecto* de Constitución Republica (votado en las Cortes en la sesión de 3 de noviembre de 1931, que en el texto definitivo pasaría a ser el art. 65 *de la Constitución* de la República Española de 1931[97]), contenía una *obligación constitucional de autosometimiento al orden internacional*. En efecto, ya en el mismo *Título Preliminar* (*pórtico* de la Constitución, que recoge las normas de valores y principios comunes y fundantes de la sociedad democrática que se irán desarrollando a lo largo de toda la Constitución y que vienen al sintetizar los principales rasgos del Derecho constitucional español) de la Norma Fundamental se establecía que "El Estado español acatará [mandato imperativo categórico] las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo".

Materializando esa decisión fundamental de "autosometimiento" constitucional, el art. 65 de la Constitución es redactado con el siguiente tenor: "Todos los Convenios internacionales ratificados

cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; *Ibid., Derecho Español del Trabajo,* con Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Labor, 1936.

[91] Bécarud, J., y López Campillo, E.: *Los intelectuales españoles durante la II República,* Madrid, Siglo XXI, 1978, págs. 13 y sigs.

[92] Monereo Pérez, J.L.: *El sistema educativo y la función de los intelectuales en una nueva sociedad regulada*, estudio preliminar a Gramsci, A.: *La formación de los intelectuales,* trad. A. González Vega, edición, revisión y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; Gramsci, A.: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el Estado moderno,* trad. y notas de José Aricó, revisión, edición y estudio preliminar, "El espacio de lo político en el pensamiento de Antonio Gramsci" (pp. IX-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018; Gramsci, A.: *Materialismo histórico, filosofía y política moderna,* edición y estudio preliminar, "La construcción de la hegemonía en Gramsci: la política como lucha por la hegemonía" (pp. IX-CI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2017.

[93] Monereo Pérez, J.L.: "Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española". (2021). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *28*, 265-314. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

[94] Sobre su pensamiento, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301. Constancia breve de su quehacer en INP.: "Homenaje a la memoria de Don Inocencio Jiménez Vicente celebrado en Zaragoza el 10 de octubre de 1942", Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, núm. 555 (1943). Sobre la legislación de previsión social, alcanzando a la IIª República, véase Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 348 y sigs. ("La previsión social" como instrumento de protección de los trabajadores fuera del trabajo).

[95] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[96] Véase la excelente investigación de Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, págs. 263 y sigs.

[97] "Gaceta de Madrid", núm. 344, de 10 de diciembre de 1931, páginas 1578 a 1588. Cortes Constituyentes. BOE-A-1931-10008.

por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a la que en aquéllos se disponga. Una vez ratificado un Convenio internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará, en plazo breve, al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus preceptos. No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido. La iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes"[98].

No obstante, el proceso fue algo más lento de lo esperado, porque, entre otras cosas, no debe olvidarse que las ratificaciones de los Convenios de la OIT exigían modificaciones y adaptaciones previas de la legislación nacional y esto planteaba problemas de tramitación y de obtención de los consensos necesarios en las Cortes Generales. La etapa de más intensidad las ratificaciones coinciden significativamente con la IIª República española, sobre todo en su momento inicial, con las medidas sociales de Largo Caballero, y su momento final, con las ratificaciones tardías de 1938. Es revelador el hecho de que, en 1939, cuando el gobierno republicano marcha de España, éste es el país que había conseguido el mayor nivel de ratificaciones hasta el momento, esto es, un total de 34; le sigue Bélgica, con 33. De modo incidental, es de realzar que, en la actualidad, nuestro país es el primero de la lista de Estados Miembros de la OIT en número de ratificaciones de los convenios de esta organización internacional de la cual emana un Derecho internacional uniforme[99]. Destáquese que los Convenios de la OIT relativos a las libertades y derechos fundamentales presuponen un orden democrático constitucional pluralista. Por lo demás, por sus propios fines y estructura interna tripartita, la OIT nunca fue un organismo internacional que pudiera ser calificado como revolucionario en el sentido fuerte de la expresión (Es suficiente una lectura de la Parte XIII del Tratado de Versalles, que acogía la Constitución de la OIT, con un Preámbulo extraordinariamente expresivo de su función institucional y fines político-jurídicos)[100]. De ella -con base el principio constitutivo del tripartismo- se busca implantar una legislación avanzada de compromiso social entre Gobiernos y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de los Estados Miembros. Y a esto es lo que se sometía explícitamente la Constitución de la IIª República, y por extensión inevitable - y lo fue por imperativa- el Gobierno republicano-socialista del primer bienio.

Pero también -y esto es todavía más relevante desde el punto de vista estrictamente jurídico- todo esto cristalizó en *el texto definitivo* de la Constitución de la IIª República contenía esa misma regulación preceptiva en el art. 65 (en relación con el art.76 de la referida Norma Fundamental)[101].

[98] Por su parte, el art. 76 de la Constitución de la República (relativo a determinadas competencias del Presidente de la República) incluía un párrafo e), a cuyo tenor: "Los proyectos de convención de la organización Internacional del Trabajo *serán* [imperativo categórico] sometidos a las Cortes en el plazo máximo de un año, a partir de la clausura de la Conferencia que les ha votado. Este plazo podrá ser de 18 meses en circunstancias excepcionales. Tan pronto como los textos de los convenios hayan sido aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República firmará la ratificación, que será comunicada, a efectos de registro, a la Sociedad de Naciones".

[99] Véase Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, *passsim.*

[100] Es suficiente retener la exposición del que ya es todo un libro clásico en la materia, Valticos, N.: *Derecho Internacional del Trabajo* (1970)*,* trad. Mª. José Triviño, Madrid, Tecnos, 1977, especialmente, Capítulo II ("La creación de la OIT"), págs. 52-115.

[101] Conforme al art. 76 de la Constitución de la IIª República (1931): "Corresponde también al Presidente de la República: […] e) Negociar, firmar y ratificar los Tratados y Convenios internacionales sobre cualquier materia y vigilar su cumplimiento en todo el territorio nacional. Los Tratados de carácter político, los de comercio, los que supongan gravamen para la Hacienda pública o individualmente para los ciudadanos españoles y, en general, todos aquellos que exijan para su ejecución medidas de orden legislativo, sólo obligarán a la Nación si han sido aprobados por las Cortes. Los proyectos de Convenio de la organización internacional del trabajo serán sometidos a las Cortes en el plazo de un año y, en caso de circunstancias excepcionales, de dieciocho meses, a partir de la clausura de la Conferencia en que hayan sido adoptados. Una vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República subscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones. Los demás Tratados

Como se puede apreciar sólo esta norma ya garantiza el sometimiento al orden internacional y el carácter democrático-social de la República Española, de manera que salvo reforma constitucional el régimen democrático-social y pluralista de partidos y organizaciones profesionales quedaba plena e indiscutiblemente garantiza en la propia Norma Fundamental constitutivo y central de nuestro ordenamiento jurídico general. Esto refleja que en sí misma Constitución de la IIª República formalizaba una *democracia constitucional* autosometida al estándar mundial multinivel en construcción de garantía jurídica de los derechos fundamentales. No era una Constitución jurídica que consagrara nada parecido a un orden "revolucionario", aunque, sin duda, estaba abierta a distintas opciones políticas legítimas, siempre que respetasen las bases y pilares estructurales del sistema político y jurídico edificado por el propio Texto Fundamental pluralista.

La legislación laboral y de protección social pública en su conjunto constituyó un avance extraordinario en la dirección de realizar el programa de construcción de un *verdadero Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social de base constitucional-garantista, es decir, como parte y especificación de la constitución democrático-social del trabajo*[102]. Es entonces es cuando se puede hablar con propiedad de la existencia jurídica de un Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social como una rama singular o sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico constitucional asentado en sus principios, valores, y normas comunes en la Constitución jurídica. Para ello no era suficiente que la Constitución garantizara los derechos sociales de desmercantilización, sino que estos fuesen -como en parte se logró en el primer bienio republicano- garantizados en su efectividad a través de la legislación estatal y de la actuación de la Administración del Trabajo, dentro de cual adquiere un protagonismo innegable el Ministerio de Trabajo y la Inspección de Trabajo y Previsión Social. De ahí el mandato constitucional ex art. 46 de la Constitución Republicana, el cual reconoce el derecho al trabajo y el derecho a "una sentencia digna"[103].

Hay que tener en cuenta que el constitucionalismo social de la primera postguerra mundial (1919-1938) es, en cierto modo, un intento de formalizar o racionalizar en la norma fundamental todo un proceso de revisión social y democrática que los regímenes políticos liberales habían experimentado *de hecho* en el último siglo, junto con el intento de instaurar una nueva modalidad del Estado: el llamado Estado social de Derecho, llamado a corregir los efectos disfuncionales de

y Convenios internacionales ratificados por España, también deberán ser registrados en la Sociedad de las Naciones, con arreglo al artículo 18 del Pacto de la Sociedad, a los efectos que en él se previenen. Los Tratados y Convenios secretos y las cláusulas secretas de cualquier Tratado o Convenio no obligarán a la Nación".

[102] En este sentido, Monereo Peréz, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 116 y sigs., y 134 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "Las (pre) supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en Rojas Rivero, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bomarzo, 2012, págs. 203-218; Monereo Peréz, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social,* Madrid, Trotta, 1999, especialmente, págs. 191 y sigs. (sobre "Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora", "Reformas social y constitución del trabajo" y "La combinación de status y contrato en la "constitución del trabajo).

[103] "El trabajo, en sus diversas formas es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes, y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, administración y beneficios de las Empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores". Por otra parte, "La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdidas de cosechas. Cooperativas de producción y consumo, Cajas de previsión, Escuelas prácticas de agricultura y Granjas de experimentación agropecuaria, obras para riego y vías rurales de comunicación. La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores" (art. 47).

la sociedad industrial competitiva. Para ello era necesario un replanteamiento de las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la sociedad en la línea de suprimir la inhibición del Estado frente a determinados problemas económicos y sociales: el Estado deviene de Estado gendarme a Estado gestor, a fin de desempeñar una función reguladora e interventora en los procesos económicos y en los conflictos propios del naciente sistema neocapitalista. *En esta línea del constitucionalismo de entreguerras se inscribe la Constitución española de 1931*, que dispensa una protección especial al trabajo y establece todo un programa jurídico laboral de la República que ha de ser garantiza eficazmente por el Estado en desarrollo de las previsiones y mandatos constitucionales (cfr. artículos 39, 39 y 46, especialmente)[104].

Se entra también en la delicadísima cuestión de la influencia de la extensión del sufragio universal, por definición democrática, a la mujer -y no sólo al varón- y la influencia que ello pudo tener en la derrota de las elecciones generales de 1933. Había un consenso general al respecto, pero no respecto al momento político en el cual debería ser operativo ese derecho con todas sus consecuencias legítimas. Según indica el mismo Jiménez de Asúa, él coincidía con Victoria Kent[105] (que antes lo había propuesto para dirigir el Instituto de Estudios Penales)[106], en ser prudentes ralentizar su operatividad (aun siendo partidarios de su reconocimiento), mientras que, por el contrario, Clara Campoamor sostenía que debería ser un reconocimiento inmediato como expresión del principio de igualdad en la titularidad de los derechos políticos. Esta es la posición que predominó. Jiménez de Asúa, entiende que ello pudo influir en esa derrota electoral, acaso sólo como un factor más entre otros muchos[107]. Pero no fue la causa principal de ese resultado electoral. Destaca que el trabajo está regulado en la Constitución de modo minucioso: se garantizan los derechos al trabajo de la persona del campo[108], del industrial y hasta del pescador y, en general de todos[109]. Conforme al art. 36 de la

[104] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 123-125; Gusy, C.: «Las constituciones de entreguerras en Europa Central», en Fundamentos, *Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 2, 2000. (revista electrónica: http://www.constitucion.rediris.es/fundamentos); Frías Núñez, M.: *Las democracias parlamentarias en el período de entreguerrras,* Madrid, Akal, 1990.

[105] Puede consultarse las semblanzas de estos dos grandes protagonistas del parlamentarismo de la Segunda República, en Gutierrez Vega, Z.: *Victoria Kent, una vida al servicio del humanismo liberal*, Málaga, Universidad de Málaga, 2001; Balaguer Callejón, M.L.: "Victoria Kent: vida y obra".
González Sanz, A.: *Clara Campoamor. La lucha política por los derechos de la mujer,* Barcelona, RBA, 2019; y obras suyas, Kent, V.: «Las reformas del sistema penitenciario durante la II República», en *Historia* 16 extra VII, 1978; *Ibid., Cuatro años en Paris*, Universidad de Málaga,1997; Campoamor, C.: *Mi pecado mortal, el voto femenino y yo,* Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla, 2001.

[106] Véase Gutiérrez Vega, Z.: *Victoria Kent. Una vida al servicio del humanismo liberal*, Málaga, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, 2001, pág. 104.

[107] Respecto al derecho al sufragio de la mujer y sus consecuencias prácticas observaría Jiménez de Asúa que toda profecía que ensaye puede ser desmentida por la realidad. No se olvide, dice, que en Inglaterra y en Alemania dio resultados distintos al que esperaban sus mismos propugnadores. Cuando el Partido Conservador esperaba en Inglaterra que las mujeres votaran con él, el "sexo femenino" votó por los laboristas. Y cuando los alemanes pensaban que la mujer buscaría un hombre de izquierdas, la mujer alemana votó a los nacionalistas. Era, por tanto, harto difícil predecir entonces el futuro del "voto femenino". Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 33-35.

[108] Conforme al art. 47 de la Constitución de la República: "La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación. La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores".

[109] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), págs. 12-15.
El precepto nuclear es el art. 46 de la Constitución de la República: "El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. *La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna*. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente,

Constitución aprobada, "Los ciudadanos de uno y de otro sexo mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes".

La Constitución Republicana era una Constitución Social que consagraba la forma política de Estado Social de Derecho, en una dirección próxima a la Constitución de Weimar y la Constitución de la República Austriaca, no sólo en el sistema de derechos, sino en el establecimiento de un Tribunal de garantías constitucionales (un defensor de la Constitución), que había en la Constitución Austriaca había sido inspirados directamente por Hans Kelsen. La fórmula de la República de trabajadores de toda clase, leída en su contexto sistemático, que muestra la consagración de un Estado Social de Derecho, se situaría también en la dirección interpretativa del Estado intervencionista de "procura existencial", que, aunque con planteamiento crítico original respecto a su "juridicidad", había formulado Ernst Forsthoff[110].

En cuanto a la propiedad privada, Jiménez de Asúa observa que evidentemente, la Constitución Republicana no era una Constitución socializadora de la propiedad, pero que sí que había introducido algunas limitaciones al derecho de propiedad, como la posibilidad de la expropiación forzosa, la nacionalización de las grandes empresas y grandes negocios que diera una dimensión más socializadora[111]. Ello es parte de la Constitución también de un más amplio modelo de Constitución socioeconómica, pues la Constitución económica (y su grupo de normas ordenadoras

paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".

[110] Forsthoff, E.: "Problemas constitucionales del Estado social" (1961), y "Problemas de la Administración prestadoras de servicios", en Forsthoff, E., Abendroth, W., y Doehring, K.: *El Estado Social,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; Forsthoff, E.: *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal de Alemania),* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1985. Para Forsthoff el Estado surgido desde el paradigma de la Constitución de Weimar es un Estado intervencionista, el cual ha de dotarse de una "Administración *de intervención*", una "Administración prestadora". Forsthoff, E.: "Problemas de la Administración prestadoras de servicios", en Forsthoff, E., Abendroth, W., y Doehring, K.: *El Estado Social,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pág. 36 y sigs. Sobre el pensamiento de Forsthoff, véase Magaldi, N.: *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social. Ernst Forthoff y la crisis de Weimar,* Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2007.

[111] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (Colección pensamiento socialista en el exilio), pág. 14.
Según el art. 44 de la Constitución Republicana "toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. *La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización*, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. *Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada*. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser *nacionalizados* en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes". Resulta harto significativa la influencia de esta disposición en el art. 128 de la Constitución Española de 1978, cuando establece en su apartado primero, que "Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general" (apartado 1º), añadiendo seguidamente que "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reserva al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general" (apartado 2º). Pero también respecto al art. 33 CE, cuando después de reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia (apartado 1º), dispone que "La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes" (apartado 1º), añade, por otra parte, que "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes" (apartado 3º) (cfr. art. 53.1 CE).

funcionalmente orientadas) está ensamblada con la Constitución social (y su correspondiente grupo normativo garantista), de manera que de lo que se trata es de conciliar la racionalidad económica y la racionalidad social.

En cuanto al derecho a la educación (otro de los grandes derechos sociales elevado a uno de los pilares nucleares del Estado Social de Derecho), subraya que se consagra la "Escuela única"[112]. En efecto, conforme al art. 48 de la Constitución Republicana de 1931 "el servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la *escuela unificada*. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria. Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada. La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la votación. La enseñanza será laica, *hará del trabajo el eje de su actividad metodológica* y se inspirará en ideales de solidaridad humana. Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos". Con esa redacción quedó bien definida la "escuela única" en la frase instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada y se hace constar el método y orientación de la enseñanza con estas palabras felices de Sabrás y Llopis: hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidad humana[113].

En la Constitución republicana se afirmaba, pues, su carácter eminentemente social, organizada en un sistema de libertad y justicia (artículo 1). Declarando que España renuncia a la guerra como instrumento de política internacional, reconociendo los principios universales como integrantes de sus relaciones con los demás pueblos[114]. Había recogido, por consiguiente, las conocidas declaraciones de Kellog-Briand que la Sociedad de Naciones consideraba como las máximas aspiraciones de su pacto y estatutos. La Constitución Republicana construyó una parte dogmática sobre estos principios esenciales.

---

[112] Esa centralidad estaba presente en Francisco Giner de los Ríos, y en uno de los máximos exponentes de la pedagogía de orientación institucionista, señaladamente Lorenzo Luzuriaga, que llevó al máximo nivel posible, en esa época y circunstancias, la renovación pedagógica democrática a España durante la Segunda República. Pero ya antes Leopoldo Palacios Morini, Adolfo Posada, etcétera. Véase Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, capítulo 2.2. ("La reforma educativa (pedagógica) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida. Influencia de la antropología krausista"), pág. 104 y sigs., y Capítulo 3 ("Institucionismo social-liberal y reformismo social y jurídico en Giner de los Ríos"), págs. 159 y sigs.; *Ibid.,* "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; *Ibid.,* "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Civitas. revista española de derecho del trabajo,* nº 134, 2007, págs. 307-358; *ibid.,* 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. Lorenzo Luzuriaga, también tendría después un papel muy importante en Latinoamérica, como lo tuvieron también el propio Jiménez de Asúa, Francisco Ayala, etcétera. Al respecto, puede consultarse, Tagliabue, N.: "El exilio español en Argentina: la labor de Francisco Ayala, Luis Jiménez de Asúa y Lorenzo Luzuriaga", en Abellán, J.L., y Monclús, A. (Coords.): *El pensamiento español contemporáneo y la idea de América*, vol. 2, Barcelona, Anthropos, 1989; Martín Casas, J., y Carvajal Urquijo, P.: *El exilio español (1936-1978),* Barcelona, Círculo de Lectores/Planeta, 2002.

[113] Respecto a la Escuela única cita significativamente a Lorenzo Luzuriaga: *La escuela única*, Madrid, Publicaciones de la Revista de Pedagogía, 1931. Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.302-305.

[114] Art. 77 de la Constitución de la República: "El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones […]".

A partir de ello abría su parte orgánica: los derechos del Presidente, del Parlamento, del Poder Ejecutivo, del Judicial, de hacienda, etcétera. En suma, la organización los poderes públicos fundamentales. Se rechazó el régimen presidencialista, y se apostó por un Parlamento *único* y un Presidente fuertemente dotados de competencias. Un Presidente elegido por el pueblo. Al lado del Parlamento único (con una sola cámara parlamentaria) y del Presidente, se establecían los consejos técnicos[115].

El sistema parlamentario no era federal, sino "integral" y se rechazaba también la instauración de una "cámara corporativa" de representación profesional, como pretendido encaje jurídico-institucional para afrontar la solución de los conflictos entre el capital y el trabajo. Pero Jiménez de Asúa consideraba que no eran los mecanismos adecuados y que estas segundas cámaras acaban por "convertirse siempre en reaccionarias"[116]. La Constitución Republican de 1931 fue el primer texto vigente de nuestra historia constitucional que, rompiendo con el centralismo iniciado por la dinastía borbónica a principios del siglo XVIII y manteniendo por el liberalismo español desde principios del siglo XIX (ante todo de la reforma de Javier de Burgos en 1833) habilitando a las nacionales y regiones de nuestro país a disponer de un Estatuto de Autonomía[117]. Otra cosa son los "consejos técnicos", organismo necesario para asesorar en materias complejas sobre las cuales hay que decidir y legislar. Precisamente Jiménez de Asúa, indica que había encargado de la defensa de tales "consejos técnicos" a Fernando de los Ríos Urruti. Sin embargo, tal y como lo había concebido no están en la Constitución, y fueron remitidos sin más al artículo noventa, es decir, al final del texto constitucional[118]. Junto a las estructuras del poder legislativo y ejecutivo se organizaron la Justica y Hacienda.

En el campo de régimen de garantías jurídicas no puede faltar el tratamiento de la Justicia. Y ello se dedica el Título VII de la Constitución aprobada por el Parlamento (artículos 94 y siguientes). Tras un debate intenso, y no exento de contradicciones internas en los discursos jurídicos (y correspondientes ideologías subyacentes) entre los interlocutores parlamentarios, se aprobó una enmienda transaccional[119] que acabó teniendo una inequívoca *dimensión y contenido social*, pues se establecía un modelo de justicia gratuita por razón de vulnerabilidad social. En efecto, conforme al apartado 2º del art. 94 de la Constitución Republicana aprobada, "la República asegurará (mandato,

[115] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), págs. 14-16.

[116] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de reforma s la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (Colección pensamiento socialista en el exilio), pág. 16-17.

[117] Valera Suanzes-Carpegna, J.: "La Constitución española de 1931. Reflexiones sobre una Constitución de vanguardia", en Valera Suanzes-Carpegna, J.: *Política y Constitución en España (1808-1978),* Prólogo de F. Rubio Llorente, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 581 y sigs., en particular págs. 590-591.

[118] El debate sobre los consejos técnicos entronca con la posición de pensadores parlamentarios como Fernando de los Ríos (y en parte también Adolfo Posada). Véase Monereo Pérez, J.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara Villar, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136. Y antes su Maestro Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", en *Cívitas. Nueva revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009); *Ibid., El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, especialmente, Capítulo 2.1 ("Liberalismo organicista: El organicismo social. El papel de las sociedades intermedias. Sociedad y Estado orgánico"), págs. 33-103; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, Capítulo II, págs. 133 y sigs., en particular págs. 176-231 ("La revisión de la "Constitución política" en el sentido de la implantación de un sistema democrático"; "Reformas de los mecanismos de representación en el Estado democrático: representación política y representación de intereses específicos ("Parlamento industrial o "Cámara social"), y págs. 506 y sigs.; *Ibid.,* "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

[119] Véase Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.404-408.

nótese, imperativo categórico ineludible) a los litigantes económicamente necesitados la gratuidad de la justicia".

De gran relevancia es el art. 100 de la Constitución, cuya redacción es idéntica a la del precepto establecido en el art. 100 del Proyecto parlamentario (que, a su vez, era muy similar en contenido al art. 78 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora), que refuerza la fuerza normativa vinculante del Texto Constitucional y su necesaria observancia también frente al poder legislativo ordinario. Conforme a dicha disposición "Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales"[120].

El cierre de la Constitución Republicana era una institución de garantía de los derechos y deberes en ella establecidos. Es decir, un Tribunal de Garantías Constitucionales[121], inspirado en el régimen constitucional austriaco a impulso del jurista Hans Kelsen[122]. Refiriéndose a esta institución de garantía y conectándola con la reforma de la Constitución (Título X en el Proyecto de Constitución, y IX en la versión finalmente aprobada), señala Jiménez de Asúa que el Tribunal de Garantías Constitucional es una institución que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales y en gran medida el buen funcionamiento de las instituciones democrática. Por su parte, "las garantías de reforma constitucional dan a nuestra Carta política el aspecto de Constitución rígida; pero es que en esta hora han desaparecido, casi en absoluto, las Constituciones flexibles, bien exigiendo una mayoría calificada para la reforma, o pidiendo unas Cortes Constituyentes para enmendarla. Es evidente que hoy la flexibilidad va perdiendo terreno"[123].

Ahora bien: La Constitución es un gran instrumento jurídico que tiene que atender a la realidad viva del pueblo que, como instancia viva, ha sido su fuente de legitimación. Incluso antes de aprobarse la Constitución de la República, España tenía cuatro grandes problemas sustancialmente políticos: el militar, el religioso, el agrario y el regional. Los dos primeros planteaban problemas de injerencia en el régimen de democracia constitucional (la tendencia a intervenir en forma de pronunciamiento de los militares, y la injerencia en cuestiones educativas y en políticas de un Estado democrático, que como tal ha de ser laica y aceptar con todas sus consecuencias la libertad religiosa y la separación

[120] Esta disposición sólo tuvo dos enmiendas que fueran rechazadas. Véase Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 417-418.

[121] Dentro del Título IX ("Garantías y reforma de la Constitución), se dispone en el artículo 121: "Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un *Tribunal de Garantías Constitucionales*, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes. b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las Regiones autónomas y los de éstas entre sí. d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República. e) La responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros. f) La responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República". Puede consultarse, Ruiz Lapeña, R.M.: *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española,* Barcelona, Bosch, 1982.

[122] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4 ("La democracia parlamentaria en Kelsen. "Esencia y "valor" de la democracia"; "La defensa de la constitución"; "La crítica de Hans Kelsen a la concepción schmittiana del control de constitucionalidad"), págs. 103-288. Del propio Kelsen, Kelsen, H.: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia Constitucional),* trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001; Kelsen, H.: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (1931), trad. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, estudio preliminar de Guillermo Gasió, Madrid, Tecnos, 1995 (1º edición; 2ª edición 1999). Para la evolución jurídico-política de esta problemática, véase Patrono, M.: «Giustizia costituzionale in Europa: Dalla «corte di Kelsen» alla corte dei diritti. Una prospettiva comparata», en *Hans Kelsen. Storia di tre storie*, Milán, Giuffrè Editore, 2000, págs. 76 y sigs.

[123] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.75-76.

Iglesia y Estado). El tercero, agrario, planteaba el problema de la concentración de los latifundios y de los influyentes grupos de presión de los grandes terratenientes y, por lo tanto, exigía de una reforma agraria. Y finalmente estaba el problema del "separatismo latente". La solución de estos problemas se realiza sobre la base de un criterio eminentemente social y democrático, pero no socialista, pues estaba abierta a distintas opciones políticas, como todas las Constituciones democrática de entreguerras.

Para afrontar estos problemas, la República trató de resolverlos mediante una reforma técnica el primero; mediante una reforma liberal el segundo (Estado laica, separado Iglesia-Estado); el religioso (en la Constitución republican la enseñanza era competencia del Estado y las órdenes religiosas solo deberían limitarse a enseñar religión sin interferir en la educación pública organizada por el Estado); de un modo tardío el tercero, el agrario (se acometió una reforma agraria que quedó varada en trámites jurídicos y estructuras burocráticas, y para su abordaje en 1936, sería muy tarde porque las clases y grupos dominantes se inclinaría por el golpe de Estado contra la República democrática, uniéndose a países extranjeros en su apoyo como la Alemania nazi y la Italia fascista); y mediante una fórmula patriótica el cuarto, el cada una de las regiones que conforman el Estado integral. Pero entiende que hay perfiles propios en las regiones Catalana, Vasca y Gallega y había que atender esa singularidad histórica y cultural. Se fomentó un régimen estatutario de autonomía en diálogo con el poder central. Pero las autonomías territoriales no son Estados, porque la Constitución no consagraba un Estado federal, por lo que tampoco tenía cabida la reivindicación de independencia nacionalista. Jiménez de Asúa defiende que la "región autónoma" tenga un elevado nivel de competencias, porque "la armonía está hecha de variedad", pero dentro de un común sentido de estar unidos. Para el futuro hay que tomar nota de que la República había hecho una Constitución liberal avanzada, una Constitución parlamentaria, una Constitución democrática, y una "Constitución prematura". En lo que pueda ser el porvenir después de la guerra quizás no responda de todo a las exigencias de la nueva época. Aparte de otros defectos, entiende que el principal reside en establecer una "Constitución prematura" (antes daba cuenta la afirmación de que "España se acostó monárquica y se levantó republicana", pero añadiendo críticamente que eso no fue así, porque desde hacía muchísimo tiempo atrás se estaba luchando por una República Democrática. De ahí, aunque fuese una bella frase debe ser tildada de errónea en su trasfondo). Él pensaba que no existía todavía un "cuerpo formado", pues "la Constitución no es sino una vestidura jurídica". Así era muy difícil hacer un "traje a la República". Hacer la "revolución desde arriba" planteaba riesgos innegables por falta de sintonía con la realidad constitucional del momento. Los individuos partidarios de la República se dejaron atar en una legalidad que pudo caso ser prematura[124]. "Pero con todo y con eso, con los defectos que la Constitución tiene, con lo prematuro que advino al mundo español, era una República, era una Constitución Republicana que pudo dar largos días de paz y progreso a España. *Se cortó su existencia a destiempo*. Los traidores de dentro con los invasores de fuera hicieron entenebrecer el porvenir. Nosotros que habíamos plantado fuertes árboles, aún nos los vimos crecer, pero ahí están en España, sembrados con nuestras manos, y ningún viento podrá desarraigar lo que nosotros hicimos. Ahí está fuera toda la República, doblegada, esperando que pase el temporal; ahí está, a despecho de todas las palabras, de todas las traiciones, de todas las enemistades de dentro y de fuera. Nuestra República está ahí y, afirma, todos los hombres

[124] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), págs. 5 y 19-24. En el mismo sentido Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 67 y sigs., reitera como características de la Constitución republicana de 1931: constitución liberal (basada en un liberalismo avanzado y social que no fue correspondido por las clases conservadoras y sus élites), constitución democrática y constitución parlamentaria. Considera también que en gran medida fue prematura en el tiempo para su materialización y no dio tiempo para que pudiera desarrollarse plenamente. Los cambios necesarios no se hacen sólo con Constituciones y leyes, sino que necesitan periodos de ejecución y actos de gobierno político. Según Jiménez de Asúa la Constitución de la República española pudo haber dado una etapa de prosperidad a España, aunque no era perfecta; ni pudo ni la dejaron ser perfecta. Considera que al tiempo el porvenir es el de las ideas de la república democrática (*Ibid.,* págs. 75-80).

de España la contemplamos, seguros de volverla a vivir, de volver a nuestra Patria. Nuestra Patria, tan varia y rica, con su cielo y con su mar; con sus árboles y sus desiertos; con sus montañas y con sus valles. La Patria más variada que el hombre pudo soñar, la más ubérrima; pero si no fuera así, aunque solo fuese un peñasco pelado batido por los vientos, es nuestra Patria que espera de nosotros, angustiada, dignidad y redención"[125]. Pero interesa subrayar que la Constitución de 1931 supera con creces el test del principio democrático como Constitución Normativa y en una interpretación unitaria. Comenzando por sus artículos 1º (el pueblo como soberano/forma-Estado república democrática; Estado integral descentralizado a través de principio de autonomía), 7º (mandato de asunción legislativa de las normas del Derecho Internacional), transitando por todo el Título III ("Derechos y Deberes de los Españoles"), artículos 25 y siguientes, y alcanzando la consagración del régimen parlamentario de democracia (Titulo IV, artículos 51 y siguientes), para llegar o alcanzar al Título IX ("Garantías y reforma de la Constitución"), con el establecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales. Con esta justicia constitucional se cierra el sistema de garantías de la Constitución normativa[126].

Con todo, la Constitución de la República Española de 1931 ya tenía los mimbres del nuevo constitucionalismo, que configuraba a la Constitución con la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico que construye, siendo así su fundamento. Se trata de un neoconstitucionalismo garantista que hay que ponerlo en valor porque era, desgraciadamente, la excepción. Sus bases -no obstante, sus diferentes enfoques- estaban en el pensamiento de tres pensadores fundamentales: Hugo Preuss, Hans Kelsen y Hermann Heller[127]. La vigencia plena de las normas constitucionales está garantizada por la Jurisdicción y por un aparato institucional que trata de asegurar su efectividad. El entramado de normas constitucionales, contemplado como un todo esencialmente unitario da fundamento no sólo a un orden jurídico y político, sino también a un orden integrador de la sociedad democrática y pluralista. Por lo demás, pronto la Constitución de Weimar sería neutralizada para finalmente ser abrogada a principios de la década de los treinta y otro tanto acontecía con la Constitución Austriaca, por la "adhesión" más que la "anexión" de Austria al régimen nazi de la Dictadura Alemana[128].

---

[125] Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), pág. 28.

[126] Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 471 y sigs. Observa Jiménez de Asúa que en el curso del debate, por sugerencia de Sánchez Albornoz, se añadió en el apartado c) al art. 121 de la Constitución: que este Tribunal de Garantías conocerá de los conflictos de competencia *legislativa y cuantos otros surjan entre* el Estado y las Regiones autónomas (*Ibid.,* pág. 475). En el curso de los debates no se produjeron importantes reformas, salvo la indicada. La redacción final del art. 121, apartado C), quedo como sigue: "Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de estas entre sí".

[127] En cualquier caso, no debe olvidarse la aportación de Carl Schmitt -dentro de su "liberalismo autoritario" que se radicalizaría después con su implicación en el régimen totalitario del nazismo alemán-, con una obra cumbre del pensamiento constitucional como es su "Teoría de la Constitución" (Schmitt, G.: *Teoría de la Constitución* (1928), trad. y presentación de F. Ayala y Epílogo de M. García-Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, 1982) y obras de filosofía política clásicas (Schmitt, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de gestes del "ius publicum europaeum",* edición y estudio preliminar, "Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt" (pp. XI-CXXVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; *Ibid., El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes (1938),* trad. Francisco Javier Conde, revisión, edición y estudio preliminar, "El espacio de lo político en Carl Schmitt", a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Este libro incluye también el ensayo de Carl Schmitt, "El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica de la decisión".). Tampoco podemos ignorar las aportaciones de Hugo Preuss, Rudorf Smend y de otros constitucionalistas y juristas en general del periodo de entreguerras como Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Ernst Fraenkel, etcétera. Y en la República Austriaca, Hans Kelsen (fundamental también para la teoría e ideología que presidió el debate constitucional en la época de la Constitución de la República democrática de Weimar y su Constitución Normativa), Otto Bauer y Karl Renner. Véase las referencias bibliográficas citadas en las notas de este trabajo de investigación.

[128] Monereo Pérez, J.L.: "Otto Bauer y la democracia social y económica de la República austriaca" (I y II), en *Revista derecho del trabajo,* La Ley-Uruguay, Nº 33-34, (2021).

En definitiva, como se puede apreciar de lo indicado, para Jiménez de Asúa, efectivamente, "una Constitución es la vestidura jurídico-política de un pueblo, es la garantía de las conquistas logradas y es una traba contra la arbitrariedad de los gobernantes"[129]: vale decir esto respecto de la Constitución de la Segunda República española.

Como ha sido advertido, en realidad, cabría hablar de que "la Constitución republicana era una síntesis interesante de las nuevas tendencias del Derecho constitucional de la postguerra", enmarcándose la constitución republicana de 1931 en la nueva orientación del constitucionalismo social de la Constitución de la República de Weimar [130].

3. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DE LA "CONSTITUCIÓN SOCIOECONÓMICA" Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

> *"El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".*
>
> *CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931, Artículo 46*

3.1. Los derechos de Seguridad Social en la Constitución Española de 1931

Con la Proclamación de la IIª República, surge un compromiso constituyente (Luis Jiménez de Asúa presidió la Comisión que redactó el Proyecto de Constitución republicana)[131], que culminaría con la aprobación definitiva de la Constitución Republicana de 1931. El nuevo régimen político y

[129] Jiménez De Asúa, L.: *Anécdotas de las Constituyentes*, pág. 28. En otra ocasión hablaría "del Código político que daba vestidura jurídica al Estado republicano". Cfr. Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, Prólogo, pág. 7. No es irrelevante subrayar que cuando se publicó este libro (año 1946) existía un ambiente de esperanza de la restauración de la República democrática española en el nuevo horizonte de la postguerra no sólo entre los exiliados españoles, sino entre todos los demócratas a nivel internacional.

[130] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 213, con cita, en este sentido, de la obra de Mirkine-Guetzevitch: *La nouvelle Constitution espagnole",* en *Revue Politique et Parlamentaire,* enero de 1932, pág. 141.

[131] Imprescindibles para comprender la Constitución jurídica de la IIª República son las propias obras del republicano y socialista, Jiménez De Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución española*, Madrid, Reus, 1932; Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942; Jiménez De Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946. Para conocer los debates y las posiciones en el proceso de elaboración, resulta igualmente de interés, Jiménez De Asúa, L.: *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942. Respecto a Largo Caballero escribiría Jiménez De Asúa, L.: *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la Justicia*, Madrid, Gráfica Socialista, 1936.
Sobre la evolución y pensamiento de Jiménez Asúa, puede consultarse a Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Sevilla, Universidad de Sevilla, Curso 2017/2018. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/81273/TESIS%20DOCTORAL%20ENRIQUE%20ROLD%c3%81N%20CA%c3%91IZARES.%20LUIS%20JIM%c3%89NEZ%20DE%20AS%c3%9aA.%20UN%20JURISTA%20EN%20EL%20EXILIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Esta investigación sería objeto de publicación, Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019.

constitucional republicano se construía sobre un compromiso de clases, en situación de equilibrio de fuerzas cambiante e inestable, pero con la lógica (similar, pero no idéntica) análoga a lo que los austromarxistas reformadores democráticos como Otto Bauer denominarían en el marco de la experiencia de la República Austriaca de entreguerras, como la búsqueda de una República popular social, esto es, un régimen político democrático y reformista que bajo las condiciones del sistema del capitalismo avanzado buscaba un equilibrio de clases a través de la alianza entre un sector republicano de la burguesía y representativo del sector de las clases medias burguesas y las clases trabajadores -clases subalternas- organizadas en partidos y sindicatos. Todo ello en un contexto crítico marcado, como se dijo, por el crack de 1929 y sus graves repercusiones sociales (paro, pobreza y desigualdades de enorme magnitud) y políticas (ascenso de los fascismos europeos). Con todo, la Constitución de 1931 se insertaría típicamente en la tradición del constitucionalismo democrático social de la época de entreguerras, con la pretensión de instaurar un Estado democrático-social de Derecho (lo que Hermann Heller calificaría de "Estado social de Derecho"[132]. La doctrina más solvente e influyente de la época engarzaba la Constitución Española de 1931 dentro las tendencias más avanzadas del Derecho constitucional europeo[133].

[132] Véase 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, especialmente, págs. 67 y sigs., *passim* (Capitulo 1.4."Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), y págs. 80 y sigs. (Capítulo 2."La "constitución política" de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller").

[133] Paradigmáticamente, Mirkine-Guetzevitch, B.: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional,* trad. Sabino Álvarez Gendin, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, Madrid, Reus, 1934, Capítulo VIII ("La nueva Constitución Española y el "Jus Gentiun Pacis", págs.217 y sigs. Su opinión resulta especialmente relevante nada más que verificar su condición de Secretario general del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, Secretario General del Instituto Internacional de Derecho Público y Miembro correspondiente de la Academia Española de Ciencias Morales y Políticas. Subraya la relevancia de introducir en el Título III de la Declaración de Derechos, los derechos sociales del individuo. La influencia de las nuevas Declaraciones de la postguerra se manifiestan muy principalmente en las tendencias sociales, y en tal sentido existe una gran semejanza destacable entre la Constitución Española y las disposiciones de la Constitución Alemana. En el texto del art. 46 de la Constitución Española se introduce la noción de "existencia digna" del trabajador. Así, la idea social expresada en la segunda República Francesa ha sido reproducido en la Constitución Española. El art. 48 instituye la instrucción gratuita y obligatoria. Promete la escuela única y laica y proclama como principio de la enseñanza el "ideal de la solidaridad humana". Entiende que "Esta Constitución (española), desde el punto de vista de la técnica constitucional moderna -de la técnica de la libertad, que es para nosotros la base del Derecho constitucional- representa un imponente y armonioso edificio del Estado democrático. Desde el punto de vista de esta técnica constitucional, hay que reconocer que la moderna Constitución Española es una interesante síntesis de las nuevas tendencias del Derecho constitucional de la postguerra". Por otra parte, la nueva constitución española representa una etapa importante en el desenvolvimiento de la "técnica de la paz". Por primera vez en la historia constitucional del mundo moderno, la Constitución Española ha puesto en armonía su texto constitucional con el Pacto de la Sociedad de Naciones y con el Pacto Briand-Kellogg (*Ibid.*, págs. 217-221). Pese a ciertas discrepancias nuestro Adolfo G. Posada, había realizado una valoración muy positiva de los preceptos dedicados a la garantía de los derechos sociales. Véase Posada, A.: *La nouvelle Constitution Espagnole. Le régimen Constitutionnel en Espagne: evolution, textes, commentaires,* Paris, Recueil Sirey, 1932, el Capítulo VI se dedica significativamente al tratamiento de "Los fundamentos constitucionales del "Derecho social", poniendo de manifiesto la conexión finalista entre la Constitución de Weimar y la Constitución Republicana de 1931, destacando, por ejemplo, que el art. 46 Constitución de 1931 se relaciona, por sus objetivos, con los artículos 157, 158, 161 y 165 de la Constitución de Weimar, que tratan del "trabajo". Así, observa que "la Constitución española refleja: a) el cambio de poder de los elementos sociales gracias a la fuerza obtenida por el proletario organizado (…)". Posada quería más lejos al proponer que habría que haber ido más allá del art. 46 -para él excesivamente conciso-, aduciendo que: Éste era el momento constitucional más oportuno para formular en el texto constitucional una "Carta del trabajo" en la que se reuniera la esencia de las reformas sociales fundamentales, cristalizando, de este modo, la plena "constitucionalización del trabajo".
Veáse también Pérez Serrano, N.: *La Constitución Española. Antecedentes, texto, comentarios,* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1932; y realzando esta inserción en las tendencias del constitucionalismo democrático de entreguerras, Corcuera Atienza, J.: "El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931", en *Historia Contemporánea,* núm. 6 (1991), págs. 15-45.

La proclamación de la IIª República se realizó con un programa de paz y de justicia social. No sólo se mantuvieron las relaciones con la OIT, sino que estas se intensificaron. Albert Thomas -Director de la Oficina Internacional del Trabajo- ya tenía unas excelentes relaciones con los socialistas (antes y durante la Dictadura de Primo de Rivera[134]), la conexión entre Antonio Fabras Ribas, Largo Caballero y Albert Thomas era particularmente estrecha y de colaboración activa. Una vez que se proclamó la IIª República Albert Thomas felicitó personalmente a Largo Caballero y Fabra Ribas por sus nombramientos respectivos, como Ministro de Trabajo y Previsión y Director General de Trabajo. Luis Araquistáin sería nombrado representante del gobierno español en el Consejo de Administración de la OIT. Pero, además, el nuevo régimen democrático-republicano puso un mayor empeño en la implicación no sólo con la OIT, sino también con la Sociedad de Naciones desde el inicio de su instauración, de manera que la España democrática ponía de manifiesto su mayor compromiso integrador con las actividades de la Sociedad de Naciones en el marco de una nueva política exterior. En la dimensión sociolaboral de esa mayor integración se trazó todo un programa de ratificación de los convenios de la OIT (incluyendo la ratificación del convenio que establecía la jornada máxima de las ocho horas como prioridad). Proclamada la República, se decide enviar a Adolfo G. Posada como represente del Gobierno Republicano español a la reunión del Consejo de Administración. Ya resulta la presencia significativa como Delegados gubernamentales en las Conferencias Internacionales de Trabajo (1931-1938) de personalidades como Luis Araquistáin (1931, 1933), Juan Negrin (1933), Demófilo De Buen Lozano (1936), Leopoldo Palacios Morini[135] (1936), el propio Fabra Ribas (1936, 1937 y 1938), León Martín Granizo (1936, suplente). O como Asesores Técnicos, Manuel Pedroso (1931, 1932), Carlos González Posada[136] (1932, 1934), José Álvarez Ude (1934, 1935) León Martín Granizo (1932, 1933, 1934, 1935, 1936), José Ruiz Manent (1934. 1935), Alejandro Gallart Folch[137] (1934).

La política republicana de ratificaciones sería especialmente impulsada por Largo Caballero, Fabra Ribas, pero también por Fernando de los Ríos y el equipo dirigente de la INP (Inocencio Jiménez[138], y el gran Adolfo G. Posada[139], que había sido repuesto en su cargo)[140]. La idea es que se

[134] Fabra Ribas, A.: *La Organización Internacional del Trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata, 1929 (¿?). Fabra Ribas ya dejaba constancia de la influencia de la OIT en los países ibéricos e iberoamericanos (*Ibid*., págs. 179 y sigs.). Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, especialmente, págs. 181 y sigs., 227 y sigs. y 255 y sigs.

[135] 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.

[136] Monereo Pérez, J.: *Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España,* en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 13 (2017), págs. 313-334.

[137] Monereo Pérez, J.L. y Peláez, M.J.: "Alexandre Gallart Folch (1893-1972)", en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos,* Zaragoza-Barcelona, 2005, Vol. I, págs. 337-339, núm. 332; Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

[138] Sobre su pensamiento, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301. Constancia breve de su quehacer en INP.: "Homenaje a la memoria de Don Inocencio Jiménez Vicente celebrado en Zaragoza el 10 de octubre de 1942", Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, núm. 555 (1943). Sobre la legislación de previsión social, alcanzando a la IIª República, véase Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 348 y sigs. ("La previsión social" como instrumento de protección de los trabajadores fuera del trabajo).

[139] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[140] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

ratificaran todos los convenios de la OIT aprobados en la Conferencia General de la OIT y pendientes de ratificación por nuestro país, por un lado, y por otro, preparando la legislación interna nacional para garantizar su aplicación efectiva[141]. El art. 75 del *Proyecto* de Constitución Republica (votado en las Cortes en la sesión de 3 de noviembre de 1931, que en el texto definitivo pasaría a ser el art. 65 *de la Constitución* de la República Española de 1931[142]), contenía una *obligación constitucional de autosometimiento al orden internacional*. En efecto, ya el art. 65 de la Constitución es redactado con el siguiente tenor: "Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a la que en aquéllos se disponga. Una vez ratificado un Convenio internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará, en plazo breve, al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus preceptos. No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido. La iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes"[143].

No obstante, el proceso de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los instrumentos normativos de la OIT fue algo más lento de lo esperado, porque, entre otras cosas, no debe olvidarse que las ratificaciones de los Convenios de la OIT exigían modificaciones y adaptaciones previas de la legislación nacional y esto planteaba problemas de tramitación y de obtención de los consensos necesarios en las Cortes Generales. La etapa de más intensidad las ratificaciones coinciden significativamente con la IIª República española, sobre todo en su momento inicial, con las medidas sociales de Largo Caballero, y su momento final, con las ratificaciones tardías de 1938. Es revelador el hecho de que en 1939, cuando el gobierno republicano marcha de España, éste es el país que había conseguido el mayo nivel de ratificaciones hasta el momento, esto es, un total de 34; le sigue Bélgica, con 33. De modo incidental, es de realzar que, en la actualidad, nuestro país es el primero de la lista de Estados Miembros de la OIT en número de ratificaciones de los convenios de esta organización internacional de la cual emana un Derecho internacional uniforme[144]. Destáquese que los Convenios de la OIT relativos a las libertades y derechos fundamentales presuponen un orden democrático constitucional pluralista. Por lo demás, por sus propios fines y estructura interna tripartita, la OIT nunca fue un organismo internacional que pudiera ser calificado como revolucionario en el sentido fuerte de la expresión (Es suficiente una lectura de la Parte XIII del Tratado de Versalles, que acogía la Constitución de la OIT, con un Preámbulo extraordinariamente expresivo de su función institucional y fines político-jurídicos)[145]. De ella -con base el principio constitutivo del tripartismo- se busca implantar una legislación avanzada de compromiso social entre Gobiernos y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de los Estados Miembros. Y a esto es lo que se sometía

[141] Véase la excelente investigación de Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, págs. 263 y sigs.

[142] "Gaceta de Madrid", núm. 344, de 10 de diciembre de 1931, páginas 1578 a 1588. Cortes Constituyentes. BOE-A-1931-10008.

[143] Por su parte, el art. 76 de la Constitución de la República (relativo a determinadas competencias del Presidente de la República) incluía un párrafo e), a cuyo tenor: "Los proyectos de convención de la organización Internacional del Trabajo *serán* [imperativo categórico] sometidos a las Cortes en el plazo máximo de un año, a partir de la clausura de la Conferencia que les ha votado. Este plazo podrá ser de 18 meses en circunstancias excepcionales. Tan pronto como los textos de los convenios hayan sido aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República firmará la ratificación, que será comunicada, a efectos de registro, a la Sociedad de Naciones".

[144] Véase Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, *passsim*.

[145] Es suficiente retener la exposición del que ya es todo un libro clásico en la materia, Valticos, N.: *Derecho Internacional del Trabajo* (1970)*,* trad. Mª. José Triviño, Madrid, Tecnos, 1977, especialmente, Capítulo II ("La creación de la OIT"), págs. 52-115.

explícitamente la Constitución de la IIª República, y por extensión inevitable - y lo fue por imperativa- el Gobierno republicano-socialista del primer bienio.

Pero también -y esto es todavía más relevante desde el punto de vista estrictamente jurídico- todo esto cristalizó en *el texto definitivo* de la Constitución de la IIª República contenía esa misma regulación preceptiva en el art. 65 (en relación con el art.76 de la referida Norma Fundamental)[146]. Como se puede apreciar esta sólo norma ya garantiza el sometimiento al orden internacional y el carácter democrático-social de la República Española, de manera que salvo reforma constitucional el régimen democrático-social y pluralista de partidos y organizaciones profesionales quedaba plena e indiscutiblemente garantiza en la propia Norma Fundamental constitutivo y central de nuestro ordenamiento jurídico general. Esto refleja que en sí misma Constitución de la IIª República formalizaba una *democracia constitucional* autosometida al estándar mundial multinivel en construcción de garantía jurídica de los derechos fundamentales. No era una Constitución jurídica que consagrara nada parecido a un orden "revolucionario", aunque, sin duda, estaba abierta a distintas opciones políticas legítimas, siempre que respetasen las bases y pilares estructurales del sistema político y jurídico edificado por el propio Texto Fundamental pluralista.

La legislación laboral y de protección social pública en su conjunto constituyó un avance extraordinario en la dirección de realizar el programa de construcción de un *verdadero Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social de base constitucional-garantista, es decir, como parte y especificación de la constitución democrático-social del trabajo*[147]. Es entonces es cuando se puede hablar con propiedad de la existencia jurídica de un Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social como una rama singular o sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico constitucional asentado en sus principios, valores, y normas comunes en la Constitución jurídica. Para ello no era suficiente que la Constitución garantizara los derechos sociales de desmercantilización, sino que estos fuesen -como en parte se logró- garantizados en su efectividad a través de la legislación estatal y de la actuación de la Administración del Trabajo, dentro de cual adquiere un protagonismo innegable el Ministerio de Trabajo y la Inspección de Trabajo y Previsión Social. De ahí el mandato constitucional ex art. 46 de la Constitución Republicana.

Hay que tener en cuenta que el constitucionalismo social de la primera postguerra mundial (1919-1938) es, en cierto modo, un intento de formalizar o racionalizar en la norma fundamental todo un proceso de revisión social y democrática que los regímenes políticos liberales habían

[146] Conforme al art. 76 de la Constitución de la IIª República (1931): "Corresponde también al Presidente de la República: […] e) Negociar, firmar y ratificar los Tratados y Convenios internacionales sobre cualquier materia y vigilar su cumplimiento en todo el territorio nacional. Los Tratados de carácter político, los de comercio, los que supongan gravamen para la Hacienda pública o individualmente para los ciudadanos españoles y, en general, todos aquellos que exijan para su ejecución medidas de orden legislativo, sólo obligarán a la Nación si han sido aprobados por las Cortes. Los proyectos de Convenio de la organización internacional del trabajo serán sometidos a las Cortes en el plazo de un año y, en caso de circunstancias excepcionales, de dieciocho meses, a partir de la clausura de la Conferencia en que hayan sido adoptados. Una vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República subscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones. Los demás Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, también deberán ser registrados en la Sociedad de las Naciones, con arreglo al artículo 18 del Pacto de la Sociedad, a los efectos que en él se previenen. Los Tratados y Convenios secretos y las cláusulas secretas de cualquier Tratado o Convenio no obligarán a la Nación".

[147] En este sentido, Monereo Peréz, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, especialmente, págs. 116 y sigs., y 134 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "Las (pre) supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en Rojas Rivero, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bomarzo, 2012, págs. 203-218.; Monereo Peréz, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social,* Madrid, Trotta, 1999, especialmente, págs. 191 y sigs. (sobre "Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora", "Reformas social y constitución del trabajo" y "La combinación de status y contrato en la "constitución del trabajo).

experimentado *de hecho* en el último siglo, junto con el intento de instaurar una nueva modalidad del Estado: el llamado Estado social de Derecho, llamado a corregir los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva. Para ello era necesario un replanteamiento de las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la sociedad en la línea de suprimir la inhibición del Estado frente a determinados problemas económicos y sociales: el Estado deviene de Estado gendarme a Estado gestor, a fin de desempeñar una función reguladora e interventora en los procesos económicos y en los conflictos propios del naciente sistema neocapitalista. *En esta línea del constitucionalismo de entreguerras se inscribe la Constitución española de 1931*, que dispensa una protección especial al trabajo y establece todo un programa jurídico laboral de la República que ha de ser garantiza eficazmente por el Estado en desarrollo de las previsiones y mandatos constitucionales (cfr. artículos 39, 39 y 46, especialmente)[148].

Sin embargo, el desarrollo legal y reglamentario y la intervención administrativa e inspectora encontraron una gran resistencia en la oligarquía empresarial y agraria (donde el caciquismo no había sido completamente neutralizado, manteniéndose un espacio realmente vacío para el ejercicio de los derechos constitucionales[149]). La resistencia empresarial en el campo de los Jurados Mixtos -y la exigibilidad de las obligaciones laborales y de Seguridad Social- se consideró como una intromisión inaceptable. A ello se añadía la crispación y el incremento de la conflictividad laboral (a menudo expresada a través de las huelgas) alentada por la actitud de la patronal, pero también la desesperación del paro forzoso y las hambrunas (No se olvide que existían ciertas ayudas a los parados forzosos, pero no un seguro social obligatorio de desempleo). Las *contrarreformas del bienio 1934-1936*[150]*,* del gobierno conservador con su pretensión de retroceso del camino andado lo que provoco es una lógica de acción-reacción no menos conflictiva entre los trabajadores y empresarios. En efecto, tras las elecciones generales a Cortes el 19 de septiembre de 1933, se instaura un nuevo Gobierno, en el cual Lerroux prediría el Gabinete (16 de diciembre de 1934), con un equipo ministerial formado por miembros del Partido Republicano Radical, y cambios en los titulares del Ministerio de Trabajo. La intención expresa era la superación parcial de la legislación reformista del primer bienio predominio socialista. De cualquier modo, hubo algunas reformas relevantes, por ejemplo, se reguló la Inspección de los Seguros Sociales, se redactó una Ley de Paro forzoso, se reformó e régimen de los Jurados Mixtos, se suprimió los Tribunales Industriales y se promulgó el Decreto sobre trabajadores extranjeros en España.

Con todo, el impuso a la política social y al Derecho del trabajo y de la Seguridad Social durante la IIª República fue impresionante, sobre todo a través del primer bienio republicano

[148] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 123-125.

[149] Se había convertido en un problema endémico, Costa, J.: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla,* vol. I, Zaragoza, Guara editorial, 1982; y en la doctrina posterior, Tusel Gómez, J.: *La crisis del caciquismo andaluz (1923-1931),* 2 vols., Madrid, Cupsa, 1977. También había sido criticado desde el republicanismo socialista de autores como Pedro Pérez Díaz. Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 84, nota 204 (destacando que Pérez Díaz vinculó el caciquismo con la solución del problema social y la creación de estructuras menos burocráticas y manipulables desde los poderes reales, esto es, la *"constitución real"*, en la línea de Joaquín Costa), y págs. 179-186. Sobre Pedro Pérez Díaz, se dispone de una obra que destaca la relevancia de esta figura del reformismo social del ala izquierda del krausismo español, Rodríguez Rodríguez, J.J.: *Pedro Pérez Díaz y los Cabildos Insulares,* La Palma, Excmo. Cabildo Insular de la Palma, 2012.

[150] Fue una constante en la IIª República que siempre fue cuestionada con tramas civiles y militares ("ruidos de sables"). Véanse los documentados estudios de González Calleja, E.: *Contrarrevolucionarios. Radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República, 1931-1936,* Madrid, Alianza editorial, 2011; Viñas, A.: ¿Quién quiso la guerra civil? Historia de una conspiración, Barcelona, Crítica/Planeta, 2019, aporta datos y hechos sobre la conspiración prolongada para el golpe con una trama civil desplegada desde los inicios de la República hasta el final, espec., págs. 17 y sigs., 97 y sigs., y 381 y sigs.; Viñas, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del Gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021, págs. 23 y sigs., 179 y sigs., y 417 y sigs.

con Largo Caballero como Ministro de Trabajo y Previsión. Bajo este Ministerio existió una real *decisión política* de llevar un programa avanzado de reformas apoyado en la ratificación y puesta en práctica de los Convenios de la OIT. El respeto a las reglas de juego de la OIT fue determinante y sin fisuras; y lo que ello significativa: la aceptación de una vía de reformas sociales progresivas que presuponían los procedimientos democráticos y pluralistas, pero que no excluían diversas opciones a los cuales se podían encaminar los Estados miembros, como el liberalismo social o el socialismo democrático. Importa subrayar esto porque los regímenes autoritarios obstaculizan -o sencillamente son incompatibles con- el ejercicio de los derechos de libertad sindical, libre negociación colectiva y el reclamo de las medidas de presión colectiva pacíficas como el caso de la huelga. Prácticamente -y a pesar de la guerra- hasta 1938 se estaban ratificando convenios de la OIT; y cuando el gobierno republicano sal de España al exilio, nuestro país es el que acreditaba un mayor nivel de ratificaciones: se habían ratificado 34 Convenio de la OIT de un total de 51 aprobados en la Conferencia Internacional de la OIT[151].

3.2. El desarrollo de la protección social pública a partir de las normas sociales de la Constitución de 1931

En España el crecimiento de los seguros sociales había ido evolucionando lentamente, aprovechando también el impulso internacional (Conferencia Internacional del Trabajo de 1925) y la acción extraordinaria del INP. Pronto se planteó la necesidad de racionalización y consolidación, pero también la necesidad de la unificación para estructurarla como un verdadero régimen de previsión social. El proceso de unificación de los seguros sociales había sido defendido desde hacía tiempo por la doctrina más solvente en la materia dentro del INP (Álvaro López Nuñez[152]; José Maluquer y Salvador, el "Padre" de la Seguridad Social en España; y el discípulo y sustituto de éste cuando sufrió una gran grave enfermedad, Inocencio Jiménez, Consejero Delegado del INP, junto con Jordana de Pozas y otros miembros de la élite del INP). Esa necesidad de una racionalización unificadora quedaría realzada a medida que se iban expandiendo los seguros sociales[153]. En la IIª República la figura clave sería Inocencio Jiménez[154] en colaboración directa del INP y el Ministerio de Trabajo y Previsión (y dentro de sus estructurales institucionales, la Dirección General de Trabajo), a cuyo frente estaba Largo Caballero[155]. En el primer bienio (1931-1933) se impulsaría la unificación de los seguros sociales -aunque este objetivo no se alcanzaría por completo, entre otros motivos por

[151] En este sentido Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994.

[152] Monereo Pérez, J.: "Álvaro López Nuñez" (1865-1936)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 3 (2015), págs. 253-280.

[153] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, especialmente, págs. 175 y sigs.; Monereo Pérez, J.: "Álvaro López Nuñez" (1865-1936)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 3 (2015), págs. 253-280; Monereo Pérez, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301; Monereo Pérez, J.L.: "Luis Jordana de Pozas (1890-1983): La construcción y consolidación del Sistema de Previsión Social en España", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 7 (2016), págs. 229-247.

[154] Monereo Pérez, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301; Monereo Pérez, J.L.: "Práxedes Zancada y Ruata (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios desde el reformismo político y jurídico y en la deriva del partido reformista", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 26 (2021), págs. 283-315; y el estudio detenido de Samaniego Boneu, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La IIª República,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

[155] La labor de Largo Caballero al frente del Ministerio de Trabajo y Previsión es destacada por Samaniego Boneu, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, especialmente, págs. 7 y sigs., *passim*; en la perspectiva biográfica como hilo conductor, Fuentes, J.F.:

el golpe de Estado que derivaría en Guerra Civil, que tanto frustró en números aspectos (incluidos los proyectos legislativos reformistas que no pudieron llevarse a cabo), entre ellos el avance de este proceso unificador, ejerciendo una fuerza disruptiva que lo retrasaría durante muchos años-[156]. Así se consolidó el llamado seguro de retiro obrero obligatorio (seguro de vejez obligatorio), y materializó y perfeccionó el seguro de maternidad[157], el seguro de accidentes de trabajo (el cual ya había sufrido cambios de mejora en reformas anteriores al advenimiento de la IIª República)[158], el seguro social obligatorio de invalidez y el abordaje del seguro de paro[159] en una coyuntura de extensión del paro forzoso derivado de los efectos de la crisis económica (el crack de 1929). Hay en este desarrollo una línea de continuidad -no cuestionada en sus bases- y de innovación y mejora del estándar de protección dispensada en términos de cobertura objetiva y extensión subjetiva.

Se debe destacar el perfeccionamiento de los mecanismos de garantía de cumplimiento de la legislación sociolaboral: el reforzamiento de la Inspección de Trabajo y Previsión y la misma estructura de actuación del Ministerio de Trabajo y Previsión. Durante la IIª República -ya desde sus comienzos- se era consciente de que los derechos sociolaborales valen lo que valen sus garantías de efectividad y esto se conseguía a través de instituciones como la Inspección de Trabajo y Previsión, los Jurados Mixtos y los Tribunales Laborales, etcétera. Así el Decreto de 9 de mayo de 1931, por el que se aprueba el Reglamento para el Servicio de Inspección de Trabajo; Decreto de 23 de junio de 1932, por el que aprueba el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo; o el Decreto de 24 de Noviembre de 1938, por el que se reorganizan las Inspecciones de Emigración. Entre medidas, con gobiernos conservadores, en la dirección continuista en esta materia, el Decreto de 9 de febrero de 1934, por el que se crea la Inspección de Trabajo en las Minas; y el Decreto de 28 de junio de 1935, sobre Inspección de los Seguros Sociales.

En el preámbulo del Decreto 9 de mayo de 1931, por el que aprueba el Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo (Gaceta de 12 de mayo), se afirmaba -eran palabras inspiradas por el propio Largo Caballero- que "Es evidente que la eficacia de las leyes sociales tiene su principal

Francisco Largo Caballero. El Lenin Español, Madrid, Síntesis, 2005, págs. 189 y sigs. ("Largo Caballero, Ministro de Trabajo").

[156] Se aprobó un Anteproyecto de Ley de 1935 de unificación de los seguros sociales distinguiendo entre riesgos a largo plazo (vejez, invalidez y muerte) y a corto plazo (enfermedad y maternidad). Este programa -inacabado- trataría de materializar la ratificación de los Convenios OIT, números 24 y 25. Esa *coevolución* entre los programas y legislación del Derecho interno y del Derecho Internacional uniforme de la OIT había venido caracterizando -con oscilaciones y altibajos a las relaciones de nuestro país con OIT, debe repararse en el dato de que España no deje de pertenecer y estar participando activamente en las sesiones y actividades de la OIT incluso durante el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera-.

[157] Decreto de 26 de mayo de 1931 del Seguro de Maternidad, que realmente no encontró aplicación efectiva en el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera. Debe subrayarse que lo que se instauró fue un "Seguro" Social de Enfermedad, por contraposición al "subsidio" de enfermedad establecido por la Dictadura de Primo de Rivera. El avance es considerable.

[158] El Decreto de 9 de mayo de 1931 ratifica el Convenio de Accidentes de Trabajo en la agricultura, y su Reglamento de aplicación de 28 de junio de 1931. A ello le seguirían varias normas de mejora y de adaptación al Convenio de la OIT de 1929 sobre accidentes de trabajo y la Ley sobre enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936; El Decreto de 29 de noviembre de 1931, que estableció la mutualidad de accidentes del mar y accidentes de trabajo.

[159] Bajo el Ministerio de Trabajo de Largo Caballero, se avanza -pero sin crear un verdadero seguro social de paro forzoso o de desempleo- con la aprobación del Decreto de 25 de mayo de 1931, y un Reglamento que establece la Caja Nacional contra el Paro Forzoso. También fue relevante la política de empleo a través de la política de fomento de Obras Públicas e impulsando a través del Ministerio de Trabajo y Previsión una Comisión Interministerial sobre el Fomento, Trabajo y Economía (Decreto Orgánico de 13 de noviembre de 1931) y la creación de un servicio público de colocación, nacional y gratuito (27 de noviembre de 1931). No se olvide tampoco las medidas educativas promovidas por el Gobierno de la República. Todo ello es lo que hoy denominaríamos políticas activas de empleo. De no haberse producido el golpe de Estado y la Guerra Civil provocada por él es posible que se hubiera avanzado mucho más en la década de los treinta respecto al Seguro de Paro, pero también respecto al desarrollo de todos los seguros sociales obligatorios en una dirección unificadora.

fundamento en la Inspección de Trabajo, encargada de realizar, en nombre del Estado, la función de vigilancia del cumplimiento de aquellas leyes y servir de verdadera garantía de los derechos de los trabajadores"; y quedaba claro su conexión con la normativa de la OIT: "se ha preparado la reforma, teniendo a la vista los acuerdos de la V Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra en el año 1923, para determinar los principios generales de la Inspección y las doctrinas establecidas por el Consejo de Trabajo, que interviene, por disposición de su Reglamento, en este servicio y por ello se ha podido formar una jurisprudencia interesantísima, ahora de muy provechosa aplicación". En el art. 1 se establece que "Será función esencial de la Inspección del Trabajo velar por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión"[160].

Hubo una cierta continuidad en lo que se refiere a las estructuras básicas de la Inspección del Trabajo y del Ministerio de Trabajo.

El Frente Popular actuó (1936) como bloque contra las derechas que en aquella época se enfocaba como dilema antagonista entre democracia o fascismo (o democracia o barbarie), pues era obvio el ascenso al poder de partidos de derechas y que una vez instalados en el poder político institucional establecían regímenes totalitarios de tipo fascista o nazi, que suprimirían el sistema de garantías constitucionales. La estrategia llevo al poder al heterogéneo bloque de partidos que formaban el Frente Popular. El gobierno de unidad nacional estaría presidido por Manuel Azaña, sucediéndose en el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión Social Enrique Ramos y Joan Lluhí Vallescà. En términos generales, se mantuvieron las estructuras institucionales precedentes (incluida la denominación ampliada formalmente del propio Ministerio de Trabajo). En cuanto a la labor de legislativa: se recuperó la senda de las políticas de reformas sociales, desmantelando buena parte de las leyes del bienio conservador en materia de Jurados Mixtos, de la Vivienda y de Paro, estableciendo la jornada de 40 ó 44 horas en las empresas y se promulgó la Ley de Enfermedades Profesionales, y se llevaron a cabo algunas medidas en materia sanitaria. Y lo que no es menos importante, en lo que refleja de proyecto a seguir para establecer un sistema de previsión social articulado: se elaboró el *Anteproyecto de Unificación de Seguros Sociales, el cual lamentablemente no vería luz como Ley positiva en décadas*, y lamentablemente tardaría en llegar muchos años, debido al golpe de Estado militar y la Guerra Civil que provocó; su instauración se produciría ya durante una fase avanzada del régimen de la Dictadura franquista. Ciertamente, el golpe de Estado y la Guerra Civil cambió el curso de todos los procesos de reforma política y social. Se impuso la economía de guerra y el continuismo "sui generis" de "dos INP" concurrentes en las respectivas zona república y en la zona golpista (mal llamada "nacional", como tampoco hubo nada parecido a una suerte de "Alzamiento nacional", sino una sublevación o golpe de Estado militar contra el orden de la República democrática).

La actitud decididamente golpista -en las ideas y en los hechos- determinaron un cuestionamiento del reformismo socialista por los sindicatos y por el PSOE, postulándose una república socialista por una vía de aceleración democrática, lo cual suponía una mayor radicalidad en la transición hacia el socialismo. Ya no era suficiente el "lento camino" hacia las reformas como se defendía en

[160] El Decreto de 23 de junio de 1932, por el que se aprueba el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo (Gaceta 24 de junio), establecía en el Capítulo II ("De la Inspección del Trabajo) que "La Inspección del Trabajo se ejercerá por los funcionarios o entidades que a continuación se índica: Director general de Trabajo, Subdirector general de Trabajo, Servicio Central de la Inspección del Trabajo, Delegados provinciales de Trabajo, Inspectores provinciales y Auxiliares y los Vocales inspectores de los Jurados mixtos de Trabajo. En casos especiales y tratándose de industrias o establecimientos que no estén sometidos a la jurisdicción de un Jurado mixto determinado, ejercerán también las funciones de inspección, como elementos auxiliares de la misma, las Delegaciones del Consejo de Trabajo (configurado éste como un órgano consultivo de la política social). La función Inspectora inmediata en los trabajos de las minas, salvo la técnica de la explotación, será ejercida por los Inspectores provinciales y por Inspectores auxiliares mineros".

la línea antes planteada por el austromarxista y socialista democrático Otto Bauer en la República Austriaca, y tras la experiencia del golpe de Estado institucional que se estaba gestando en Austria. La "República de trabajadores" de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justica (art. 1 de la Constitución de la Segunda República), debería ser una "República social" concebida, ésta, como la expresión de su máxima materialización política y jurídica. Esta era la posición de Largo Caballero y de sus asesores más influentes (Luis Araquistáin y Julio Álvarez de Vayo) avanzado el año 1934 ante el llamado "bienio negro" de los partidos de derecha[161] y que se consolida con el triunfo electoral del Frente Popular en 1936, que se asentaba en un programa de reformas sociales progresivas en la dirección de instaurar un socialismo democrático. La radicalización se hace patente ante los nos ocultados planes de golpe militar -apoyado por los grandes partidos de la derecha política y económica[162]. Ideológicamente se comienza a utilizar la metáfora de "las dos Españas" (sic.) y del "alzamiento nacional" (sic.) contra el Gobierno legítimo de la República. Se trata de una creación cultural, inventada y echada a rodar en un largo proceso de invención y construcción intelectual y de cultura histórico-ideológica y política[163]. En realidad, nunca hubo "dos Españas", eso es un mito ideológico, no una realidad política. De este modo se acaba el sueño de la República como punto de encuentro pluralista de las diversas fuerzas políticas y sociales sometidas a unas reglas de juego establecidas en un Texto Constitucional muy avanzado, pues se situaba en la senda del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho.

Y efectivamente, el golpe de Estado contra la República democrática deriva en la Guerra Civil con las consecuencias terribles de todos conocida[164]. En ese periodo existía una situación de inestabilidad generalizada que hacía muy difícil la aplicación de la legislación vigente y la garantía de la paz social y política. El Gobierno republicano trató de fortalecer y recuperar el orden propio de un Estado de Derecho en permanente tensión.

Las consecuencias de la Guerra Civil y el descontrol dentro de la propia zona mantenida por la República, determinaron que se recuperase la centralidad del Estado republicano y la vigencia del orden legal y del Estado de Derecho[165]. En este contexto crítico, Largo Caballero en septiembre de 1936 reunirá los cargos de Presidente del Consejo de Ministros y de Ministro de la Guerra[166]. Largo

[161] Sobre ese "bienio negro" se ha analizado como periodo de "restauración" sociopolítica y "bienio radical-Cedista". Cfr. Tuñón De Lara, M.: *La España del Siglo XX*, Librería Española, 1973, Capítulo IX, págs. 341 y sigs. La referencia al bienio "negro" tenía que ver con la realidad política de la presencia de la oligarquía en el poder y con el desmantelamiento de las reformas del bienio republicano-socialista y asimismo con la deriva de la derecha política y económica hacia la ruta violente del golpe en el debate interno entre la ruta legista y la ruta violenta. En este sentido, Tuñon De Lara, M. (Dir.): *La crisis del Estado: Dictadura, República, Guerra*, Tomo IX, *Historia de España,* Barcelona, Labor, 1985, págs. 205-206 ("¿Por qué lo llamaron "negro"?).

[162] Viñas, A.: ¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración, Barcelona, Crítica/Planeta, 2019, 38 y sigs.; Viñas, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021, págs. 179 y sigs.

[163] Una historia de esa construcción con las sucesivas, contradictorias y enfrentadas historias de las "dos Españas", en Julia, S.: *Historia de las dos Españas,* Madrid, Taurus-Santillana Ediciones Generales, 2004, págs. 9 y sigs., y 409 y sigs.

[164] Casanova, J.: *República y guerra civil,* Vol.8 de *Histórica de España,* Fontana, J. y Villares, R. (Dirs.), Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007; Viñas, A.: ¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración, Barcelona, Crítica/Planeta, 2019; Viñas, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021; Viñas, A.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética,* Barcelona, Crítica, 2006; Viñas, A. y Hernández Sánchez, F.: *El desplome de la República,* Barcelona, Crítica, 2009.

[165] Para el contexto, véase Aróstegui, J.: "Guerra, poder y revolución. La República española y el impacto de la sublevación", en *AYER* 50 (2003), págs. 85-113. https://revistaayer.com/sites/default/files/articulos/50-4-ayer50_GuerraCivil_Moradiellos.pdf.

[166] Payne, S.G. (Ed.) *et altri*.: *Política y sociedad en la España del Siglo XX*, Prólogo y edición de Staley G. Payne, Madrid, Akal, 1978.

Caballero decide ampliar los apoyos para dar preferencia a ganar la Guerra Civil sobre la revolución social -a la cual no renunciaba después de una posible victoria-. En coherencia, incorpora como colaboradores al PCE en el primer gabinete y después añade a los anarquistas en el segundo gabinete. Se trata de reforzar el Frente Popular y de afirmar el poder del Estado respecto de movimientos revolucionarios internos (los llamados "comités revolucionarios"); la apertura de la Cortes y el respeto a la legalidad republicana, aun en condiciones muy adversas. En este marco los esfuerzos de Largo Caballero para estructurar un bloque unitario las fuerzas democráticas con la finalidad de hacer frente a la sublevación militar que estaba avanzando en la Guerra Civil por ellos provocada, condujeron a hacer primar la legalidad republicana, pero también a engrosar el gobierno de coalición del Frente Popular con la entrada en el mismo de los anarquistas del CNT. Lo que presidirá, a partir de esta crítica realidad política, será la promulgación de una legislación condicionada por la excepcionalidad de la situación de Guerra civil[167].

Quizás, como en el primer bienio republicano-socialista, desde su Ministerio de Trabajo y Previsión, Largo Caballero mostraría su gran capacidad de organización, que había sido puesta en práctica desde su experiencia en el sindicalismo y su presencia en las instituciones. En su opinión la organización no era un simple instrumento o herramienta de ingeniería, pues entendía que era una política, esto es, una estrategia y un objetivo histórico. Sin organización como doctrina y sistema creía Caballero que la clase trabajadora no alcanzaría ningún objetivo fundamental y la expresión, habitual en él, "clase obrera organizada" constituyó un modo de pensar y de transmitir un ideario a las clases subalternas de la sociedad, las cuales tienen que estar organizadas para conseguir la instauración de una sociedad regulada más justa; tiene que constituirse en organizaciones modernas y eficientes y encontrarse en condiciones de cumplir su misión emancipadora ("clase organizada", es decir, encuadrada en organizaciones adecuadas, y poseedora de una cultura propia)[168]. El momento más decisivo de la historia y papel política de Largo Caballero no sólo sería el del primer bienio republicano-socialista, sino también aquel en el que tiene en sus manos el Gobierno de la República enfrentado a una sublevación militar de la que se ha derivado una guerra civil ya en pleno desarrollo. Una de las connotaciones fundamentales del Largo Caballero Presidente del Gobierno sería la de su ligamen a esa tradición que vinculaba la política y el sindicalismo que le permitió formular una gran proyecto de "unidad antifascista" frente a la sublevación militar. Después de la dimisión del Gobierno de José Giral, se reconocería unánimemente, en esa coyuntura, que la única persona capaz de dirigir un gobierno republicano y de unir al país contra una sublevación fascista era Francisco Largo Caballero[169]. Al efecto, Largo Caballero estableció un Gobierno integrado por sindicalistas,

[167] Para todo este periodo de legislación sociolaboral de los dos Gobiernos de Largo Caballero, y el periodo subsiguiente del Gobierno republicano durante la presidencia de Juan Negrín, véase Villa Gil, L.E. de la.: "El Derecho del Trabajo en España durante la Segunda República", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* núms. 34-35-36 (1969), págs. 237-270; Villa Gil, L.E. de la.: *La formación histórica del derecho español del trabajo,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, págs. 290 y sigs., y bibliografía allí citada; Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 345 y sigs., y 358 y sigs., y bibliografía allí citada. En la propia época, haciendo un balance la legislación sociolaboral, véase MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN: *Labor realizada desde la proclamación de la República hasta el 8 de septiembre de 1932,* Madrid, Ministerio de Trabajo, 1932.

[168] Aróstegui, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, págs. 25 - 33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A. Aróstegui, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, págs. 474 y sigs.

[169] Pese a que al propio Presidente de la República, Manuel Azaña, no le acabase de convencer la idea, y tampoco a otras figuras dentro del propio socialismo ni, como sabemos bien hoy, a los ya presentes asesores soviéticos del Partido Comunista, Azaña no tuvo otro remedio que aceptar que la Presidencia del Gobierno republicano se encomendara a Francisco Largo Caballero, con lo cual comienza lo que se ha considerado siempre la etapa no más larga, pero sí la más importante de la República en guerra. Cfr. Aróstegui, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, págs. 25 - 33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A.

socialistas, republicanos (por entonces, representantes potenciales de las clases medias) y comunistas. Largo Caballero en su condición de presidente diseñaría una política de "alianza de clases" y de organizaciones políticas frente al fascismo en acción. Se proyecta aquí el pragmatismo en una coyuntura de excepción como la existente en septiembre de 1936, con la sublevación enfrente. El proyecto de Caballero fue unir a burguesía y clase trabajadora en la defensa de la república democrática reformista formaliza en la Constitución como Norma Fundamental del orden político y jurídico. Por consiguiente, el radicalismo de Largo Caballero, que le caracterizó en los meses anteriores, llegaba aquí a su límite posibilista, pues estaba firmemente convencido de que la guerra no se podía ganar sin burguesía o, por lo menos, una capa importante de la burguesía, junto a la clase obrera. Ello suponía retomar con firmeza el Programa electoral del Frente Popular, y el abandono (o repliegue), ciertamente, de posiciones caballeristas previas -las de la primavera de 1936-, y la vieja idea de un socialismo gradualista que mantenía -como el mismo Caballero dijo en la campaña electoral del Frente Popular- que la República era una fase de la revolución burguesa, pero que tras ella había de venir la plasmación real por vía democrática de esta sociedad socialista. En un contexto de guerra, la posición de Largo Caballero sería la absoluta necesidad de forjar una firme *alianza de clases*, con partidos y de sindicatos, para poder dirigir la guerra contra el fascismo, porque con las divisiones que existían en este momento ese objetivo no era posible[170].

Se puede realizar un diagnóstico del ayer y de la defensa de la democracia constitucional, pluralista y *social* por Largo Caballero en un marco constitucional -como el consagrado en la Constitución de la IIª República Española-, que admite distintas opciones políticas no excluyentes. Pero a condición de respetar la forma política del Estado Social de Derecho y el estándar mundial de garantía de los derechos fundamentales. En la tradición del constitucionalismo democrático-social corporeizado en las constituciones democráticas del periodo de entre las dos guerras mundiales, se adopta la fórmula política indicada y se toma como referente el nuevo orden del Derecho Internacional (cfr. artículos 4 y 46 de la Constitución Republican de 1931, paradigmáticamente), que en lo social responda al modelo estándar en permanente construcción y renovación realizado por los instrumentos normativos de la OIT. Es en este contexto de legalidad/legitimidad constitucional en el que Largo Caballero impulsó decisivamente la construcción de un sistema democrático de relaciones laborales y una política de previsión social innovadora en su época (pero entroncando con las tendencias del constitucionalismo democrático social). Obedecía al desarrollo coherente del programa constitucional trazado imperativamente por la Constitución de la IIª República (especialmente por su art. 46, que constituye el centro neurálgico del bloque normativo regulador de la constitución social del trabajo en el Texto Constitucional de la República). Pretendía crear un "Código del Trabajo" de impronta constitucional situándolo en el nivel más elevado del configurado en las legislaciones europeas más avanzadas de la época. Es obvio que Largo Caballero quería ir más allá de una simple recopilación, pues concedía a ese nuevo "Código del Trabajo" la función de garantizar los derechos constitucionales y establecer la base de un sistema democrático de relaciones laborales y de protección social. En este plan organizado de construcción de la política social, tendría un papel central la legislación estatal (en conexión con la legislación de Derecho internacional uniforme de la OIT), pero también contando con el protagonismo de los instrumentos convencionales (normas convencionales de trabajo) elaborados

[170] La realidad vendría a demostrar que el proyecto de Caballero era difícil de realizar, y lo ocurrido en mayo de 1937 tiene, entre otras, esta significación: la del estallido y ruptura definitiva de este proyecto de unión sindical, política, obrera y burguesa frente al fascismo. De hecho, en los gobiernos siguientes de Juan Negrín el sindicalismo ya no tendrá un papel significativo. En el segundo Gobierno de Juan Negrín habría de nuevo un sindicalista, Segundo Blanco, pero aquella gran alianza con la CNT y con los grandes partidos, socialista, comunista, republicanos de izquierda, había estallado ya en el mes de mayo. A partir de entonces, el proyecto de gran alianza antifascista de Caballero experimentó una quiebra definitiva. Aróstegui, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, págs. 25 - 33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A; Graliml,H: *The Spanish Republic at War)* 1936-1939) Cambridge UP, 2002, págs. 79 y sigs.

por las organizaciones profesionales. La construcción del sistema democrático de relaciones laborales y del sistema de previsión social exigía necesariamente de la concurrencia del garantismo legal y de la regulación colectiva de los conflictos tanto en el campo de laboral de la producción como en el más amplio de la redistribución de la riqueza y de las rentas.

Para la racionalización y garantías de cumplimiento del nuevo arsenal normativo era preciso reforzar la Administración del Trabajo, desde los servicios centrales a las nuevas delegaciones provinciales, y asimismo con la potenciación de los medios disponibles por la Inspección del Trabajo, lo cual era una condición estimada como indispensable para alcanzar ese objetivo principialista. Todo ello iba unido -se insiste- a una *política social integral*, que comprendía tales elementos sociolaborales (tanto las condiciones de trabajo como de previsión social pública) y que incluía reformas estructurales en el orden económica y muy especialmente en una reforma agraria modernizadora que erradicara la precariedad severa de los trabajadores -campesinos y jornaleros- y destruyera la "constitución real agraria" (denunciada ya por Joaquín Costa)[171], que no era obra que el régimen del caciquismo. Éste impedía el trabajo digno, la productividad de todos los recursos agrarios -modernización del sector de la agricultura- y una distribución más equitativa y eficiente de las tierras por entonces dominadas a título de propiedad por la oligarquía terrateniente. En realidad, los empresarios trataron de impedir la aplicación de las leyes sociolaborales que habían sido dictadas en el primer bienio republicano-socialista y este boicot produciría una enorme frustración de las esperanzas reivindicativas de las clases trabajadores creadas por el advenimiento del régimen republicano del cual se esperaba una mejora sistemática de las condiciones de vida y trabajo de las clases desposeídas en la ciudad y en el campo. Esta frustración social y política estará en la base de la huelga general de 1934, que derivaría en un proceso insurreccional, precipitado y encaminado, desde el inicio, al fracaso[172].

En definitiva, el gran legado de Largo Caballero reside ante todo en haber construido en ciernes -"in fieri"- una constitución democrático-social del trabajo (que incorpora todo el campo de la política sociolaboral, en cuanto constitución jurídica pensada para la integración de las clases trabajadoras) de base típicamente constitucional, en desarrollo de las previsiones (mandatos imperativos) de la Constitución de la IIª República Española. La Constitución Republicana de 1931 y su desarrollo ante todo a través del impuso de Ministerio de Largo Caballero, sentó las bases fundamentales de lo que mucha tarde en nuestro país sería un auténtico Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social, como también aconteció con las experiencias contemporáneas de las Repúblicas democráticas de Weimar y de Austria de la época de entreguerras y con las constituciones de la segunda postguerra mundial. En estas tres experiencias de constitucionalización de los principios y derechos sociales fundamentales, el Derecho Social era concebido como la plasmación más típica de la forma política del Estado Social de Derecho. En definitiva, el programa constitucional y el desarrollo de las previsiones constitucionales no iba más allá de -y no era poco- de instaurar una forma avanzada del constitucionalismo democrático-social con Estado Social, con la esperanza de caminar hacia un socialismo democrático a través de un "lento camino de las reformas" sin abandonar la democracia parlamentaria[173]. Se puede comparar la Constitución Española de 1978 con la Constitución de la IIª

[171] Costa, J.: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, Editorial Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1902, 752 páginas (Reeditada, con Estudio Introductorio de Alfonso Orti, 2 vols., Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975). Véase también Costa, J.: *Oligarquía y caciquismo. Colectivismo agrario y otros escritos,* Madrid, Alianza editorial, 1984. Como es sabido, desde su propia peculiaridad, Costa estuvo vinculado al grupo Krausista y a la Institución Libre de Enseñanza Español. Fue uno de representantes del movimiento intelectual y político conocido como regeneracionismo en el ala progresista.

[172] Véase De Blas, A.: *El socialismo radical en la II República,* Madrid, Túcar, 1977, págs. 20 y sigs.; Aróstegui, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, págs. 301 y sigs.

[173] Monereo Pérez, J.: *La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca,* estudio preliminar a Bauer, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* Granada, Comares (Colección Crítica del

República y las Constituciones democrático-sociales más avanzadas de la segunda postguerra mundial y su desarrollo por la legislación infraconstitucional; y así se podrá comprobar las coincidencias sustanciales en el "espíritu" y en la lógica interna de las garantías sociales, pues, ciertamente, todas ellas se insertan en la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho[174].

4. OBRAS DE LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (SELECCIÓN)[175]

- *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori"*, Madrid, Reus, 1913.
- *La recompensa como prevención general. El derecho premial*, Madrid, Reus, 1915.
- *Derecho penal. - Contestaciones al Programa para las oposiciones al cuerpo de aspirantes a la judicatura y ministerio fiscal*, Madrid, Reus. 1915.
- Traducción de Franz von Liszt, *Una Confederación centro-europea*, Madrid, Establecimiento tipográfico de Fortanet, 1915.

Derecho), 2021, págs. IX-XCV; *Ibid.,* Otto Bauer y la democracia social y económica de la República austríaca (I Y II)", en *Revista de derecho del trabajo* (La Ley Uruguay), Nº. 33-34, 2021, págs. 255 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; Monereo Pérez, J.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*", Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020; Monereo Pérez, J.: *La democracia en crisis. Harold.J. Laski*", Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2005. En nuestro país desde el socialismo democrático, Monereo Pérez, J.: "Adolfo Álvarez Buylla y González Alegre (1850-1927): La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el "socialismo de cátedra"", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 24 (2020), págs. 295-330; Lamo De Espinosa, E. y Contreras, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro,* 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Sistema, 1990; Zapatero, V.: *Fernando de los Ríos. Biografía intelectual,* Valencia, Editorial Pre-Textos-Diputación de Granada, 2000; Monereo Pérez, J.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara Villar, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136., y las excelentes aportaciones recogidas en esta obra colectiva; Jiménez De Asúa,L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; Jiménez De Asúa,L.: "Los derechos individuales como garantía de libertad", en *Revista de Derecho Público,* 15 de febrero de 1934, págs. 33 y sigs.; Fabra Ribas, A.: *Origen y carácter del movimiento laborista,* Madrid, Calpe, 1924.; Fabra Ribas, A.: *La Organización Internacional del trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, 1929 (¿?). No puede olvidarse la aportación desde el liberalismo social krausista (por tanto, un punto de vista social-liberal próximo, pero diverso al socialismo democrático, o al llamado "socialismo liberal") de la figura más importante del Derecho público en nuestro país, Adolfo Posada, sobre su apuesta por el constitucionalismo democrático-social republicano con el Estado Social de Derecho, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 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").

[174] Monereo Pérez, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301; Monereo Pérez, J.L.: "Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española". (2021). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, *28*, 265-314. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

[175] Una completa relación de libros, hasta 136, prólogos y obras menores puede verse en tomo VII de su *Tratado de Derecho Penal, cit.,* págs. 999-1005; Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019, págs. 359-412; Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa. El penalista de la retaguardia imposible,* Tesis Doctoral por la Universidad de Alicante-Programa de Doctorado en Filosofía y Letras, 2020. Véase también VV.AA.: "JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1889-1970)", en *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984).*
https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/15043

- "Antropología y política criminales", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo 126, Madrid, 1915.
- "La pena previamente indeterminada y las penas retenidas", en *Actas del Segundo Congreso penitenciario español*, La Coruña, Papelería é imprenta Garcybarra, 1915.
- *El derecho penal del porvenir. La unificación del derecho penal en Suiza*, Madrid, Reus, 1916.
- Traducción de LISZT, F. V.: *Tratado de Derecho Penal,* traducción de la 20ª edición alemana de Jiménez de Asúa, y adicionado con el "Derecho penal español" por Quintiliano Saldaña, y tres Volúmenes, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1ª edición, Tomo I, 1914, Tomo II, 1916, Tomo III, 1917.
- "La pena de muerte en el anteproyecto del código penal suizo", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo 128, Madrid, 1916.
- *El anteproyecto del código penal sueco de 1916. Estudio crítico seguido del texto íntegro de la parte general del anteproyecto*, traducido íntegramente del sueco, Madrid, Reus, 1917.
- *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericana*, Madrid, Suárez, 1918.
- "La esterilización de los anormales y delincuentes incorregibles", *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 1, nº 1, Madrid, 1918.
- *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*. - Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Reus, 1920.
- "El delito de disparo de arma de fuego", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 2, nº 6, Madrid, 1920.
- "La responsabilidad sin culpa", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 3, nº 10, Madrid.
- "Los sujetos del delito", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 3, nº 12, 1920.
- *Estudio de los delitos en particular. Notas sobre la parte especial del derecho penal, para uso de los estudiantes*, Vol. 1, Madrid, Suárez, 1921.
- "Una entrevista con Enrique Ferri", *El Liberal*, 12 de julio, 1921.
- "La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital, *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 4, nº 20, Madrid, 1921.
- *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Imprenta Juan Pueyo, 1922.
- *Estudio crítico del proyecto de código penal italiano de 1921*. - Conferencias pronunciadas en el Ateneo Jurídico de la Asociación oficial de estudiantes de derecho, Madrid, Suárez, 1922.
- *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones a la traducción española del Programa del Curso de derecho criminal*, de Francisco Carrara. Parte General. Volumen I, Madrid, Reus, 1922.
- Traducción de Francisco Carrara, *Programa del curso de derecho criminal*, Madrid, Reus, 1922.
- *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Buenos Aires, Talleres gráficos de la penitenciaría nacional, 1922.

– *Trabajos del seminario de derecho penal (museo-laboratorio jurídico de la Universidad de Madrid)*. Tomo I, Madrid, Reus, 1922.

– *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*, Turín, Bocca, 1923.

– "Injuria y crítica", *La Libertad*, 21 de junio, 1923.

– "El estado de necesidad: el hambre ante las leyes penales", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 5, nº 18, Madrid, 1923.

– La legislación penal y la práctica penitenciaria en Sudamérica. - Conferencias pronunciadas en la sección de estudios americanistas de la Universidad de Valladolid, Valladolid, Talleres tipográficos "Cuesta", 1924.

– *Dos aspectos de la solidaridad social*. En el volumen de *Conferencias del año 1923, publicado por el "Jockey Club" de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta del Jockey Club, 1924.

– *Bibliografía crítica de estudios penales, y revista de leyes y de los proyectos más importantes en materia penal*, Madrid, Tip. De la Revista de archivos, bibliotecas y museos, 1924.

– *Rapport sur le príncipe de la sentence indéterminée. Troisième question. Première section. Congrès -Pènitentiaire international de Londres 1925* - Edición castellana de este trabajo publicada con el título de *Generalización del principio de la sentencia indeterminada*, Buenos Aires, Talleres gráficos de la penitenciaría nacional, 1925.

– *La lucha contra el delito de contagio venéreo. Problemas de derecho penal y de prevención en torno a las enfermedades del sexo*, Madrid, Caro Raggio, 1925.

– *Die Reform des spanischen Strafgesetzbuches. (Sonderadbruck aus der Monatsschrift für -Kriminalpsuchologie und Strafrechtsreform*, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1925.

– *Endocrinología y derecho penal. Eutanasia y homicidio por compasión*. - Dos conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Montevideo, Imprenta Nacional, 1925.

– *El error judicial (a propósito de un caso reciente)*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1925.

– *La legislación penal española y sus reformas*. - Separado de los "Archivos de criminología y de medicina legal" de Jarkof, Ucrania, vol. I, Jarkof, 1925.

– *El nuevo código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal*. - Conferencias pronunciadas en la Universidad de Buenos Aires los años 1923 y 1925, Madrid, Reus, 1928.

– *Política. Figuras. Paisajes*, Madrid, Editorial Historia nueva, 1928.

– *Libertad de amar y derecho a morir-Ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia y endocrinología,* Madrid, Historia Nueva, 1928.

– *Crónica del crimen,* Madrid, Historia Nueva, 1929 (4.ª ed., La Habana, J. Montero Editor, 1950; reimpr., Madrid, Ministerio de Justicia, 1989), 1928.

– *Il dilitto di contagio venéreo. Studi e proposte*, Turín, Bocca, 1929

– *Die Reform des Strafrechts in der Ländern spanischer Kultur*, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1929.

– *Crónica del crimen*, Madrid, Historia nueva, 1929.

- *Liberda de de amar e direito a morrer. Ensaio criminalista*, Lisboa, Livaria Clásica Editora, 1929.
- *Juventud*. - Conferencia en la Casa de pueblo de Madrid y Réplica en nombre de la mocedad, por José López Rey, Madrid, Imprenta Velasco, 1929.
- *El nuevo derecho penal*, Madrid, Biblioteca de ensayos, 1929.
- *La delincuencia juvenil y los Tribunales de niños*, Montevideo, Palacio del Libro, 1929.
- *Derecho penal conforme al código de 1928*. - Obra ajustada al Programa para las oposiciones al Cuerpo d aspirantes a la judicatura. En colaboración con José Antón Oneca, Madrid, Reus, 1929.
- *El Nuevo Derecho Penal-Escuelas y Códigos del presente y del porvenir,* Madrid, Editorial Páez, 1929.
- *Notas de un confinado*, Madrid, Compañía iberoamericana de publicaciones, 1930.
- *Al servicio del derecho penal*. Diatriba del Código gubernativo, Madrid, Morata, 1930.
- *Al servicio de la nueva generación*, Madrid, Morata, 1930.
- *Defensa de una rebelión. Informe ante el Consejo supremo de guerra y marina, como mandatario de D. Santiago Casares Quiroga*, Madrid, Morata, 1931.
- *Pena privativa della libertà única o plurima?* - Città di Castello, Società anónima, 1931.
- *La vida penal en Rusia. Las leyes penales y reformadoras de la Rusia Soviética*. En colaboración con José Arturo Rodríguez Muñoz, M. Grodsinsky y M. Figueroa Román, Madrid, Reus, 1931.
- *Problemas de derecho penal. Doctrina técnica del delito. Dolor y ceguera. Estado peligroso*. - Conferencias pronunciadas en la Universidad del Litoral, Santa Fe, Instituto Social de la Universidad del Litoral, 1931.
- *Temas penales. Dolientes y ciegos. Reforma penal en España. Nuevo sesgo de la criminología. Clínica y derecho del delito político*. - Conferencias pronunciadas en la Universidad de Córdoba, Córdoba, Universidad Nacional, 1931.
- *La teoría jurídica del delito*. - Discurso inaugural del curso universitario 1931-1932, Madrid, Imprenta colonial, 1931.
- *Die Strafgesetzgebung der spanischen Republik*, Heidelberg, Carls Winters Universitätsbuchhandlung.
- *La teoría jurídica del delito,* Madrid, Imprenta Colonial, 1931.
- *La legislación penal de la República española*, Madrid, Reus, 1932.
- *Juventude*, Coimbra, Ediçoes Universidade Nova, 1932.
- "El derecho penal vigente en la República español", *Revista de derecho público*, nº 2, Madrid, 1932.
- *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Editorial Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs.
- *Defensas penales*, Tomo I, Madrid, Reus, 1933.
- *O delito do contagio venéreo*, Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1933.

– *O estado perigoso*, Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1933.

– *Ao serviço da nova geraçao*, Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1933.

– "Ley de Vagos y Maleantes", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo 163, nº 9, Madrid, 1933.

– *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delito. (La legge spagnuola sui vagabondi e malviventi del 4 di agosto 1933)*, Città di Castello, Tip. Leonardo da Vinci. - Edición en español: *Ley de Vagos y -Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, Madrid, Reus, 1934.

– *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, Madrid, Manuales Reus, 1934.

– *España ante la última Conferencia de unificación penal* (Separado de la *Revista de derecho público*), Madrid, 1934.

– *Manual de derecho penal*, vol. I, tomo I, Madrid, Reus, 1934.

– *Defensas penales*, Tomo II, Madrid, Reus, 1935.

– *Quelle doit être la compétence du juge pénal, dans l¡execution des peines? Rapport au Congrès penal et pénitentiaire de Berlín* (Separado de los *Travaux préparatoires*). - Edición en español: *El juez penal y la ejecución de la pena* (Separado de la *Revista de derecho público*), Madrid, 1935.

– *Conférence internationale pour l'Unification du droit penal. Sous les auspices du Gouvernement de la République Espagnole. Actes de la Conférence, publiés spus la direction de Luis Jiménez de Asúa, avec le concours de Vespasien Pella*, Paris, Pedone, 1935.

– *Valor de la psicología profunda (Psicoanálisis y psicología individual) en ciencias penales*, Madrid, Reus, 1935.

– *Responsabilidad de un rey por presentación en juicio de un documento mercantil falso. Querella y Escrito pidiendo el procesamiento a nombre de Alfonso Sanz*, Madrid, Reus. 1935

– "Un nuevo derecho penal", *Revista de técnica policial y penitenciaria*, Vol. II, nº 3, La Habana, 1935.

– "Valor de la psicología profunda. Psicoanálisis y psicología individual", en *Ciencias penales,* Madrid, Reus, 1935 (Buenos Aires, Losada, 1940).

– *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la justicia*, Madrid, Gráfica socialista, 1936.

– *El principo "nullum crimen sine lege" y la cuestión de la analogía* (Separado de la *Revista de derecho público*), 1936.

– *Defensas penales*, Tomo III, Madrid, Reus, 1936.

– *O delito do contagio venéreo*. Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1936.

– *The agony of Spain.Socialist appeal to the British democracy. Spanish envoys tell the facts*, Edimburgo, 1936.

– "El valor forense de la tipicidad y la interpretación de la ley penal", *La Ley*, nº 15, Buenos Aires (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950), 1939.

- "La relación de causalidad y la responsabilidad criminal", *La Ley*, nº 16, Buenos Aires. (Recopilado en El Criminalista, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950), 1939.
- "Don Pedro Dorado Montero", España republicana, 21 de octubre de 1939, Buenos Aires, 1939 (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949).
- *Psicoanálisis criminal*, Buenos Aires, Losada, 1940
- "El juez penal: su formación y sus funciones", *Revista de psiquiatría y criminología*, nº 25-26, Buenos Aires, 1940.
- "La metodología docente del derecho penal y la misión de la Universidad", *Aequitas*, *Revista del centro de estudiantes de la facultad de derecho de la Universidad nacional de Tucumán*, I, Tucumán, 1940. (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo V, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945).
- "Lo que hizo la República española con la enseñanza superior", *España Republicana*, 12 de abril de 1941, 1941. (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo V, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945).
- *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1942
- *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942.
- *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942.
- *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobe eugenesia y eutanasia*, Buenos Aires, Losada, 1942.
- *El derecho penal hispano-árabe*. - Conferencia, Buenos Aires, Publicaciones del Instituto Cultural argentino-hispano-árabe. (Recopilado en El Criminalista, Tomo V, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945).
- *Conferencia sobre el problema universitario y temas de criminología: misión de la Universidad. Libertad y derecho penal. El juez del crimen. Psicoanálisis, delito y pena*, La Paz, Tip. Salesiana, 1943.
- *Defensas penales,* Madrid, 1933-1936, 3 vols. (reed., Buenos Aires, 1943).
- *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio).
- *El derecho penal del futuro*, en la colección *El mundo de la postguerra*, Buenos Aires, Editorial Mundo Atlántico, 1944.
- *Lombroso*, Buenos Aires, Editorial La Universidad, 1944.
- *Psicoanálisis criminal*. - Conferencia en la Universidad de Cuenca, Cuenca, Publicaciones del Centro de Estudios de Medicina legal y más ramas conexas, 1944.
- *Las ciencias penales y otros ensayos*, Caracas, Ediciones Librería Caracas, 1945.
- *La ley y el delito. Curso de dogmática penal*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1945.

– "El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista", *Revista de derecho penal*, I, Buenos Aires, 1945 (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo VII, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1947).

– *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946.

– *Códigos penales iberoamericanos*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1946.

– *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946.

– *Derecho penal soviético*, Buenos Aires, Editorial La ley, 1947.

– *La sentencia indeterminada*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Tea, 1947.

– "El método en derecho penal", *La Ley*, nº 49, Buenos Aires, 1948.

– *Tratado de derecho penal*, Tomo I, Buenos Aires, Losada, 1950.

– *Tratado de derecho penal*, Tomo II, Buenos Aires, Losada, 1950.

– *Tratado de derecho penal*, Tomo III, Buenos Aires, Losada, 1951.

– *Defensas penales en América*, La Habana, Jesús Montero, Editor, 1951.

– "Legítima defensa del Estado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 29, México D.F, 1951.

– *Le droit pénal espagnol (Confèrence prononcée le 28 septembre 1950 en la Sorbonne)*, Casablanca, Imprimerie Latine, 1952.

– *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, Buenos Aires, Losada, 1953.

– *Principios del Derecho penal. La Ley y el Delito,* (Descarga-en-PDF-«La-ley-y-el-delito»-del-gran-Luis-Jiménez-de-Asúa.pdf)

– *Tratado de derecho penal*, Tomo V, Buenos Aires, Losada, 1956.

– *El PSOE, la democracia, la ley y la Universidad*, Buenos Aires, 1956.

– *Bases para una restauración del derecho penal democrático*, Córdoba, Cuadernos del centro de estudiantes de derecho, 1957.

– "El método de casos en la enseñanza del derecho penal", *Cuadernos de ciencia penal y criminología*. Nº I, Santa Fe, 1957.

– "La protección penal de los convenios internacionales humanitarios", *Revista de Criminología*, nº 7, Montevideo, 1957.

– *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.

– *La teoría jurídica del delito*, nueva edición con un *Prólogo* para ella, en *Cuadernos de ciencia penal y criminología*, nº IV, Santa Fe, 1958.

– *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.

- *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito,* 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot/ Editorial Sudamericana, 1958. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf
- *Estudios de derecho penal y criminología*, Tomo I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961.
- *Tratado de derecho penal*, Tomo VI, Buenos Aires, Losada, 1962.
- *Comentarios al proyecto de código penal argentino*, en colaboración con Francisco P. Laplaza, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962.
- *Actas de las Jornadas de derecho penal*, Buenos Aires, Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1962.
- *Estudios de derecho penal y criminología*, Tomo II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963.
- *Estudios de derecho penal y criminología*, Tomo III, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1966.
- "El estado de la reforma jurídico-penal en Alemania Occidental y sus perspectivas", *La Ley*, nº 123, Buenos Aires, 1966.
- *Anteproyecto del código penal de 1967 y exposición de motivos*, Caracas, Publicaciones de la secretaría del Senado, 1967.
- "Proyectos de reforma del código penal alemán", *Revista de derecho penal y criminología*, nº 2, Buenos Aires, 1968.
- "La modificación del código penal español de abril de 1967", *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, Buenos Aires, 1968.
- Comentario de Rocco Sesso, *Imputabilita e sistematica del reato*, Milán, Giuffré editore, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, Buenos Aires, 1968.
- *Evolución del derecho penal argentino*, Rosario, Ediciones jurídicas Orbir, 1969.
- "*Corsi e ricorsi*, Die Wiederkehr Franz von Liszt", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, *-Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Berlín, 1970.
- *Tratado de derecho penal*, Tomo VII, Buenos Aires, Losada, 1970.
- *Tratado de derecho penal*, Tomo VIII: El delincuente, 1970.
- *Tratado de derecho penal*, Tomo IX: La pena y las medidas de seguridad, 1970.
- *Introduction générale de Législation penale iberoaméricaine*.
- *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997.
- *El criminalista,* primera serie, *La Ley,* Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1941-1952, 10 vols.
- *El criminalista,* segunda serie, vols., XI a XVII, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1955-1966.
- *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Losada, 1950-1970, 7 vols.
- *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Losada, 1950-1970, 7 vols.
- "'Corsi e ricorsi': La vuelta de von Liszt", en *Nuevo Pensamiento Penal,* Buenos Aires, 1, vol. 2 (1972), págs. 191-203.

– *La Constitución de la democracia española y el problema regional & El nuevo derecho penal*, edición y estudio preliminar, "Los itinerarios del constitucionalismo garantista en España: Luis Jiménez de Asúa, entre la Constitución Republicana de 1931 y la construcción del moderno Derecho penal", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024,

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 , donde se incluirán los apartados del trabajo.. 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.

Laborum
EDICIONES

ISSN 2387-0370
41
9 772387 037009