Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2016 nº 7

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- El tercer texto refundido de la ley general de Seguridad Social: significación Técnico Instrumental y de política del Derecho Social
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- La responsabilidad prestacional de la empresa por incumplimientos referidos al contrato de relevo
  Faustino Cavas Martínez
- Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual
  Alejandra Selma Penalva
- El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres
  Elisabet Errandonea Ulazia

Estudios de Doctrina Judicial

- Sobre la cobertura de desempleo de los funcionarios interinos. Comentario a STS de 15 septiembre 2015 y pronunciamientos anteriores
  Jaime Cabeza Pereiro
- Incapacidad Temporal: Límites del principio de oficialidad y el juego de las reglas de prescripción y retroactividad
  José Luis Tortuero Plaza
- Prestación de protección por cese de actividad de trabajadores autónomos económicamente dependientes
  Francisco Alemán Páez
- Orden Jurisdiccional competente en materia prestacional. Pronunciamiento sobre actos de encuadramiento y sus consecuencias derivadas: los coeficientes reductores
  Francisco Vila Tierno
- El tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal
  Sonia Isabel Pedrosa Alquézar

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- Requisitos del Asesoramiento en las Prestaciones del Seguro No Contributivo Alemán de Desempleo
  Bettina Weinreich

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y novedades bibliográficas

Belén del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- Efectos socio-económicos de la negociación colectiva. Una revisión de la literatura internacional
  Rafael Muñoz de Bustillo Llorente

Clásicos de la Seguridad Social

- LUIS JORDANA DE POZAS (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2016 Nº 7

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

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

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:

www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/RevSegSoc
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

PRESIDENTE:
Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
Faustino Cavas Martínez
Lourdes López Cumbre
Juan Antonio Maldonado Molina
María Nieves Moreno Vida
José Luis Tortuero Plaza
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Francisco Ortiz Castillo

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman
Jordi Agustí Juliá
Miguel A. Almendros González
María José Añón Roig
Joaquín Aparicio Tovar
Ángel Arias Domínguez
Alberto Arufe Varela
Guido Balandi
Guillermo Barrios Baudor
Francisco Blasco Lahoz
Ángel Blasco Pellicer
Umberto Carabelli
Jo Carby-Hall
María Emilia Casas Baamonde
Lance Compa
María Antonia Castro Argüelles
Wolfgang Däubler
Luis Enrique De la Villa
Mikel De la Fuente Lavín
Ángel Luis De Val Tena
Aurelio Desdentado Bonete
María Teresa Díaz Aznarte
Gemma Fabregat Monfort
José Antonio Fernández Avilés
Juan Antonio Fernández Bernat
Juan José Fernández Domínguez
Maximilian Fuchs
Ángel Gallego Morales
Javier Gárate Castro
Juan García Blasco
Carlos García de Cortázar
Joaquín García Murcia
Ignacio García Ninet
María García Valverde
Mario Garmedia Arigón
Rosa González de Patto
Santiago González Ortega
Jesús Lahera Forteza
Juan López Gandía
Belén del Mar López Insua
José Luján Alcaraz
Antonio Márquez Prieto
Jesús Martínez Girón
Carolina Martínez Moreno
Jesús Mercader Uguina
Orides Mezzaroba
Cristina Monereo Atienza
Rafael Muñoz de Bustillo
Antonio Ojeda Avilés
Sofía Olarte Encabo
Mari Carmen Ortiz Lallana
Adrián Osvaldo Goldin
Manuel Carlos Palomeque López
José Antonio Panizo Robles
Rosa Quesada Segura
Margarita Ramos Quintana
Susana Rodríguez Escanciano
Gloria Rojas Rivero
Eduardo Rojo Torrecilla
Santos Miguel Ruesga Benito
Tomás Sala Franco
Fernando Salinas Molina
Carmen Sánchez Trigueros
Carolina San Martin Mazzuconi
Antonio Vicente Sempere Navarro
Andrés Trillo García
Fabio Tulio Barroso
Daniel Toscani Giménez
Fernando Valdés Dal-Ré

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Alejandro Garilli
Jaime Cabeza Pereiro
Carlos Alfonso Mellado
Juan Gorelli Hernández
Aranzatzu Vicente Palacio
Borja Suárez Corujo
Carolina Gala Durán

EDITOR:
Francisco Ortiz Castillo

Índice

EDITORIAL **9**

EL TERCER TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: SIGNIFICACIÓN TÉCNICO INSTRUMENTAL Y DE POLÍTICA DEL DERECHO SOCIAL. **11**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES **27**

LA RESPONSABILIDAD PRESTACIONAL DE LA EMPRESA POR INCUMPLIMIENTOS REFERIDOS AL CONTRATO DE RELEVO **29**

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

1. CARACTERIZACIÓN Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE RELEVO 29
2. MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y OBLIGACIONES DE LA EMPRESA ANTE VICISITUDES AFECTANTES AL CONTRATO DE RELEVO Y/O AL CONTRATO DEL JUBILADO PARCIAL 34
3. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES EXIGIDAS AL CONTRATO DE RELEVO 37
4. CONSIDERACIONES FINALES 50

CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL **51**

ALEJANDRA SELMA PENALVA

1. CONSIDERACIONES INICIALES. EFECTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL 51
2. CUESTIONES CONTROVERTIDAS 55
3. CONCLUSIONES 71
4. BIBLIOGRAFÍA 73

EL NUEVO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y LOS FACTORES QUE REPERCUTEN SOBRE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS DE LAS MUJERES **75**

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA

1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MUJERES PENSIONISTAS EN ESPAÑA 75
2. FACTORES QUE EXPLICAN LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES PENSIONISTAS EN ESPAÑA 77
3. CONCLUSIONES 96

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL **99**

SOBRE LA COBERTURA DE DESEMPLEO DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. COMENTARIO A STS DE 15 SEPTIEMBRE 2015 Y PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES **101**

JAIME CABEZA PEREIRO

1. ANTECEDENTES 101
2. LA DOCTRINA UNIFICADA, BASADA EN UN INAPROPIADO JUICIO DE CONTRADICCIÓN 103
3. NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TS, CON ALGUNAS INTERPOLACIONES CRÍTICAS 105
4. UNA INTERPRETACIÓN JURÍDICA MÁS ADECUADA 108
5. EL PROBLEMA EN PROSPECTIVA 112

INCAPACIDAD TEMPORAL: LÍMITES DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD Y EL JUEGO DE LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN Y RETROACTIVIDAD 115

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

1. SUPUESTO DE HECHO 115
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL 116
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA 117

PRESTACIÓN DE PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES. COMENTARIO A LA STS DE 27 DE OCTUBRE DEL 2015 123

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

1. INTRODUCCIÓN 123
2. ANTECEDENTES 127
3. FUNDAMENTACIONES JURÍDICAS 128
4. UNAS BREVES CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS 130

ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE EN MATERIA PRESTACIONAL. PRONUNCIAMIENTO SOBRE ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS DERIVADAS: LOS COEFICIENTES REDUCTORES. COMENTARIO A LA STS NÚM. 4218/2015 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE DOS DE OCTUBRE DE DOS MIL QUINCE (ID. CENDOJ: 28079130042015100286) 133

FRANCISCO VILA TIERNO

1. PRECISIONES APRIORÍSTICAS 133
2. ANTECEDENTES DE HECHO 135
3. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PARA RESOLVER EN MATERIA PRESTACIONAL COMO CONSECUENCIA DEL FALLO RESPECTO AL ACTO ADMINISTRATIVO. EL ARGUMENTO DEFENDIDO EN LA RESOLUCIÓN ANALIZADA 136
4. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL PARA ESTA MATERIA 140
5. CONCLUSIONES 141

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACTUACIÓN FRAUDULENTA EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL 143

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR

1. INTRODUCCIÓN 143
2. EL FRAUDE PARA LA SEGURIDAD SOCIAL 146
3. EL FRAUDE PARA EL EMPRESARIO: LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL 149
4. CONCLUSIONES 155

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 157

REQUISITOS DEL ASESORAMIENTO EN LAS PRESTACIONES DEL SEGURO NO CONTRIBUTIVO ALEMÁN DE DESEMPLEO 159

BETTINA WEINREICH

1. INTRODUCCIÓN 159
2. IMPORTANCIA DEL DEBER DE ASESORAMIENTO 160
3. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER DE ASESORAMIENTO 160
4. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DEL DEBER DE ASESORAMIENTO 162
5. EL DEBER ESPECIAL DE ASESORAMIENTO EN EL ÁMBITO DEL LIBRO II DEL CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL 164
6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ASESORAMIENTO DEFECTUOSO U OMITIDO 165
7. CONCLUSIÓN 166

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 167

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. -*MAYORES*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 6 DE FEBRERO DE 2013, SOBRE LA COOPERACIÓN DE INNOVACIÓN EUROPEA SOBRE EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SALUDABLE (2012/2258(INI)) (DOUE C 24, 22-1-16) 169
2. -*MIGRANTES*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE MARZO DE 2013, SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES, EL IMPACTO SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO Y LA DIMENSIÓN EXTERNA DE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UE 2012/2131(INI) (DOUE C 36, 29-1-16) 170
3. -*PROTECCIÓN SOCIAL*.- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE EL TEMA «PRINCIPIOS PARA UNOS SISTEMAS DE PRESTACIONES SOCIALES EFICACES Y FIABLES» (DICTAMEN DE INICIATIVA) (DOUE C 13, 15-1-16) 172
4. -*SALUD LABORAL*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE MARZO DE 2013, SOBRE LOS RIESGOS PARA LA SALUD EN EL LUGAR DE TRABAJO RELACIONADOS CON EL AMIANTO Y PERSPECTIVAS DE ELIMINACIÓN DE TODO EL AMIANTO EXISTENTE (2012/2065(INI)) (DOUE C 36, 29-1-16) 174
5. -*CONDICIONES DE TRABAJO*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 18 DE ABRIL DE 2013, SOBRE EL IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA Y ECONÓMICA EN LOS DERECHOS HUMANOS (2012/2136(INI)) (DOUE C 45, 5-2-16) 174
6. -*DESEMPLEADOS DE LARGA DURACIÓN*.- RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO, DE 15 DE FEBRERO DE 2016, SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LOS DESEMPLEADOS DE LARGA DURACIÓN EN EL MERCADO LABORAL (DOUE C 67, 20-2-16) 175
7. -*ASISTENCIA SOCIAL*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 4 DE JULIO DE 2013, SOBRE EL IMPACTO DE LA CRISIS EN EL ACCESO DE LOS GRUPOS VULNERABLES A LA ASISTENCIA (2013/2044(INI)) (DOUE C 75, 26-2-16) 175

8. -*REMUNERACIÓN*.- DICTAMEN DEL COMITÉ DE LAS REGIONES EUROPEO – NORMAS MÍNIMAS DE REMUNERACIÓN DEL EMPLEO EN LA UE (DOUE C 51, 10-2-16).....176
9. -*PRESTACIONES FAMILIARES*.- DECISIÓN N.° F2, DE 23 DE JUNIO DE 2015, SOBRE EL INTERCAMBIO DE DATOS ENTRE LAS INSTITUCIONES A EFECTOS DE LA CONCESIÓN DE PRESTACIONES FAMILIARES (TEXTO PERTINENTE PARA EL EEE Y PARA EL ACUERDO CE/SUIZA) (DOUE 52, 11-2-16).....176
10. -*PENSIONES*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 21 DE MAYO DE 2013, SOBRE UNA AGENDA PARA UNAS PENSIONES ADECUADAS, SEGURAS Y SOSTENIBLES (2012/2234(INI)) (DOUE 55, 12-2-16) 177
11. -*ACOSO*.- ACUERDO DE 28 DE ENERO DE 2016, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE PUBLICA EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL, AL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO, AL ACOSO DISCRIMINATORIO, Y FRENTE A TODAS LAS FORMAS DE ACOSO Y VIOLENCIA EN LA CARRERA JUDICIAL (BOE 17-2-16).....180
12. -*CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*.- RESOLUCIÓN DE 14 DE ENERO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE APRUEBAN EL PLIEGO GENERAL PARA LA CONTRATACIÓN Y LAS INSTRUCCIONES GENERALES DE APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 26-1-16).....180
13. -*ENCOMIENDA DE GESTIÓN*.- RESOLUCIÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ENCOMIENDA AL INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, DURANTE EL AÑO 2016, LA GESTIÓN DEL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DENOMINADO "PREVENCIÓN10.ES" (BOE 15-2-16).....181
14. -*COTIZACIÓN*.- ORDEN ESS/70/2016, 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, CONTENIDAS EN LA LEY 48/2015, DE 29 DE OCTUBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2016 (BOE 30-1-16) 182
15. -*COTIZACIÓN*.- ORDEN ESS/71/2016, DE 29 DE ENERO, POR LA QUE SE ESTABLECEN PARA EL AÑO 2016 LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAR INCLUIDOS EN LOS GRUPOS SEGUNDO Y TERCERO (BOE 30-1-16) 182
16. -*PREPARA*.- RESOLUCIÓN DE 9 DE FEBRERO DE 2016, DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, POR LA QUE SE PRORROGA LA VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE 1 DE AGOSTO DE 2013, MODIFICADA POR LA DE 30 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE DETERMINA LA FORMA Y PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES Y DE TRAMITACIÓN DE LAS AYUDAS ECONÓMICAS DE ACOMPAÑAMIENTO INCLUIDAS EN EL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LAS PERSONAS QUE AGOTEN SU PROTECCIÓN POR DESEMPLEO PRORROGADO POR EL REAL DECRETO-LEY 1/2013, DE 25 DE ENERO (BOE 15-2-16).....183
17. -*RECAUDACIÓN*.- RESOLUCIÓN DE 10 DE FEBRERO DE 2016, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 16 DE JULIO DE 2004, SOBRE DETERMINACIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA DE GESTIÓN RECAUDATORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 25-2-16) 183
18. -*PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. GESTIÓN INFORMATIZADA*.- RESOLUCIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2016, DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA

SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE REGULA LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA AUTOMATIZADA DE DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE DETERMINADAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (BOE 1 MARZO 2016) 184
19. -*CONTROL ECONÓMICO Y FINANCIERO*.- RESOLUCIÓN DE 25 DE FEBRERO DE 2016, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS NORMAS PARA ADAPTAR EL CONTROL INTERNO A LAS ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 3-3-2016) 185
20. -*EMPLEO. MEDIDAS URGENTES*.- LEY 2/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO (BOE 2 FEBRERO 2016). 185

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 187

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 189
1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO) 189
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 189
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 189
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES) 190
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN 192
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL 192
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES 200
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA 200
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) 200

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 201
1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 201
2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 201
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) 202
4. RECENSIONES 203

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 207

EFECTOS SOCIO-ECONÓMICOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA INTERNACIONAL 209

RAFAEL MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE

1. INTRODUCCIÓN 209
2. LOS EFECTOS SOCIO-ECONÓMICOS DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN LA TEORÍA Y EN LA PRÁCTICA 210
3. A MODO DE CONCLUSIÓN 224
4. REFERENCIAS 225

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 227

LUIS JORDANA DE POZAS (1890-1983): LA CONSTRUCCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA 229

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. SU IDEARIO DE PREVISIÓN SOCIAL ENMARCADO EN SU PENSAMIENTO SOCIOPOLÍTICO 229
2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FUNCIÓN SOCIAL DEL ESTADO Y "SERVICIO PÚBLICO" 236
3. PUBLICACIONES MÁS RELEVANTES DE LUIS JORDANA DE POZAS 244

Editorial

Laborum

El tercer texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: significación Técnico Instrumental y de política del Derecho Social.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

> *«El derecho a la Seguridad Social es un derecho humano*
> *[Corresponde a los Estados miembros] poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la Seguridad Social que aseguren progresivamente niveles más elevados de Seguridad Social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la Seguridad Social»*
>
> OIT, Recomendación, núm. 202 (2012), relativa a los "pisos" nacionales de protección social

Desde la entrada en vigor del texto articulado de la Ley de Seguridad Social aprobado por Decreto 907/1966, de 21 abril, en 1 de enero de 1967, hemos tenido la ocasión de conocer dos textos refundidos el de 1974, aprobado Decreto 2065/1974, de 30 mayo y el segundo 20 años después en 1994, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Y en 2015 se vuelto a promulgar un tercer texto refundido, con entrada en vigor el día 2 de enero de 2016[1], aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Las razones para la elaboración de este nuevo texto refundido son:

-El incremento de la producción legislativa en materia de Seguridad Social desde 1994 consecuencia de los Pactos Sociales y Políticos producidos tras el Pacto de Toledo de 1995.

[1] Salvo el denominado complemento por maternidad que entrará en vigor el día 1 de enero de 2016 y la aplicación del factor de sostenibilidad que se aplicará a las pensiones de jubilación que se causen a partir del día 1-1-2019 (Disposición final única).

-Los cambios legislativos impuestos por las medidas contra la crisis económica.

-Los derivados de las necesidades de gestión.

-La errónea y deficiente técnica legislativa empleada para atender los anteriores retos como han sido la utilización de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado anuales y un uso excesivo de Disposiciones Adicionales incorporadas a diversas leyes o al propio texto refundido en las que se regulaban aspectos sustantivos del sistema[2]; o la incorporación al propio texto refundido de nuevas prestaciones o ampliación de las ya existentes mediante artículos "bis, ter,…,", etc.[3].

De aquí que la Disposición Final vigésimo quinta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, facultara al Gobierno para que, en el plazo de 2 años, procediere a elaborar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizados, aclarados y armonizados los textos legales vigentes. El plazo no se cumplió y la Ley 20/2014, de 29 de octubre, delegó en el Gobierno, la potestad de dictar diversos textos refundidos entre ellos el de Seguridad Social[4]

[2] El texto refundido de 1994 tenía en su redacción original 24 Disposiciones Adicionales (alcanzando 66 y otras más numeradas como bis); 13 Disposiciones Transitorias (alcanzando 22 y otras más numeradas como bis); y 7 Disposiciones Finales.

[3] Es el caso de la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave y prestación temporal de viudedad.

[4] El artículo uno c) de dicha Ley autorizaba la aprobación por el Consejo de Ministros de un texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Indicando que "Asimismo, se incluirán en el texto refundido al que se refiere esta letra, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las disposiciones legales que a continuación se indican:

Los artículos 30 y 31 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los Seguros Privados.

Los artículos 69 y 77 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

El artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del Sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales.

Los artículos 29 y 30 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

El artículo 26 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La disposición adicional sexta de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad.

El artículo 4, la disposición adicional segunda y la disposición transitoria segunda de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

La Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

La disposición adicional quincuagésima octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

La disposición adicional cuarta de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería.

(...)

La elaboración, pues, de este *texto refundido* de diversas leyes y disposiciones adquiere una función racionalizadora y de seguridad jurídica, favoreciendo la compilación en un sólo cuerpo legal de distintas normas jurídicas dispersas, a través de la delegación a la potestad legislativa al gobierno mediante una ley ordinaria que ha establecido los límites y el contenido de la legislación delegada. Pero este nuevo texto refundido surge tardíamente, pues había transcurrido más de veinte años de vigencia del precedente TRLSS de 1994, no obstante, al tiempo, nunca es tarde para llevar a cabo esta necesaria refundición de textos legales dispersos que dificultan el conocimiento práctico sobre la materia por parte de los juristas y en general de los sujetos interesados. El nuevo texto refundido presenta pocas novedades y lagunas significativas.

Como se indicó, el artículo uno.c) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, autorizó al Gobierno para aprobar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado. El plazo para la realización de dicho texto se fijó en doce meses a

El artículo 2 de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.
La Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
Las disposiciones adicionales quinta, novena, decimocuarta y vigésimo séptima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.
La disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Mantenimiento y el Fomento del Empleo y la Protección de las Personas Desempleadas.
La Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.
La disposición adicional tercera de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
El artículo 20 del Real Decreto-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.
El artículo 5 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.
Las disposiciones adicionales décimo quinta, trigésima tercera, trigésima novena, cuadragésima primera, cuadragésima sexta, cuadragésima séptima y quincuagésima segunda y la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.
La Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.
La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad.
mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial de Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.
El capítulo I y la disposición adicional primera 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.
La disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.
El capítulo I, las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera y cuarta y la disposición final quinta de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social.

partir de la entrada en vigor de la citada Ley 20/2014, de 29 de octubre, que tuvo lugar el 31 de octubre de 2014. Los límites de la habilitación se encuentran en el artículo único c) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española.

Pese a todo, se continúa con una deficiente técnica legislativa, como se puede apreciar en la amplitud de la "Corrección de errores" del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, donde se llega a incluir algo tan importante como lo que antes se había ignorado: la referencia a la Renta Activa de Inserción, a saber: "En la página 103519, en la disposición final octava, segundo párrafo, donde dice: "El Gobierno aprobará, asimismo, cuantas otras disposiciones resulten necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en esta ley", debe decir: "El Gobierno aprobará, asimismo, cuantas otras disposiciones resulten necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en esta ley. En particular, se habilita al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo VI del Título III de esta ley el establecimiento de una ayuda específica denominada *Renta Activa de Inserción*, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral".

La transcendencia del nuevo TRLGSS de 2015 no se puede negar, pues ha resuelvo en parte la dispersión normativa existente y a racionaliza el marco normativo regulador de la Seguridad Social. Y con ello ha contribuido a garantizar la seguridad jurídica y facilitado la tarea de los operadores jurídicos. Sin embargo, el nuevo TRLGSS de 2015 no ha agotado, como cabría esperar, todas las posibilidades racionalizadoras que serían aconsejables. Eso sí, hay una consecuencia innegable *de fondo* –y por tanto, no meramente de carácter formal y de racionalización sistemática– consistente en que el TRLGSS ha pretendido consolidar las reformas *restrictivas de derechos* que se habían venido produciendo en muchos casos a través de legislación de urgencia (la conocida y deplorable técnica de uso y abuso del instrumento normativo del real decreto-ley). Destaca también el relativo reforzamiento de la autonomía de la protección por desempleo y la idea-fuerza subyacente de separar formalmente del sistema de Seguridad Social la asistencia sanitaria (cuestión ciertamente discutible a tenor de la interconexión sistemática existente entre el bloque normativo formado por los artículos 41, 43 y 10.2 de nuestra Carta Magna) y la protección social de la dependencia. El nuevo TRLGSS, con todo, hace visible la doble tendencia hacia la asistencialización en grado mínimo del modelo legal de Seguridad Social y la progresiva privatización de ámbitos funcionales de la acción protectora y de su gestión. Se echa de menos –y esto evidentemente no se le puede reprochar a un simple texto refundido instrumental– la construcción de un *Sistema* de Seguridad Social de mayor calado que adapte el modelo legal al entorno de una sociedad cambiante y lo prepare para responder –con equidad y eficiencia– a los ciclos largos, pues nadie duda hoy día de que el proceso de reforma de la Seguridad Social ha de continuar siendo permanente, y por tanto tendrá que llevar a cabo reformas de carácter más estructural en un sentido que sea coherente con los objetivos previsto en el art. 41 CE en conexión obligada con el canon hermenéutico contenido en el art. 10. 2 del Texto Constitucional. Es de realzar al respecto que el mismo Consejo Económico y Social, en su Dictamen 14, 2015, sobre el Proyecto de RD.-Legislativo, por el que se aprueba el TRLGSS, indicó que quedaba *pendiente* un largo

camino por recorrer para que la ordenación normativa de la Seguridad Social sea capaz de responder satisfactoriamente a las características de una Ley y un Sistema de Seguridad Social del siglo XXI, que atendiese a la garantía constitucional (que va más allá de la mera tutela de la garantía institucional) del derecho a una protección suficiente frente a las situaciones de necesidad relevantes y dotada de los resortes financieros necesarios para hacer frente a su eficiente cobertura.

Un aspecto sobre el que se quiere advertir, sin perjuicio de que más adelante se volverá sobre ello, es el sentido y alcance que deba darse al art. 1 de la Ley 20/2014:

> *"Se autoriza al Gobierno para aprobar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, sendos textos refundidos en los que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, las leyes y demás normas que se enumeran a continuación, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado y las que, afectando a su ámbito material, puedan, en su caso, promulgarse antes de la aprobación por Consejo de Ministros de los textos refundidos que procedan …".*

¿Es una simple refundición? o ¿se autoriza a ir más allá?

El problema es el sentido y alcance que debamos dar a las labores de "aclaración y armonización". Pero sobre esto más adelante se volverá.

El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se *estructura* en la forma siguiente:

Título I: Normas generales del sistema de la Seguridad Social.

Título II: Régimen General de la Seguridad Social.

Título III: Protección por desempleo.

Título IV: Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Título V: Protección por cese de actividad.

Título VI: Prestaciones no contributivas.

Y 26 disposiciones adicionales, 29 disposiciones transitorias y 8 disposiciones finales.

La primera impresión que se tiene es un importante **incremento** de artículos y disposiciones en el nuevo texto refundido respecto los anteriores, tal como se recoge en el cuadro siguiente:

PRECEPTOS	TEXTO REFUNDIDO 2015	TEXTO REFUNDIDO 1994[5]	TEXTO REFUNDIDO DE 1974[6]	TEXTO ARTICULADO DE 1966[7]
Títulos	6	3	2	2
Artículos	373	234	217	216
DA	26	66	2	-
DT	29	22	7	7
DR		1	1	-
DF	8	7	4	6
Total	436	336	231	229

Las razones de este incremento hay que verlo en:

-La incorporación al texto de la LGSS la regulación del Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, en el título IV recogiendo en el mismo numerosas disposiciones adicionales y complementarias con rango legal relativas a autónomos, circunstancia que venía generando una gran dispersión normativa. Además se dedica un nuevo título el V a la regulación de la prestación por cese de actividad. A lo anterior también se ha sumado la incorporación al texto refundido de la regulación de los sistemas especiales de los trabajadores agrícolas por cuenta ajena y de los empleados de hogar.

-Por otro lado en el articulado de la LGSS se han integrado numerosas disposiciones adicionales del texto de 1994.

-También se ha añadido al articulado de otros aspectos no recogidos en el texto refundido de 1994, como por ejemplo al título I (disposiciones de general aplicación en el sistema) se le ha incorporado un capítulo específico el VIII dedicado a la regulación de los "*Procedimientos, notificaciones en materia de Seguridad Social".*

-Además el texto refundido integra en un título específico para regular de todas las prestaciones no contributivas las familiares (económicas), las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación; y unas disposiciones comunes a todas ellas

De un breve examen de cada uno de los títulos del nuevo texto refundido pueden apreciarse entre otras novedades, las siguientes:

[5] A fecha 31-12-2015. No se toman en cuenta preceptos numerados bis, ter, etcétera.
[6] A fecha 30-8-1994.
[7] A fecha 1-1-1967.

A) Título I. Normas Generales del Sistema

-Se introduce una nueva sección en el capítulo II relativa a las disposiciones aplicables a determinados colectivos[8]: familiares, trabajadores con discapacidad; y socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas.

-Se prevé expresamente la posibilidad de la inclusión de los deportistas de alto nivel en el sistema de la Seguridad Social como medida para su plena integración social y profesional[9].

-Respectos a los actos instrumentales de inscripción de empresas y encuadramiento de los trabajadores[10], nos encontramos con una importante novedad en el art. 16.5 relativo a las obligaciones del empresario en las contratas o subcontratas. El precepto reza así:

> *"Sin perjuicio de lo previsto en el art 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se prestaren de forma continuada en sus centros de trabajo deberán de comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad o subcontratada, la afiliación y alta en Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el período de ejecución de la contrata o subcontrata".*

Y el precepto que se supone que refunde, armoniza o aclara decía así[11]:

> "*Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos."*

La novedad está en lo subrayado, ya que no se ha transcrito literalmente los preceptos que se suponen que refunden, armonizan o aclaran.

-Enumeración expresa de las entidades gestoras[12]. No hay novedad significativa. Quizás lo único que llama la atención es –aparentemente– el olvido de la previsión de la desaparición de las mismas previsto en la Disposición Adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, con la futura creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.

[8] Sección 2. ª arts. 12 a 14.
[9] Art. 7.4. La previsión ya estaba recogida en la DA. 3ª de la LGSS/1994.
[10] Capítulo III, arts. 15 a 17.
[11] Art. 5 RD-ley 5/2011, de 29 abril.
[12] Art. 66 y sigs. Anteriores arts. 57 y sigs. LGSS/1994

-Procedimientos y notificaciones en materia de Seguridad Social[13]. Es un capítulo que en anteriores textos refundidos o articulados no existía y constituye una auténtica novedad. Lo que se ha hecho ha sido básicamente incorporar al texto articulado las DA. 25, 46 y 50 LGSS/1994 y el art. 30 de la Ley 50/1998, de 30 de noviembre.

Quizás lo que más pueda llamar la atención es el art. 132 *"Notificaciones de actos administrativos por medios electrónicos"* - concretamente su número 1, en relación con aquellos que no están obligados a ser notificados por medios electrónicos, su encaje o no a lo previsto en el art. 59.1 de la Ley 30/1992, 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo referente a la práctica de la misma.

Art. 132.1 LGSS Notificaciones de actos administrativos por medios electrónicos	Art. 59.1 Ley 30/1992 Práctica de las notificaciones
Las notificaciones por medios electrónicos de actos administrativos en el ámbito de la Seguridad Social se efectuarán en la sede electrónica de la Seguridad Social, respecto a los sujetos obligados que se determinen por el titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social así como respecto a quienes, sin estar obligados, hubiesen optado por dicha clase de notificación. Los sujetos no obligados a ser notificados por medios electrónicos en la sede electrónica de la Seguridad Social que no hubiesen optado por dicha forma de notificación serán notificados en el domicilio que expresamente hubiesen indicado para cada procedimiento y, en su defecto, en el que figure en los registros de la Administración de la Seguridad Social.	Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente. 2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

B) Título II. Régimen General

En lo referente a la extensión del campo de aplicación del Régimen General (RG), pueden señalarse como novedades las siguientes[14]:

[13] Arts. 129 y sigs.

[14] Art. 136. Antiguo art. 97 LGSS/1994. Incorpora las previsiones de la DA. 29 LGSS/1994, art. 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo; art. 20 RD-ley 13/2010, de 3 diciembre; DA. 47 Ley 27/2011, de 1 de agosto; y Ley 28/2011, de 22 diciembre.

-El apartado 2.a) incluye en el campo de aplicación del RG los trabajadores incluidos en el sistema especial para empleados de hogar y en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios.

-El apartado 2.b) se refiere a "sociedades de capital" en lugar de "sociedades mercantiles capitalistas", adaptándose a la terminología a la Ley de Sociedades de Capital[15].

-En los apartados 2.d) y 2.e) se incluyen como trabajadores por cuenta ajena y como asimilados, respectivamente, a los socios trabajadores de las sociedades laborales.

-En el apartado 2.g) se integra el apartado 1 de la disposición adicional 29ª de la LGSS: trabajadores dedicados a las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano.

-En los apartados 2.k) y 2.l se incluye al personal al servicio de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, incluido, en su caso, el periodo de prácticas (salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado o en otro régimen en virtud de una ley especial).

-El apartado 2.m) se incluye al personal a que se refiere la DA 3ª LGSS, es decir a los funcionarios y otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011.

-En el nuevo apartado 2.q se mantiene la habilitación legal para la inclusión en el régimen general de cualesquiera otras personas que, por razón de su actividad, sean objeto de asimilación a trabajadores por cuenta ajena mediante real decreto, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Junto a estas inclusiones específicas también se recogen en el art. 137 LGSS las exclusiones del campo de aplicación del R. General, incorporando como novedad las relativas a:

-Los profesores universitarios eméritos de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional 22ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades)

-El personal licenciado sanitario emérito nombrado al amparo de la disposición adicional 4ª de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (se integra en parte, la DA 43ª LGSS/94)

El capítulo IV, en su art. 166 recoge las situaciones asimiladas al alta de la que se ha eliminado la referencia a la suspensión del contrato de trabajo por Servicio Militar o

[15] RD-legislativo 1/2010, 2 de julio. Conforme a su art. 1 son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

Prestación Social Sustitutoria. Ahora bien, no debería olvidarse que en realidad estas prestaciones obligatorias no han desaparecido, sino que están en suspenso su obligación desde diciembre de 2001[16]. El art. 167 que recoge el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones, sustituye la referencia al SMI por la del IPREM, tal y como ya se estableció en el art. 2.3 del RD-ley 3/2004, de 25 de junio.

El concreto ámbito de las prestaciones podría destacarse algunas novedades o aspectos llamativos, por ejemplo:

-En relación con la incapacidad temporal (IT) el art. 169 relativo al concepto de la misma, viene a incorporar el contenido del art. 128 de la LGSS/1994 –salvo los párrafos 2 a 5 del apartado 1.a) que se integran en el art. 170 relativos a la competencia sobre procesos de IT– y también el concepto de recaída del art. 131 bis 1, 2º párrafo LGSS/1994[17]. Curioso es que no se ha aprovechado para armonizar la duración de la IT para los denominados períodos de observación en los que se prescriba la baja en el trabajo de los mismos, manteniéndose su duración en meses en lugar de días tal y como se fija para el resto de procesos de IT. La DF. 5ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, modificó la forma de cómputo de los procesos de IT fijándolos en días en lugar de meses, si bien extrañamente mantuvo la duración en meses para esta situación.

-En la protección a la maternidad arts. 177 y ss. se han tenido en cuenta las modificaciones incorporadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[18].

-El art. 194 de la LGSS relativo a los grados de incapacidad permanente hay que ponerlo en relación con la disposición transitoria vigésimo sexta que permite la vigencia temporal de la redacción anterior[19], si bien –y este es el dato relevante– adviértase que es *sine die*.

-Los arts. 204 y ss. regulan la jubilación en su modalidad contributiva y se integran las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 23/2013 y RD-ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el

[16] Ley Orgánica 13/1991, 2O diciembre.

[17] También se incorporan las previsiones de la DA. 52 LGSS y DA. 19 de la Ley 40/2007, de 4 diciembre.

[18] Las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 julio han afectado: a) La Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor; b) Al Código Civil; c) A la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; d) A la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; e) A la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; f) A la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; g) Al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; h) A la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; i) A la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; j) A la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa; k) A la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; L) A la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; l) A la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal; m) A la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social; y N) Al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

[19] Es decir de la existente antes de la reforma introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio en el texto refundido de 1994.

envejecimiento activo[20]. Se sustituye la referencia a "sesenta y cinco o más años" por la de "sesenta y siete o más años" en aquellos preceptos en los que era necesario[21].

-El art. 223 de la LGSS que lleva como rúbrica la de *"Compatibilidad y extinción de las prestaciones de viudedad"* extiende las mismas a la prestación temporal de viudedad, cosa que en el anterior texto refundido no estaba previsto[22], suponiendo realmente un exceso que no parece que esté amparado en armonización o aclaración alguna.

-Los. 235 a 237 de la LGSS ordenan las diversas ficciones de tener por cotizados determinados períodos de tiempo: por parto, por cuidado de hijos o menores y la prestación familiar contributiva[23].

-Los arts. 245 y ss. "Disposiciones aplicables a determinados trabajadores del Régimen General" son novedosos, al incluir en el texto articulado de la LGSS previsiones específicas normativas relativas a los trabajadores contratados a tiempo parcial, para formación y aprendizaje, empleados de hogar y trabajadores agrarios por cuenta ajena[24].

-Además –recogido a lo largo de todo el articulado del texto refundido– se han tenido en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, realizando las correspondientes adaptaciones terminológicas y suprimiendo las referencias al acogimiento preadoptivo y al acogimiento permanente o simple.

C) Título III dedicado a la "Protección por desempleo"

Presenta como novedades las siguientes[25]:

-Al definir el objeto de la protección se incluye la referencia expresa a la suspensión del contrato y no sólo la pérdida de empleo y a la reducción de jornada[26].

-Se sustituye la referencia al "subsidio para mayores de 52 años" por la de "subsidio para mayores de 55 años".

-Se elimina la referencia al "subsidio para mayores de 45 años" al haber sido suprimido por el Real Decreto-Ley 20/2012, 13 julio[27].

[20] También recoge las previsiones de las DA. 12, 43,45 y 64 de la LGSS/1994.
[21] A tenor de la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2011, 1 agosto.
[22] Ni tampoco en la Ley 40/2007, de 4 diciembre, que la introdujo como art. 174 bis., en la LGSS/1994.
[23] Se vienen a recoger las previsiones aunque en el algún caso de forma parcial de las DA. 44 y 60 LGSS/1994.
[24] Se vienen a recoger las previsiones –de forma parcial en algunos casos– recogidas en las DA. 6, 7 y 29 LGSS/1994; y DA. Ley 35/2010, de 17 septiembre; DA. 17 y 39 Ley 27/2011, de 1 de agosto; y Ley 28/2011, de 22 septiembre.
[25] Ha incorporado las previsiones recogidas en: DA 3, 7, 15, 28, 33, 42, 49, 63 y DF. 5ª LGSS/1994; Ley 45/2002, de 12 diciembre; Ley 8/2006, de 24 abril; Ley 37/2006, de 7 diciembre; y Ley 28/2011, 22 septiembre,
[26] Art. 262.1 LGSS.
[27] Art. 276 y concordantes LGSS.

-Se incluye un nuevo capítulo V relativo a disposiciones especiales aplicables a determinados colectivos: trabajadores incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios[28], trabajadores contratados para la formación y aprendizaje[29], trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar[30] y militares profesionales de tropa y marinería[31].

Pero desde el punto de vista técnico y de política del Derecho, cabe señalar críticamente, que tendría que haberse hecho referencia expresa a la Renta Activa de Inserción en los artículos 263 y 265 del TRLGSS, como un "estabilizado" y "normalizado" ámbito asistencial específico de la protección por desempleo (Más allá de su mención explícita en la Disposición Final Octava, segundo párrafo, del TRLGSS, habilitando al Gobierno para regular dentro de la acción protectora por desempleo una ayuda específica denominada Renta Activa de Inserción).

D) Títulos IV y V que regulan el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Propia o Autónomos y el de la prestación de cese de actividad

Es una de las grandes novedades al incorporar a la Ley General de la Seguridad Social las previsiones relativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)[32]. Si bien no debe olvidarse que el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del RETA, continúa vigente en lo que no se oponga a las previsiones de la LGSS. Un aspecto que llama la atención es que debería entenderse por trabajador autónomo la LGSS no lo dice, se limita a indicar a quién se dirige o en sus palabras extensión del campo de aplicación. Parece que asume o considera trabajador autónomo aquel que aparece recogido en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 julio, que aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo, que recordemos no coincide exactamente con el previsto en el art. 2.1 del D. 2530/1970.

[28] Arts. 286 a 289 LGSS.
[29] Art. 290 LGSS.
[30] Art. 291 LGSS.
[31] Art. 292 LGSS
[32] Arts. 305 a 326 LGSS. Se recogen también las previsiones recogidas para los trabajadores por cuenta propia o autónomos en:
-DA 3, 8, 9, 10, 11 bis, 27, 27 bis, 32, 34, 37 LGSS/1994.
-Ley 4/1997, de 24 marzo (art. 21).
-Ley 66/1997, de 30 diciembre (DA 15).
-Ley 24/2001, de 27 de diciembre (art. 41).
-Ley 18/2007, de 4 julio.
-Ley 20/2007, de 11 julio.
-Ley 27/2009, de 30 diciembre (DA 15).
-Ley 32/2010, de 5 agosto.
-RD-ley 5/2013, de 15 de marzo.
-Ley 27/2011, de 1 agosto (DA 33).
-Ley 14/2013, de 27 septiembre (art. 28).
-Ley 36/2014, de 26 de diciembre (DA. 90).

LGSS 2015 **Art. 305. Extensión**	**Decreto 2530/1970** **Art. 2.1 Concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo**
Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo.	A los efectos de este Régimen Especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquel que realiza de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas

Un detalle del nuevo marco jurídico es el relativo a las normas aplicables a la protección a la familia que se remite a lo previsto en el capítulo XV del título II, sin mayor precisión. Surgiendo la duda acerca de la viabilidad de cómo reconocer la prestación no económica a un trabajador autónomo[33].

Se incorpora la protección por cese de actividad (Título V), cuya regulación quedaba fuera del anterior texto refundido en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, que queda derogada salvo las disposiciones adicionales décima y undécima.

Lo que extraña es, que si se ha decidido incorporar a un solo texto legal a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, no se haya aprovechado la oportunidad para hacer lo mismo con otros colectivo con regímenes especiales, como los trabajadores del mar y minería del carbón.

E) Título VI "Prestaciones no contributivas"

La novedad está en agrupar en un mismo título todas las prestaciones no contributivas, es decir las prestaciones familiares y las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación. La razón no es otra que las mismas están desvinculadas de la pertenencia a cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, por lo que carecía de sentido que se incluyeran entre las prestaciones del Régimen General como figuraban en el texto refundido de la LGSS/1994.

F) Otras disposiciones

El nuevo texto refundido termina con un total de 26 Disposiciones Adicionales, 29 Disposiciones Transitorias y 8 Disposiciones Finales.

[33] Art. 237 LGSS. Recuérdese que se trata de la ficción legal de tener por cotizados determinados períodos de tiempo que el trabajador disfrute para cuidado de hijo o menor, o para el cuidado de otros familiares (art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores).

Las Disposiciones Adicionales proceden en su mayoría del texto refundido de de la LGSS de 1994 y así han sido recogidas en el texto refundido actual, si bien con otra numeración. El resto tiene una procedencia dispar que se puede ver en el siguiente cuadro:

DISPOSICIÓN ADICIONAL	**PROCEDENCIA**
Tercera. Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso	Art. 20 RD-ley 13/2010, de 3 diciembre
Sexta. Estancias de formación, prácticas, colaboración o especialización	DA. 41. Ap. 1 y 2 Ley 27/2011, de 1 agosto
Novena. Instituto Social de la Marina	DA. 19 LGSS/1994 y art. 69 Ley 13/1996, 30 Diciembre
Decimocuarta. Régimen jurídico de los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia.	DA. 18 RD-ley 20/2012, de 13 julio
Decimoquinta. Comisión de seguimiento del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.	DA. 2ª ap. 2º Ley 28/2011, de 22 septiembre
Decimosexta. Cónyuge del titular de la explotación agraria.	DA. 2ª Ley 18/2007, 4 julio
Decimoséptima. Adecuación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.	DA 9ª Ley 27/2011, de 1 de agosto
Decimoctava. Encuadramiento de los profesionales colegiados	DA. 15ª Ley 30/1995, de 8 noviembre
Decimonovena. Ámbito de protección de las mutualidades de previsión social alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.	DA. 46ª Ley Ley 27/2011, 1 agosto
Vigésima primera. Cómputo de períodos cotizados a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra	DA. 14ª Ley 40/2007, de 4 diciembre
Vigésima segunda. Informe sobre la adecuación y suficiencia de las pensiones del sistema de la Seguridad Social.	DA. 3ª Ley 23/2013, de 23 diciembre
Vigésima cuarta. Aplicación de los beneficios en la cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.	DA. 2ª RD-ley 29/2012, de 28 diciembre
Vigésima quinta. Asimilaación delas personas que judicialmente son incapaces	DA 9 Ley 40/2007, de 4 diciembre.
Vigésima sexta. Cónyuges de titulares de establecimientos familiares	DA. 52 Ley 27/2011, de 1 agosto.

En cuanto a las Disposiciones Transitorias podríamos decir lo mismo en su mayoría proceden del texto refundido de la LGSS/1994 (algunas como Disposiciones Adicionales), salvo las que a continuación se reseñan en el siguiente cuadro:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA	**PROCEDENCIA**
Cuarta. Aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a la pensión de jubilación	DT. 3ª LGSS/1994 y DF. 12.ap.22 Ley 27/2011, de 1 agosto
Quinta. Jubilación anticipada en determinados casos especiales	Ley 47/1998, de 23 diciembre.
Undécima. Aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación	DT. 2ªLey 40/2007, de 4 diciembre
Decimoquinta. Valor del parámetro α de la expresión matemática para la determinación del índice de revalorización de las pensiones contributivas	DA. 2ª Ley 23/2013, de 23 diciembre
Decimosexta. Bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar	DA. 39 Ley 27/2011, 1 agosto.
Decimoctava. Aplicación paulatina de las bases y tipos de cotización y de reducciones en el Sistema Especial de para Trabajadore Cuenta Ajena Agrarios	Art. 4.4.a) y DA 2ª y 6ª Ley 28/2011, de 22 septiembre.
Vigésima octava. Acreditación de determinadas situaciones legales de desempleo	DT. 2ª Ley 45/2002, de 12 diciembre

Y finalmente, el nuevo texto refundido incorpora 8 disposiciones finales que se corresponden con las del texto refundido de la LGSS/1994, salvo: la DF.4ª relativa a los trabajadores que permanezca en activo que se correspondería con la DA. 26ª de la LGSS/1994; la DF 5ª que procedería de las DA. 4ª y 5ª y DF. 5ª de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre; y la DF. 7ª que tendría su correspondencia con la DA. 52 p.2º de la LGSS/1994.

Laborum

Estudios Doctrinales

La responsabilidad prestacional de la empresa por incumplimientos referidos al contrato de relevo[1]

The responsability of enterprises respect to social security benefits because of breachs of the relief contract

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

La jubilación parcial es una figura compleja cuyos objetivos guardan relación tanto con las políticas de empleo como con los sistemas de protección social. En este sentido, el binomio contrato de relevo-jubilación parcial genera abundantes dudas acerca de la forma en que ambas categorías interacúan y sobre las consecuencias que el devenir de una de ellas ejerce sobre la otra. El presente trabajo se propone identificar los supuestos en los que surge responsabilidad para la empresa en cuanto al pago de la jubilación parcial por incumplimiento de sus obligaciones relativas al mantenimiento del empleo del relevista, concluyendo que el rigor jurprudencial en la constatación de situaciones de responsabildiad y el progresivo encarecimiento de la cotización por el jubilado parcial son factores que no contribuyen a potenciar el interés de las empresas por este instituto.

Palabras clave

jubilación parcial, contrato de relevo, políticas de empleo, responsabilidad, pensiones.

Abstract

Partial retirement is a complex figure whose objectives relate to both employment policies and social protection systems. In this sense, the binomial relief contract-partial retirement generates numerous questions respect to the consequences that one of them has on the other one. This essay analyzes the cases in which there is responsability of the enterprise of paying the partial retirement when the enterprise breach its obligations concerning to the replacement worker. The high requirement level does not contribute to increase the interest os companies to this institute.

Keywords

partial retiremet, relief contract, employment policies, responsability, pensions.

1. CARACTERIZACIÓN Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE RELEVO

Como se sabe, la jubilación parcial se encuentra regulada básicamente en el artículo 215 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 29 de octubre, y en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, siendo una de las instituciones de Seguridad Social que más vaivenes normativos ha experimentado en los últimos tiempos, como excepción a la regla general de incompatibilidad entre percibo de una pensión de jubilación y realización de un trabajo que persigue allanar el paso del trabajo al

[1] Estudio realizado en el marco del Proyecto DER 2013-43121-P "El futuro del Sistema Español de Protección Social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (IV)", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

retiro completo de una forma gradual y progresiva, combinada con el objetivo de reparto del empleo y de preservación de la sostenibilidad del sistema de pensiones al demorar el acceso a la pensión completa. Con todo, las posibilidades de adelantamiento de la jubilación, siquiera parcial, a través de esta modalidad de jubilación se han visto notablemente reducidas por impacto de las políticas de ajuste que imperan desde el comienzo de la crisis económica iniciada a finales de 2007 y que, en esta concreta materia, alcanzará su máxima expresión con la reforma llevada a cabo por el RDL 5/2013, de 15 de marzo, eufemísticamente denominado "de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento", que continúa el camino de endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación parcial anticipada que inició la Ley 40/2007. En el fondo, lo que subyace en esta orientación de política legislativa no es otra cosa que la sospecha de utilización indebida del instituto de la jubilación parcial y su elevado coste para el sistema de pensiones.

Aunque técnicamente la jubilación parcial no puede considerarse una jubilación anticipada[2], un trabajador pueda jubilarse parcialmente antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación, siempre que reduzca su jornada de trabajo entre un 25 y un 50 por ciento y, de forma simultánea, la empresa celebre un adicional contrato de relevo con un desempleado o trabajador vinculado a la misma mediante un contrato de duración determinada [art. 12.6. ET]. La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el 75 por ciento cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el artículo 215 LGSS. Por su parte, el artículo 13 del R.D. 1131/2002 supedita también el reconocimiento del derecho a la jubilación parcial a la formalización por el peticionario del correspondiente contrato de trabajo a tiempo parcial a la suscripción por la empresa del correspondiente contrato de relevo.

Por el contrario, si el jubilado parcial ha cumplido la edad a que se refiere el artículo 215.1.a) LGSS y reúne los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, acordando con su empresario una reducción de jornada comprendida entre un mínimo del 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento, no será obligatorio que la empresa celebre un adicional contrato de relevo para que aquél pueda optar a la jubilación parcial pensionada.

La referencia a la edad ordinaria de jubilación debe entenderse conforme a la aplicación progresiva de dicha edad contenida en la disposición transitoria séptima de la LGSS.

Ahora bien, el derecho a la jubilación parcial ¿es un derecho perfecto o pleno, que el trabajador puede imponer a su empresario si cumple el resto de requisitos que establece la LGSS? O dicho de otro modo: cuando un trabajador pretende ejercitar su derecho a jubilarse de forma parcial, ¿está obligada la empresa a aceptar la conversión de su contrato de trabajo en otro a tiempo parcial y, en su caso, a la contratación simultánea de un trabajador relevista? ¿el empleador está obligado a realizar tal novación y nueva contratación?.

La jurisprudencia ha terciado en este tema afirmando que el empleador no está obligado por la normativa general (LGSS, ET), ni por la específica del personal laboral al servicio de la

[2] SSTS/Soc. de 20 diciembre 2010 (RJ 2011, 397); 19 enero 2011 (RJ 2011, 2102); 11 abril 2011 (RJ 2011, 3813); 12 diciembre 2011 (RJ 2012, 1770).

Administración Pública, a convertir un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, ni a contratar simultáneamente a un relevista, para facilitar que el trabajador pueda jubilarse parcialmente de forma anticipada; cosa distinta es que, a través de la negociación colectiva , y con el fin de fomentar la celebración de contratos de relevo, pueda incluirse la obligación empresarial de facilitar, a través de las novaciones y contrataciones oportunas, la jubilación anticipada parcial que se solicite. En el caso de que se pretenda acceder a la jubilación parcial ya cumplida la edad ordinaria de jubilación, y no siendo necesaria en este supuesto la simultánea concertación de un contrato de relevo, quien pretenda jubilarse parcialmente debe tenerlo más fácil porque, si bien no puede imponerse a la empresa el cambio de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial a efectos de acceso a la jubilación parcial, la empresa deberá acceder a ello en la medida de lo posible y motivar su posible denegación, como cabe deducir del artículo 12.4.e) ET, relativo a las solicitudes de conversión de contratos de trabajo a tiempo completo en a tiempo parcial o viceversa[3].

Aunque la jubilación parcial es típica del trabajo por cuenta ajena, en los últimos años se ha considerado la posibilidad de extenderla al trabajo por cuenta propia. A este respecto, la disposición adicional 34ª de la Ley 27/2011 –sin vigencia a partir del 2-1-2016– encargó al Gobierno la presentación, en el plazo de un año, de un estudio relativo a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de autónomos que "cesen en su negocio o lo traspasen a otra persona a la que deben formar", sin que hasta la fecha dicha previsión se haya llevado a la práctica.

También se ha cuestionado si el personal estatutario de los servicios públicos de salud tiene acceso a la jubilación parcial anticipada, con respuesta negativa por parte de la jurisprudencia, alegando que no se ha producido hasta el momento el desarrollo propio y específico (también reglamentario) que acomode la jubilación parcial y la obligación de suscribir un contrato de relevo a las peculiaridades de la prestación de servicios que lleva a cabo el personal estatutario[4].

No puede acceder a la situación de jubilado parcial el trabajador fijo discontinuo cuya actividad se repite en fechas ciertas, por no cumplir el requisito de prestar servicios a tiempo completo en el momento de solicitar el pase a la jubilación parcial al tratarse de una modalidad del contrato a tiempo parcial según prevé el artículo 12.3 ET[5].

El contrato de relevo se regula principalmente en el artículo 12.7 ET, si bien los grupos normativos laboral y de seguridad social están estrechamente interconectados y regulan en realidad una misma institución (el tándem jubilación parcial/contrato de relevo)[6].

[3] SSTS/Soc. de 22 junio 2010 (RJ 2010, 2639); 6 y 7 julio 2010 (RJ 2010, 8813, 3614); 21 septiembre 2010 (RJ 2010, 7565) y 5 octubre 2010 (RJ 2010, 7800).

[4] SSTS/Soc. de 22 julio, 3 noviembre y 9 diciembre 2009 (RJ 2009, 5532, 7731, 2106), 26 enero, 12 mayo y 6 julio 2010 (RJ 2010, 3127, 5248 y 6781).

[5] STS de 12 abril 2011 (RJ 2011, 3829).

[6] Las instituciones de la jubilación parcial y el contrato de relevo han sido profusamente estudiadas por la doctrina. Como análisis de conjunto pueden destacarse los siguientes: LÓPEZ GANDÍA, J., *Jubilación parcial*, Albacete, Bomarzo, 2004; del mismo autor, La *nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007*, Albacete, Bomarzo, 2008; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Supuestos especiales de jubilación (anticipada, parcial, flexible y postergada), en VV.AA., *Pensiones por Jubilación o Vejez*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004; López Balaguer, M., *La jubilación parcial en el contrato de trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 2008; PAREDES *(...)*

La tortuosa regulación de la jubilación parcial, en la que se entrecruzan normas de derecho laboral, reguladoras del contrato a tiempo parcial, y de protección social, reguladoras de la jubilación parcial, ha desembocado, en lo que al contrato de relevo se refiere y sus requisitos o condiciones, en la regulación que aparece actualmente contemplada en el apartado 7 del artículo 12 ET, a cuyo tenor el contrato de relevo se puede concertar con un trabajador en situación de desempleo pero también, tras la Ley 12/2001, con un trabajador que tuviese concertado previamente con la empresa un contrato de duración determinada [art. 12.7.a) ET]; posibilidad que también contempla el artículo 10 b) del R.D. 1131/2002, al disponer que: "Para poder reconocer la pensión de jubilación parcial... la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada". Por tanto, es posible concertar un contrato de relevo con un trabajador que tiene concertado con la empresa un contrato de duración determinada –bajo cualquier modalidad–, no siendo obstáculo para ello que, además, esté pluriempleado por cuenta propia y de alta en el RETA[7].

El contrato de relevo puede ser indefinido o de duración como mínimo igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para la alcanzar la edad ordinaria de jubilación [art. 215.2.f) LGSS]. Si el trabajador sustituido cumple esa edad y sigue trabajando parcialmente en la empresa, el contrato de relevo concertado por tiempo determinado puede, por acuerdo de las partes, ser objeto de prórroga por "períodos anuales", extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado [art. 12.7.b) ET]; pero no existe obligación legal de mantener la vinculación con el relevista una vez que el jubilado parcial, pese a haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, sigue trabajando en la empresa. Una vez que el relevado acceda a la jubilación total, el contrato de relevo concertado por tiempo determinado debe extinguirse, a más tardar, el último día del año en que dicha jubilación se produzca, convirtiéndose en caso contrario en indefinido.

Si la reducción de jornada del trabajador sustituido alcanza el 75 por ciento, el contrato de relevo (indefinido y a jornada completa) debe alcanzar al menos una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria que corresponda según la legislación de seguridad social; en el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante [art. 12.7.b) ET].

RODRÍGUEZ, J.M., *La jubilación parcial en el Sistema Español de Seguridad Social*, Madrid, CES, 2008; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid, Lex Nova, 2010; también, *Jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Valladolid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013; FERRANDO GARCÍA, Fª. M., "La jubilación parcial", en VV.AA. (López Aniorte, Mª.C. y García Romero, B., coords.), *La pensión de jubilación*, Valencia, tirant lo Blanch, 2013, pp. 191-225; y "La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición", en VV.AA. (López Aniorte, Mª.C. y García Romero, B., coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Valencia, tirant lo Blanch, 2014, pp. 235-276.

[7] STS/Soc. de 30 mayo 2011 (RJ 2011, 5107) y 21 septiembre 2011 (RJ 2011, 7610), argumentando que la regulación de la jubilación parcial y contrato de relevo no exige que, en el supuesto de que el trabajador tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada, éste sea el único contrato que tenga dicho trabajador, ni existe previsión alguna que impida celebrar un contrato de relevo si el trabajador tuviera otro contrato a tiempo parcial con otra empresa, o desarrollara una actividad como trabajador autónomo o cualquier otra forma de prestación de sus servicios.

Si el jubilado parcial lo ha sido después de haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, el contrato de relevo que la empresa podrá celebrar para cubrir la jornada que aquél deja vacante podrá tener duración indefinida o anual; en este último caso, el contrato se prorrogará anualmente, extinguiéndose al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación parcial del trabajador relevado [art. 12.7.b), *in fine*, ET].

El binomio contrato de relevo-jubilación parcial genera abundantes dudas acerca de la forma en que ambas categorías interacúan y sobre las consecuencias que el devenir de una de ellas ejerce sobre la otra. Una de tales dudas es si el fallecimiento del trabajador relevado o sustituido tiene incidencia en el contrato de relevo suscrito por el trabajador a tiempo parcial ajustado para el desempeño conjunto o compartido del mismo puesto de trabajo. La Sala Cuarta del TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión dictaminando, con valor de doctrina unificada, que la muerte del trabajador relevado es causa de la extinción de su contrato de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1.e) ET, con todas las consecuencias legales que de ello se derivan, pero tal acontecimiento no tiene incidencia en el contrato de trabajo del relevista, el cual, se haya suscrito por tiempo indefinido o por una duración determinada, se mantiene vivo y vigente en sus propios términos[8]. Ello es así porque la conexión entre los contratos del relevado [que pasa a ser a tiempo parcial] y el contrato de relevo es solamente externa [de coordinación, que no de subordinación] y no determina una estricta dependencia funcional entre el contrato de relevo y la situación jubilación-empleo parcial; prueba de ello es que el art. 12.7.b) ET desvincula la duración del contrato del relevista de la del relevado [aquél puede ser indefinido o, como mínimo, hasta que el relevado cumpla la edad de jubilación].

El contrato de relevo puede celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. Si el relevista ya estuviera trabajando en la empresa a tiempo parcial y el contrato de relevo se celebrara a jornada completa, habrá que tener en cuenta las previsiones del artículo 12.4.e) ET, que prevé la voluntariedad de dicha transformación y la obligación empresarial de informar a los trabajadores a tiempo parcial que pudieran estar interesados en ampliar su jornada suscribiendo el contrato de relevo, con preferencia a la contratación de un desempleado. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él [art. 12.7.c) ET].

A propósito del régimen de jornada del trabajador sustituido, jurisprudencialmente se ha establecido que no cabe entender concertado en fraude de ley el contrato de relevo formalizado para sustituir a un trabajador que accede a la jubilación parcial y acuerda con la empresa concentrar su jornada de trabajo en un período determinado de meses, al inicio de la jubilación parcial, de modo que cuando el contrato de relevo se extingue por cumplir el trabajador relevado la edad ordinaria de jubilación éste ya había dejado de prestar servicios a la empresa. Además de que la ausencia de específico tratamiento normativo sobre la posibilidad de concentrar la jornada no implica ilegalidad alguna, pues la libertad de pacto que impera en nuestra legislación lo ampara (art. 1255 CC), no cabe apreciar fraude de ley en esta práctica, por anómala que resulte, dado que se han visto cumplidamente satisfechas las

[8] STS/Soc. de 25 febrero 2010 (RJ 2010, 1477).

finalidades relativas al mercado de empleo y de atención a las necesidades financieras del sistema que se exigen a la institución, al mantenerse la vigencia del contrato de relevo y no haberse interrumpido las cotizaciones correspondientes a los servicios prestados tanto por el relevista como por el trabajador relevado, quien permaneció en alta y cotizando hasta la jubilación total, siquiera en este último caso el trabajo se hubiera concentrado en un solo periodo y la cuota resultase prorrateada durante todo el periodo que ha mediado entre la jubilación parcial y la total[9].

El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser (o no) el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial [art. 12.7.d) ET, art. 215.2.f) LGSS]. Con esta previsión se persigue que no resulten mermados los ingresos por cotizaciones al sistema de Seguridad Social mediante el recurso a esta modalidad de jubilación. Con la misma finalidad economicista, el artículo 215.2.g) LGSS establece que durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador relevado cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando a jornada completa, medida de implantación progresiva (disposición transitoria décima LGSS) que está llamada a convertirse en el principal desincentivo a la utilización del binomio contrato de relevo-jubilación parcial.

En el contrato de relevo, que debe realizarse por escrito y en modelo oficial, bajo presunción en caso contrario –omisión de la forma escrita– de ser indefinido y a jornada completa (art. 8.2 ET), se harán constar el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido y las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el trabajador relevista (DA 1ª. 1, párrafo segundo, RD 1131/2002)[10].

En caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en el artículo 215 LGSS en materia de contrato de relevo, en relación con lo establecido en el artículo 12.7 ET, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial [art. 215.2.f), *in fine*, LGSS].

2. MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y OBLIGACIONES DE LA EMPRESA ANTE VICISITUDES AFECTANTES AL CONTRATO DE RELEVO Y/O AL CONTRATO DEL JUBILADO PARCIAL

Con el tándem contrato de relevo/jubilación parcial, el legislador ha pretendido, desde la perspectiva del contrato de relevo, dos objetivos: el primero, coherente con la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo [de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo

[9] STS/Soc. de 19 enero 2015 (RJ 2015, 449).

[10] En un supuesto de contrato de relevo que se acordó verbalmente, la STSJ Andalucía (Granada) de 28 enero 2009 (AS 2009, 939), entendió que, al no constar requisitos básicos como la jornada, duración, etc., la empresa era responsable del abono de la prestación de jubilación parcial devengada por el trabajador, por haber incumplido su obligación con respecto a la contratación de un nuevo relevista en un plazo de quince días naturales siguientes al cese del anterior relevista, al no considerar la forma verbal.

con, al menos, la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste]; y el segundo, que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados [de ahí que primeramente se hubiera requerido inicialmente trabajos iguales o similares, y posteriormente –tras las Leyes 40/2007 y 27/2011– la correspondencia de cotización][11]. A lo que cabe añadir –ahora desde la óptica del jubilado– que la finalidad de la compleja institución es también facilitar el acceso paulatino a la jubilación por parte de los trabajadores, sin exigirles el cese total y definitivo en el empleo que vienen desempeñando; y, para las empresas, proveerlas de un mecanismo que les permita dotar de continuidad a sus plantillas y transmitir la experiencia y los conocimientos acumulados por el jubilado parcial a nuevos empleados.

La finalidad de la institución jubilación parcial-contrato de relevo es, por tanto, armonizar o combinar los intereses de los distintos sujetos implicados –empleador, relevado, relevista, entidad gestora– sobre la base de mantener incólume, en principio, el volumen de empleo existente en la empresa, de modo que no disminuya el flujo de ingresos por cuotas al sistema de Seguridad Social que, no se olvide, va a anticipar el pago de una pensión cuando la jubilación parcial tiene lugar antes del cumplimiento de la edad ordinaria; prestación que se compensará con las cotizaciones generadas por el trabajador relevista. Salvo supuestos excepcionales de inviabilidad material de cumplimiento de tal objetivo, la obligación empresarial de mantener el volumen de empleo se extiende hasta que el jubilado parcial alcance la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada total[12].

La política de reparto de empleo de empleo desde la jubilación parcial hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación tiene por objeto, no la creación de empleo estable, sino el asegurar unas cotizaciones por un nuevo trabajador, por motivos financieros, que compensen las que deja de ingresar el que se jubila parcialmente y el gasto que representa la pensión que se anticipada al jubilado parcial[13]. Se trata en este caso, lisa y llanamente, de completar el empleo que deja vacante el trabajador que se jubila parcialmente, pero no de forma indefinida, sino hasta tanto el sustituido no accede a la jubilación definitiva. De ahí que normativamente se haya articulado un conjunto de obligaciones para el

[11] En una primera versión del art. 166.2 LGSS 1994, se exigía que los trabajos de relevado y relevista fueran iguales o similares, lo que, implícitamente, suponía que tendrían parecidos salarios y, por ello, similares bases de cotización. Posteriormente, a raíz de la reforma introducida por la Ley 40/2007, se abrió una doble vía para alcanzar la finalidad de la no merma en la recaudación: junto a la vía indirecta del trabajo igual o similar, la vía directa de la correspondencia de cotización, si bien parcial -de al menos el 65 por 100- y condicionada a que los "requerimientos específicos" del puesto de trabajo del relevado permitiera obviar la exigencia de igualdad o similitud de los trabajos, los cuales quedaban a la espera de un desarrollo reglamentario que nunca llegó a producirse y que, de hecho, la jurisprudencia nunca ha exigido para sostener la validez del contrato del relevista con tal que existiese aquella correspondencia entre las bases de cotización [SSTS/Soc. de 23 noviembre 2011 (RJ 2012, 1470), 24 abril 2012 (RJ 2012, 5257) y 5 noviembre 2012 (RJ 2012,10727)]. Posterior y finalmente, la Ley 27/2011 prescindirá de la vía indirecta y, con un planteamiento abiertamente economicista –evitar que se vea mermado sustancialmente el flujo de cotizaciones a la caja de la Seguridad Social en este tipo de jubilaciones–, se quedará solamente con la directa, eliminando de la letra e) del artículo 166.2 LGSS 1994 toda referencia al trabajo igual o similar o bien a los "requerimientos específicos" que impidan esa igualdad o similitud –así como la referencia a un futuro reglamento sobre esa cuestión–, manteniendo exclusivamente la exigencia de la correspondencia de las bases de cotización al menos en el 65 por 100.

[12] STS/Soc. de 7 diciembre 2010 (RJ 2011, 1294).

[13] LÓPEZ GANDÍA, J., *La nueva regulación de la jubilación parcial*…, cit., pág. 73.

caso de que sobrevengan alteraciones en las condiciones originarias del contrato del relevista o del jubilado parcial, con la finalidad de mantener el nivel de empleo previo a la jubilación parcial, cuyo incumplimiento hace responsable al empresario por el importe de la pensión de jubilación parcial que se hubiera devengado.

Así, en el supuesto de que el jubilado parcial incremente la reducción de su jornada a tiempo parcial (con la consiguiente reducción en la base de cotización), la empresa debe ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo en igual proporción a la reducción de la del jubilado parcial. Si el relevista no acepta la ampliación de jornada, la empresa debe contratar, por la jornada reducida por el jubilado parcial, a otro trabajador relevista. Si no se cumplen estos requisitos, no podrá ampliarse la cuantía de la pensión del jubilado parcial (art. 12.2 RD 1131/2002).

Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada total, se produce el cese del trabajador relevista, el empresario debe sustituirlo por otro en situación de desempleo o que tenga en la empresa una relación por tiempo determinado (DA 2ª. 1 RD 1131/2002). Es decir, se exigen al sustituto del relevista las mismas condiciones que a éste cuando fue contratado (desempleo o vinculación a la empresa mediante un contrato temporal).

Si el trabajador jubilado parcialmente es despedido de forma improcedente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procede a su readmisión, la empresa debe ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, tendrá que contratar a otro trabajador desempleado o contratado por la empresa con contrato de duración determinada. Si la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación de la jornada a que se acaba de hacer referencia tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación, o, en su defecto, la jornada ordinaria máxima legal (DA 2ª.2 RD 1131/2002). El objetivo de la norma en los casos de despido improcedente del jubilado parcial es la no amortización del tiempo de trabajo del jubilado parcialmente –lo que está en coherencia con la finalidad de fomento y reparto del trabajo de la institución–; de ahí que se prevea, en primer lugar, que el empresario proponga al trabajador relevista la ampliación de su jornada y, si éste no acepta, la contratación de un segundo relevista[14]. Por otro lado, la jurisprudencia ha precisado que no surge la antecitada obligación sustitutoria cuando el relevista ha sido contratado a tiempo completo y el cesado ha sido el trabajador jubilado a tiempo parcial, pues una interpretación teleológica y

[14] De ahí que, como señala la STS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 7697), cuando el trabajador jubilado parcialmente es despedido improcedentemente y no se procede a su readmisión, la empresa no resulte obligada a contratar a un segundo relevista si el primer relevista ya estaba contratado a tiempo completo desde el origen; mantener lo contrario sería disuasorio para las empresas que pretendieran, mejorando el mínimo legal, contratar, desde el inicio, la jornada de un relevista a tiempo completo. Dicho de otro modo: si la empresa ya había concertado un contrato desde el inicio a jornada completa con el relevista, ninguna obligación puede imponerse a ésta de llegar a una jornada ya alcanzada; ni tampoco de contratar a otro relevista, por una diferencia de jornada que ya se había cubierto desde el inicio.

sistemática de la norma lleva a concluir la inexigibilidad de nueva contratación que habría de comportar una jornada superior al 100 por 100 y previa a la jubilación parcial[15].

Las nuevas contrataciones han de hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como de reemplazar al trabajador que había reducido inicialmente su jornada. En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido[16]. La jornada de trabajo en los nuevos contratos será, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido (DA 2ª. 3 RD 1131/2002).

Si se incumplen las obligaciones establecidas en los tres primeros apartados de la DA 2ª, el empresario ha de abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial, desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada (DA 2ª.4 RD 1131/2002).

3. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES EXIGIDAS AL CONTRATO DE RELEVO

3.1. Anomalías en la contratación del trabajador relevista o de su sustituto

El trabajador relevista ha de estar desempleado e inscrito como demandante de empleo en la oficina pública de colocación o, alternativamente, tener un contrato de duración determinada con la empresa en la que presta servicios el trabajador que solicita la jubilación parcial. Las mismas características ha de reunir el trabajador que vaya a sustituir al relevista, por cese de éste antes de que el sustituido haya cumplido la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

No es válido el contrato de relevo concertado con quien ya trabaja en la empresa mediante un contrato de duración indefinida, aunque el mismo sea a tiempo parcial. Si bien se ha producido una mayor flexibilización del contrato de relevo –no así de la jubilación parcial–, sin embargo no se contempla, por su finalidad de reparto de empleo, la posibilidad de celebrarlo con trabajadores a tiempo parcial de la propia empresa con contrato indefinido, incrementando su jornada y, por tanto, el volumen de empleo, por no estar previsto expresamente en el artículo 12.7 ni en el artículo 10.b) del RD 1131/2002, que hablan de "trabajadores que tengan concertado con la empresa un contrato de duración determinada". Teniendo en cuenta que, desde la reforma operada por la Ley 40/2007, el contrato de relevo no es ya necesariamente temporal sino que la empresa puede concertarlo por tiempo indefinido y a jornada completa, parecería razonable abrir la posibilidad de celebrar el contrato de relevo al trabajador fijo a tiempo parcial para que pudiera así convertir su

[15] STS/Soc. 6 octubre 2011 (RJ 2011, 7697).

[16] Con respecto a la naturaleza del plazo de sustitución, la STS 9 febrero 2010 (RJ 2010, 1435) señala que el mismo es de carácter imperativo y el empresario debe actuar diligentemente para cumplirlo, sin que tal exigencia de comportamiento diligente se entienda cumplida por el simple hecho de haber gestionado la contratación de los trabajadores sustitutos a través de la Oficina de Empleo, cuando la misma lleva a demoras que ostensiblemente superan el plazo –quince días– legalmente previsto.

contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo –o con jornada más amplia que la que venía realizando– y no limitarla al temporal[17].

En cuanto al sustituto del trabajador relevista, en alguna ocasión se ha intentado hacer pasar un contrato que originariamente no tenía la naturaleza de contrato de relevo como si lo fuera, con el fin de poder cumplir con la exigencia de que la sustitución del relevista se produzca mediante otro contrato del mismo tipo. A tal efecto, es necesario que el contrato se celebre por escrito y en el mismo conste, de forma expresa, que posee tal carácter desde el inicio de la sustitución y no intentando involucrar una contratación que en principio nada tiene que ver, coincidente o no en el tiempo, como si fuera de relevo[18].

3.2. Efectos de las irregularidades del contrato de relevo sobre la pensión del jubilado parcial

La legislación de Seguridad Social supedita el acceso a la condición de jubilado parcial, cuando éste no ha cumplido la edad ordinaria de jubilación, a la contratación por la empresa de otro trabajador –relevista– que lo sustituya; contratación que ha de cumplir determinadas condiciones, que esencialmente consisten en exigencias relativas a la situación del sustituto.

Es el contrato de relevo el origen de la mayor parte de los incumplimientos que se producen habitualmente en la jubilación parcial[19]. La mayor parte de dichos incumplimientos tiene que ver con la obligación de sustitución del trabajador relevista cuando éste cesa de forma provisional o definitiva en la empresa, siendo origen de abundante litigiosidad la determinación de qué debe entenderse por "cese" del trabajador relevista. Con todo, también otros incumplimientos o irregularidades afectantes, por ejemplo, al tipo de contrato que se concierta con el relevista o a la naturaleza de la relación que previamente mantenía con la empresa, pueden provocar la responsabilidad del empresario en cuanto al pago de la pensión de jubilación parcial.

Con todo, antes de adentrarnos, de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina judicial, en la casuística relacionada con las múltiples y diversas situaciones que plantea el contrato de relevo cuando se produce alguna anomalía, ilegalidad o incumplimiento, conviene preguntarse si las irregularidades del contrato de relevo –todas o algunas– tienen incidencia negativa sobre la situación de jubilación parcial. Esto es, si los incumplimientos de la empresa –eventualmente, también del trabajador relevista– pueden perjudicar de algún modo al jubilado parcial. ¿Posee el trabajador que pretende jubilarse parcialmente y obtiene la conformidad de la empresa, acompañada de la efectiva contratación de un tercero, un

[17] LÓPEZ GANDÍA, J., *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007*, cit., pág. 75.

[18] En este sentido, SSTSJ País Vasco de 17 noviembre 2009, rec. núm. 2081/2009, y Madrid 1 junio 2009 (JUR 2009, 311903), en donde, para cubrir el período dejado vacante por la trabajadora relevista, se transformó en indefinido el contrato de trabajo de una empleada de la empresa, sin que se dejara constancia en el mismo de que se realizaba bajo la modalidad de contrato de relevo.
Por su parte, la STSJ Navarra de 4 diciembre 2008 (AS 2009, 794) aprecia responsabilidad en la empresa que pretende hacer pasar como contrato de relevo el concertado con una trabajadora más de dos meses antes del cese del trabajador relevista al que presuntamente sustituyó.

[19] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La contratación laboral a tiempo parcial y de relevo. Obligaciones y responsabilidad empresarial*, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pág. 118.

derecho subjetivo a la pensión, sin que para el reconocimiento de ésta se pueda entrar a valorar si la contratación del sustituto fue realizada en fraude de ley? ¿Puede el trabajador sustituido y beneficiario de la jubilación parcial anticipada verse afectado por una presunta conducta fraudulenta de la empresa empleadora, al margen de la responsabilidad que a ésta corresponda ante la entidad gestora por la pensión reconocida?

A este respecto, la jurisprudencia ha dictaminado que el trabajador que quiere acceder a la condición de jubilado parcial no posee un derecho subjetivo perfecto, desconectado del cumplimiento de todos los requisitos legales. Es por ello que la existencia de fraude o irregularidades cometidas por la empresa en la contratación del relevista pueden impedir la concesión inicial de la pensión, si ello afecta al cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles. La solicitud que se formule a la entidad gestora para el acceso a la jubilación parcial requiere que se completen, con todos los pasos, los requisitos para su concesión, tanto del sustituido como del sustituto, y si alguno de ellos no concurre, no cabe entender que exista un derecho subjetivo de quien pretende esta especial modalidad de jubilación, aunque se trate de conducta de tercero, como es el caso de la empresa que comete, voluntariamente o no, irregularidades en la contratación del relevista[20].

Supuesto distinto es el que se plantea cuando el incumplimiento se comete, no en la fase inicial de solicitud de la pensión de jubilación parcial y de concertación del contrato de relevo, sino de forma sobrevenida, una vez que el contrato de relevo ya se ha formalizado y el sustituido está devengando la pensión de jubilación parcial. ¿Cómo influye el comportamiento de la empresa en la futura pensión que solicite el jubilado parcial cuando éste acceda a la jubilación plena? Repárese en que el artículo 18.2 RD 1131/2002 dispone que, para el cálculo de la base reguladora de ducha pensión, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber mantenido la jornada previa a la jubilación parcial, pero ello condicionado a que la empresa haya mantenido al relevista.

La Sala Cuarta del TS tiene declarado que el período de excedencia del trabajador relevista, sin haber sido sustituido por otro contrato de relevo, que coincida con parte del disfrute de la pensión de jubilación anticipada parcial, no debe repercutir negativamente en el cálculo de la base reguladora de la pensión del jubilado parcial cuando el mismo pase a la situación de jubilación completa o total. Dicho con otras palabras: la base reguladora de la pensión del jubilado parcial que accede a la jubilación completa debe calcularse teniendo en cuenta el incremento de las bases de cotización hasta el cien por cien, aunque la empresa haya incumplido la obligación de sustituir al relevista. Frente a la tesis de la entidad gestora que sostuvo que la base reguladora de la pensión de jubilación definitiva del jubilado parcial debía experimentar en este caso la correspondiente minoración al tiempo en que el relevista no fue sustituido, independientemente de que la empresa fuera declarada responsable en cuanto al pago de la pensión de jubilación parcial satisfecha en ese período, el alto tribunal va a mantener que la existencia de posibles irregularidades en la contratación entre la empresa y el trabajador sustituto podrá originar los perjuicios correspondientes para ambas

[20] SSTS/Soc. de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 7348); 10 octubre 2011 (RJ 2012, 3354) y 26 diciembre 2011 (RJ 2012, 2016).

partes contratantes, pero no se proyecta a la jubilación anticipada del trabajador sustituido, salvo que se alegue y pruebe su participación en las irregularidades[21].

La doctrina es, pues, clara al día de hoy respecto de los nulos efectos que en el devenir de la jubilación del jubilado parcial tiene el cumplimiento o no por parte del empresario de su obligación de mantener contratado un trabajador relevista, hasta tanto aquél acceda a la jubilación plena, sin perjuicio de la responsabilidad prestacional que la entidad gestora pueda exigir a la empresa por tales incumplimientos. Como razona la STSJ Madrid de 22 septiembre 20105 (rec. núm. 204/2015), la responsabilidad restitutoria del empresario, que la entidad gestora puede exigir por los medios que el ordenamiento pone a su disposición, persigue una doble finalidad: por un lado, corregir el incumplimiento de la obligación empresarial de mantener la contratación de relevo; y, por otro lado, compensar el déficit de cotización a la Seguridad Social derivado de la inexistencia sobrevenida de contrato de relevo. En estas condiciones, no resulta necesario, para mantener la correlación entre cotizaciones y prestaciones que inspira la normativa en la materia, penalizar a un trabajador jubilado parcial que ha sido totalmente ajeno a la infracción cometida por el empresario.

3.3. Interpretación de la expresión "cese del trabajador relevista"

Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el "cese" del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada (DA. 2ª.1 RD 1131/2002, de 31 de octubre). De no hacerlo en el plazo de quince días, la empresa responderá por el importe de la pensión de jubilación satisfecha al trabajador sustituido desde que se produjo el cese del primer relevista y hasta el momento de su sustitución.

A estos efectos, y tras examinar las diversas acepciones previstas en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua para el término "cese", la Sala Cuarta del TS ha concluido que el referido término el referido término no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET, sino que puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo por el período de apartamiento del trabajo una plaza vacante en el organigrama de la empresa. En el contexto de la DA 2ª RD 1131/2002, debe acogerse una interpretación amplia del término "cese", pues de lo contrario no se cumplirían los objetivos de la institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico. Al no hacer ninguna distinción ni puntualización la norma, habrá de considerarse constitutivo de cese "cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevista aquello que estaba haciendo, tanto si es de manera definitiva como si es de forma simplemente

[21] SSTS/Soc. de 15 julio 2010 (RJ 2010, 7119) y 18 enero 2012 (RJ 2012, 3625).

temporal", con tal de que esta situación de cesación en su cometido se prolongue por más de los 15 días que el establece el apartado 3 de la citada disposición adicional[22].

En consecuencia, la palabra "cese" que utiliza el párrafo primero de la DA 2ª del RD 1131/2002 no es sinónimo de "extinción" del contrato del relevista, sino de interrupción de la actividad laboral por diversos motivos (excedencia, suspensión…), con tal que, como veremos en los apartados que siguen, tal ausencia comporte interrupción del flujo de cotizaciones a la Seguridad Social.

3.4. Extinción simultánea de los contratos del relevista y del jubilado parcial

De acuerdo con los criterios más recientes de la jurisprudencia, no existe responsabilidad de la empresa exigible por la entidad gestora por las prestaciones de jubilación parcial cuando, como consecuencia de un ERE afectante a la totalidad de la plantilla, se produce el cese simultáneo de ambos trabajadores, relevista y relevado. Dicha doctrina se alza sobre los siguientes pilares argumentales[23]:

-La disposición adicional 2ª del RD 1131/2002, de conformidad con los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3.1 del Código Civil, debe ser interpretada, en principio, en su sentido literal y, en este caso, muy particularmente atendiendo a los antecedentes legislativos.

-La situación de baja simultánea en la empresa de relevado y relevista no es la que contempla la aludida disposición adicional, ya que, al no existir relación laboral con el trabajador jubilado parcialmente, tampoco existe obligación de contratar trabajador relevista, como se deduce "*a sensu contrario*" de lo dispuesto en el número 2 de la referida disposición, en donde se mantiene la obligación de contratar sólo cuando el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido de forma improcedente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación y no se procediera a su readmisión, sin que sea éste el caso.

-La sustitución del trabajador relevista deviene imposible cuando la empresa ha cerrado por cese total de su actividad.

-La íntima vinculación que necesariamente existe entre los dos contratos deja de existir cuando ambos desaparecen, manteniéndose sólo la situación de jubilación parcial más las prestaciones por desempleo. Es la imposibilidad de llevar a cabo la exigencia de la contratación del relevista por desaparición de los dos contratos la que impide la aplicación del número 4 de la repetida disposición adicional.

Similares razonamientos parece que deberían llevar a excluir igualmente la existencia de responsabilidad empresarial, en cuanto al pago de la pensión de jubilación, por no

[22] SSTS/Soc. de 8 julio 2009 (RJ 2009, 4561); 9 julio 2009 (RJ 2009, 6084); 25 enero 2010 (RJ 2010, 643); 22 septiembre 2010 –rcud 4166/09–*;* 4 octubre 2010 (RJ 2010, 7999); 9 febrero 2011 (RJ 2011, 2728) y 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 1482).

[23] SSTS/Soc. de 16 y 19 septiembre 2008 (RJ 2008, 7640 y 4461); 29 mayo 2008 (RJ 2008, 3465) y 23 junio 2008 (RJ 2008, 4232 y 4466).

sustitución del relevista, cuando el cese en la actividad se produce de forma simultánea tanto para el trabajador jubilado parcial (que sigue cobrando la pensión de jubilación junto con la prestación por desempleo) como su relevista, pero ahora cuando el ERE o el despido objetivo afecten únicamente al jubilado parcial y al relevista, no a la totalidad de la plantilla. Sin embargo, la jurisprudencia ha concluido que este supuesto merece solución diversa, al no resultar imposible la sustitución del trabajador sustituto, por continuar la empresa activa[24]. Y así, en la STS de 22 septiembre 2010 (RJ 2010, 7575) se razona que, interpretando los diversos apartados de la DA 2ª del RD 1131/2002, la empresa puede extinguir el contrato de trabajo del trabajador jubilado anticipadamente por las causas previstas en los artículos 51 y 52 c) ET, pero adquiere la obligación de mantener el contrato de relevo con el trabajador relevista, o bien contratar uno nuevo en caso de cese por cualquier causa de éste (incluido el propio despido), hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada. En una posterior sentencia de 22 abril 2013 (RJ 2013, 4515), se hace la precisión de que no resulta aplicable a este supuesto la doctrina contenida en las SSTS de 22, 29 y 30 de enero de 2013 (recursos 1998/12, 1571/12 y 1575/12), y las que en ellas se citan, que, reiterando criterio anterior, no atribuyen ninguna responsabilidad empresarial en los casos en los que se extingue el contrato del jubilado parcial por despido colectivo que afecta además a la totalidad de la plantilla, como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo[25].

Ahora bien, para que la empresa resulte exonerada de la obligación sustitutoria y responsabilidad prestacional que aquí tratamos, no es imprescindible que todos los trabajadores se vean afectados de forma simultánea por las extinciones si, a la postre, el despido es total. No enerva esta conclusión el hecho de que el puesto de trabajo del jubilado parcial subsistiera formalmente durante un breve plazo posterior a la extinción del contrato del relevista, si, como en el caso conocido por la STSJ Navarra de 13 marzo 2015 (núm. 78/2015), los últimos trabajadores que continuaron vinculados a la empresa (entre ellos el jubilado parcial) no estaban realizando sino trabajos residuales ordenados a la pura preservación formal de aquélla, en tanto esta afrontaba las operaciones liquidatorias conducentes al cese definitivo de la actividad que finalmente se produjo. Por esta razón, la situación real era la de una efectiva cesación de dicha actividad, diferenciada de aquella únicamente en la dilación en el tiempo del material cierre de la empresa y no consistente en una efectiva continuidad de la actividad empresarial.

[24] SSTS de 22 septiembre 2010 (RJ 2010, 7575); 22 abril 2013 (RJ 2013, 4514) y 14 enero 2015 (RJ 2015, 440).

[25] En dichas sentencias se sostiene que el trabajador jubilado parcial, cuyo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial se extinga por despido colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, tiene derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo, hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. En definitiva, dado que se trata de una extinción por causas objetivas y lo que la norma trata de evitar son aquellas situaciones en las que el trabajador jubilado parcial extingue voluntariamente o por causa a él imputable el contrato de trabajo, debe entenderse que, por el contrario, no existe razón para extinguir la referida prestación de jubilación parcial si la extinción del contrato lo es por despido improcedente, lo que debe ser extensivo a aquellos supuestos en el que el contrato, del mismo modo que cuando es improcedente, se ha extinguido por voluntad del empresario o por causa ajena, en todo caso, a la voluntad del trabajador.

3.5. Excedencia del trabajador relevista sin sustitución

Las situaciones de excedencia a las que puede acogerse el trabajador relevista, como cualquier otro trabajador, por aplicación del régimen laboral general, suscitan la duda acerca de si la empresa incurre en la responsabilidad contemplada en la disposición adicional segunda, número 4, del RD 1131/2002, cuando no contrata en el plazo de quince días a otro trabajador que cubra la parte de jornada que deja vacante temporalmente el relevista.

En relación con el instituto de la *excedencia voluntaria* regulado en el artículo 46.5 ET, la jurisprudencia ha hecho prevalecer la tesis de que la falta de sustitución del trabajador relevista que accede a la situación de excedencia voluntaria determina que el empresario deba reintegrar las prestaciones por jubilación parcial correspondientes al tiempo de ausencia del relevista y durante el que no se cotizó por él[26]. En primer lugar, la Sala Cuarta del TS se pronuncia sobre el alcance del "cese del trabajador relevista" al que se refiere el apartado 1 de la DA 2ª del RD 1131/2002, llegando a la conclusión, ya expuesta en el epígrafe III.3 de este ensayo, de que el vocablo "cese" no se circunscribe a terminación o extinción del contrato de relevo sino que comprende cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevista aquello que estaba haciendo, tanto si es de manera definitiva como si es de forma simplemente temporal. A ello se suma que "tampoco la excedencia voluntaria supone necesariamente una mera suspensión del contrato de trabajo, sino que a menudo da lugar a una verdadera extinción", toda vez que esta modalidad de excedencia –a diferencia de lo que sucede con la forzosa– únicamente confiere al trabajador derecho a ocupar con preferencia la primera vacante que se produzca en la empresa, pero solo si tal vacante se produce, sin que comporte derecho a reserva del puesto de trabajo[27].

La institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro; y, por otra, mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial. Este segundo propósito de mantenimiento del empleo vacante no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista, una situación que puede prolongarse hasta cinco años. De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional.

Pronto se constatará, sin embargo, que no son la naturaleza y efectos de la excedencia en el ámbito laboral ni su incidencia en el mantenimiento del empleo, sino otras motivaciones de carácter economicista relacionadas con la interrupción de la obligación de cotizar a la seguridad social en este tipo de situaciones, las que subyacen en la declaración de responsabilidad de la empresa que no procede a sustituir tempestivamente al relevista excedente. Prueba de ello es que para una excedencia cuya configuración y consecuencias difieren sustancialmente de la voluntaria, como es la *excedencia para cuido de hijo*, en la que no es discutible la conservación del empleo del excedente, la jurisprudencia ha mantenido idéntica solución, obligando a la empresa a contratar a otro trabajador relevista para sustituir

[26] SSTS/Soc. de 8 y 9 julio 2009 (RJ 2009, 4561 y 6084), 13 abril 2010 (RJ 2010, 4645) y 6 julio 2010 (RJ 2010, 6782).
[27] STS/Soc. de 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676), votada en Sala General.

al primero que pasa a la situación de excedente, con responsabilidad en el abono de la prestación de no llevar a cabo tal contratación. En este caso, se afirma que el contrato de relevo del relevista sustituto tendrá un carácter de interinidad, derivado de que su duración dependerá del reingreso del primer relevista sustituido, que no desvirtúa el objeto y finalidad del contrato de relevo[28].

La Sala Cuarta aplica la misma doctrina al supuesto del trabajador relevista que disfruta de una excedencia por cuidado de hijo, sin que constituya obstáculo para ello el hecho de que al segundo relevista no se le pueda mantener hasta la jubilación total del trabajador relevado, sino únicamente hasta el reingreso del relevista excedente. La Sala entiende que "desde el punto de vista del cumplimiento de la finalidad normativa, no existe la antinomia, pues la obligación empresarial de mantener el volumen de empleo en la empresa mediante este mecanismo del contrato de relevo existe tanto en un caso como en otro, es decir, hasta que el jubilado parcial –relevado– alcance la edad que permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. En el caso de un segundo relevista sustituto, el contrato de relevo podrá tener, en efecto, un carácter de interinidad derivado de que su duración dependerá del reingreso en la empresa del primer relevista sustituido, siempre que se produzca antes de alcanzar la edad de jubilación ordinaria, pues también se especificará en el segundo contrato el nombre del sustituido y la causa de sustitución; pero este carácter de interinidad se superpone –no se contrapone– a la naturaleza del contrato a tiempo parcial en la modalidad de "relevo", que, repetimos, busca mantener el nivel de empleo en la empresa como contrapartida a unas prestaciones de jubilación contributiva que en otro caso la entidad gestora no tendría la obligación de satisfacer. En otras palabras, la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituto, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad".

La conclusión práctica a la que se llega es que cuando un relevista cesa, aunque sea temporalmente por una excedencia, ha de ser sustituido por otro trabajador. Este sustituto, cuando la excedencia de derecho a la reserva del puesto para el relevista excedente, no podrá ser considerado "relevista" en estricto sentido legal, porque su contrato deberá adoptar la forma de interinidad, a tenor del art. 15.1.c) ET, ya que sustituye a quien tiene derecho a reserva de plaza.

El Voto Particular que incorpora la STS de 7 diciembre 2010 disiente del parecer adoptado por la mayoría de los componentes de la Sala que decide el recurso. Razona la Ponente del citado Voto que la situación de excedencia del relevista, cuando tiene por causa el cuidado de un hijo, no supone una merma en el volumen de empleo –dado que se mantiene el derecho a la reserva del puesto por el excedente– y, por ello, no cabe entender que se esté contraviniendo la finalidad de la norma sobre jubilación parcial. A lo anterior se añade un argumento relativo a la perspectiva de género, pues dado que la excedencia por cuidado de hijos es mayoritariamente utilizada por las trabajadoras, el establecimiento de la obligación para las empresas de sustituir a los relevistas que se acojan a una excedencia de este tipo podría actuar disuasoriamente a la hora de contratar a trabajadoras relevistas a favor de la contratación de trabajadores masculinos. Y, en todo caso, cualquiera que sea sexo del relevista que se sitúe en situación de excedencia por cuidado

[28] SSTS de 4 octubre 2010 (RJ 2010, 7999), 7 diciembre 2010 (RJ 2011, 1294) y 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 1482).

de hijo, con la interpretación por la que se decanta la Sala se estaría dificultando la asunción de la corresponsabilidad familiar.

Mutatis mutandis, y retomando el parecer mayoritario de la Sala que tiene valor de doctrina unificada, la obligación de sustituir al trabajador relevista parece que surgirá siempre que éste solicite y disfrute de una excedencia, sea ésta forzosa, voluntaria o para cuidado de hijos u otros familiares.

Desde luego, la interpretación expansiva que del término "cese del trabajador relevista" ha asumido la Sala Cuarta, no reduciéndolo a los casos de extinción o terminación de la relación laboral, tendrá como ineludible efecto la deslegitimación de cualquier interpretación judicial que en instancias inferiores sostenga la inexigibilidad de sustitución del relevista cuando éste disfrute de permisos no retribuidos o incurra en alguna causa de suspensión del contrato de trabajo; a no ser que durante estas "vicisitudes" subsista la obligación de cotizar por el relevista ausente, hecho que termina imponiéndose en la jurisprudencia sobre cualquier otra consideración referida a la obligación de mantener indemne el nivel de empleo previo al cese del sustituto, como habrá de ocasión de precisar más adelante.

3.6. El cese por incapacidad temporal del relevista y su prórroga

La discusión acerca de si durante la situación de baja por incapacidad temporal del relevista la empresa queda o no obligada a sustituirlo por otro trabajador ha sido resuelta por la Sala Cuarta del Tribunal descartando que exista tal obligación –y, por tanto, responsabilidad en caso de incumplimiento– durante los primeros 365 días, en los que subsiste la obligación de cotizar; en cambio, la empresa viene obligada a abonar al INSS el importe de la prestación por no sustituir al trabajador relevista con el contrato suspendido sin obligación de cotizar, como acontece durante la prórroga de la IT[29].

Tras aclarar que la naturaleza que corresponde al reintegro previsto en la DA 2ª del RD 1131/2002, para el caso de incumplimiento por la empresa de sus obligaciones durante la jubilación parcial, es de tipo obligacional, que no punitiva, la Sala Cuarta se va a alinear con la tesis de la entidad gestora por considerar que la empresa debió sustituir al trabajador relevista en situación de IT, a partir del momento en que se acordó la prórroga de esta situación sin obligación de seguir cotizando a la Seguridad Social. Y ello por una triple razón:

A) La primera de ellas, en consideración a la finalidad que la normativa sobre jubilación parcial y contrato de relevo persigue. Se sostiene que el legislador ha pretendido dos objetivos: uno, coherente con la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo, de donde la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste; pero también persigue un segundo objetivo: que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados. Y es este segundo objetivo el que no se cumple cuando la empresa deja de cotizar a la Seguridad

[29] SSTS/Soc. de 24 septiembre 2013 (RJ 2013, 7477) y 17 noviembre 2014 (RJ 2014, 5943).

Social por el relevista cuando pasa a la situación de IT prorrogada y no lo sustituye por otro trabajador que mantenga el flujo de ingresos a la Seguridad Social.

B) Diversamente a lo que se entiende en la decisión recurrida, el término "cese" del relevista como presupuesto de la obligación empresarial sustitutoria no es equivalente tan solo a supuestos de extinción de la relación laboral ex. art. 49 ET, sino que puede hablarse también, en sentido amplio, de cese, en el contexto de la DA 2ª del RD 1131/2002, cuando el trabajador deja de prestar servicios, por un tiempo más o menos prolongado.

C) El estudio de los precedentes jurisprudenciales sobre los supuestos en los que procede la sustitución del trabajador relevista y aquellos en los que no existe esa obligación, conduce a la Sala Cuarta a la conclusión de que la doble finalidad de la institución [política de empleo y mantenimiento financiero de la Seguridad Social] determina que hayamos de entender que en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo del relevista, las obligaciones de sustituirle por otro trabajador y –en su caso, de haberse incumplido aquélla– la de reintegro de las prestaciones percibidas por el jubilado, se limitan a los casos en que no se cotice por el trabajador con contrato suspendido [no mientras se cotice, como es el caso del periodo ordinario de IT], pues si bien en estos casos ha de admitirse que se alcanza uno de los objetivos perseguidos por la institución de que tratamos [la representada por el binomio jubilación parcial/contrato de relevo], cual es el mantenimiento del empleo, lo cierto es que la otra finalidad –la de asegurar la financiación del sistema– se ve por completo defraudada.

3.7. Reducción de jornada del relevista

También se ha cuestionado si cabe exigir responsabilidad al empresario por el pago de la pensión de jubilación cuando no contrata a un trabajador (desempleado o temporal vinculado a la empresa) para cubrir la jornada que deja vacante el relevista que se acoge a una reducción de aquélla.

A este respecto, cuando la reducción de jornada tiene por finalidad el cuidado de hijos del relevista (art. 37.5 ET 1995, art. 37.6 ET 2015), la STS de 23 junio 2011 (RJ 2011, 5433) ha mantenido que el contrato de la trabajadora relevista que reduce su jornada en un 50% para cuidar a su hijo continúa ostentando la misma naturaleza que fue pactada y surtió válidos efectos como contrato de relevo, sin que resulte de aplicación el concepto de "cese" del relevista establecido en precedentes sentencias de la Sala Cuarta. Argumenta ésta que el contrato conserva después de la reducción de jornada su carácter indefinido a tiempo completo, sin transformación en un contrato a tiempo parcial aunque externamente se comporte como tal, pues la reducción de jornada forma parte de la eficacia del propio contrato y en tanto se mantenga la reducción no por ello se ve afectada la cotización, si bien lo sea en los términos del artículo 180.3 de la LGSS 1994 [art. 237.3 LGSS 2015]. En tales circunstancias, no cabe incluir lo acontecido en la jornada de la relevista en el concepto de cese y, por tanto, no es exigible responsabilidad alguna al empresario que no sustituye la

parte de jornada que aquél deja vacante por cuidado del menor a su cargo[30]. La Sala reconocerá paladinamente en una posterior sentencia de 23 septiembre 2013 (RJ 2013, 7477) que una de las dos finalidades del binomio contrato de relevo/jubilación parcial –la de asegurar la financiación del sistema– tampoco se cumple en el caso de reducción de jornada por cuidado de menor [pues la cotización por el tramo de jornada reducida no es a cargo de la empresa ni del trabajador, sino del Sistema], pero considera que han de prevalecer "valores superiores de conciliación de la vida familiar con la laboral, que se verían comprometidos con la solución opuesta". Desde luego, no parece existir obstáculo para que esta interpretación referida al cuidado de hijos menores de 12 años se extienda a los restantes supuestos de reducción de jornada para cuidado de familiares contemplados en el artículo 37.6 ET, pues también respecto de ellos cabe sostener que no se ha producido su transmutación en contrato a tiempo parcial y el vigente artículo 237 LGSS establece que las cotizaciones han de reputarse incrementadas hasta el 100 durante determinados períodos, a efectos de las prestaciones señaladas en su apartado 1. Llama la atención, no obstante, que el argumento que antepone el objetivo de favorecimiento de la conciliación de la vida laboral y familiar sobre el de financiación de las prestaciones con cargo a cuotas del relevista (no sustituido) no haya sido invocado por la Sala Cuarta para defender la misma solución en el caso del relevista que disfruta una excedencia por cuidado de hijo u otros familiares, máxime cuando también para este supuesto el citado artículo 237 LGSS –anterior art. 180.3 LGSS 1994– prevé beneficios en materia de cotización presunta.

Por el contrario, si la reducción de jornada no tiene por finalidad el cuidado de hijos o familiares, la jurisprudencia ha mantenido que surge para la empresa la obligación de restituir al INSS el importe proporcional de la pensión de jubilación, por no haber contratado a un sustituto del relevista que cubra la jornada sobrante hasta completar la que tenía el jubilado parcial antes de su trasformación en contrato a tiempo parcial. La STS de 23 junio 2015 (rec. 3280/2014) aplicará la doctrina acogida para supuestos análogos –excedencia voluntaria, situación de prórroga no cotizada en IT del relevista, sin sustitución– en varias sentencias, interpretando que el término "cese" del relevista como presupuesto de la obligación empresarial sustitutoria no es equivalente tan solo a supuestos de extinción de la relación laboral ex. art. 49 ET, sino que puede hablarse también, en sentido amplio, de cese, en el contexto de la DA 2ª del RD 1131/2002, cuando el trabajador deja de prestar servicios, por un tiempo más o menos prolongado. Se sostiene en dichos pronunciamientos que el legislador ha pretendido dos objetivos: uno, coherente con la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo, de donde la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste; pero también persigue un segundo objetivo: que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados. Y es este segundo objetivo el que, una vez más, no se cumple cuando la empresa no sustituye al relevista cuya jornada se ve reducida mediante otro trabajador que mantenga el flujo de ingresos a la Seguridad Social.

[30] Aplicando esta misma doctrina, la STSJ Cataluña de 18 junio 2015 (rec. núm. 2184/2015) descartará la existencia de responsabilidad prestacional a cargo de la empresa que no contrato a un nuevo trabajador para cubrir la jornada sobrante tras la decisión del relevista de acogerse a una reducción de jornada por cuidado de hijo.

3.8. Sucesión de empresa e integración del relevista en la sucesora

La jurisprudencia ha negado la obligación sustitutoria y la correlativa responsabilidad del empleador en el caso de cese del relevista por sucesión empresarial, si el mismo ha concluido su actividad en la empresa originaria porque en parte de ella se subroga otra entidad que asume la contratación del relevista, mientras que el trabajador jubilado permanece en la empresa originaria sin que ésta haya contratado a otro trabajador relevista en sustitución del trabajador subrogado.

Del análisis de la doctrina jurisprudencial expuesta a lo largo de este trabajo se deduce que una de las finalidades de la normativa de jubilación parcial y contrato de relevo es la del mantenimiento del empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial; es por ello que, cuando se produce el "cese" del trabajador relevista, en una amplia interpretación de tal concepto, no se cumple con aquella finalidad de empleo si por la empresa no se contrata a un nuevo trabajador relevista, en el plazo reglamentariamente fijado, justificando el incumplimiento de este deber empresarial de contratación de un nuevo relevista la responsabilidad empresarial prevista a favor de la Entidad Gestora.

Pues bien, entiende la Sala Cuarta del TS que la referida finalidad de mantenimiento del empleo se cumple cuando el originario trabajador relevista ha consolidado su empleo en otra empresa, sin que para la empresa originaria surja obligación de sustituirlo por otro relevista dado que la nueva empresa se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones respecto al trabajador, en las mismas condiciones y presupuestos que tenía en la empresa originaria, incluidas las obligaciones de Seguridad Social del empresario anterior. Se entiende que, si bien formalmente el trabajador relevista ha cesado la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria[31]. Obligación que, se intuye, puede resultar de compleja articulación si la empresa subrogada no comunica a la anterior el cese del relevista traspasado.

Mutatis mutandis, la misma conclusión –inexistencia de la obligación sustitutoria y de responsabilidad prestacional– cabría inferir en el supuesto de que el cese en la empresa originaria por subrogación de otra empresa afecte al trabajador jubilado parcial en lugar de al relevista, siempre que se mantengan los presupuestos y las condiciones preexistentes a la sucesión.

En cambio, tal y como aparece configurada la doctrina de referencia, cabría entender que la obligación de sustitución sí se activaría en el supuesto de que el trabajador relevista cesase en la empresa originaria, aunque con carácter inmediato se incorpore a una nueva

[31] SSTS/Soc. 25 enero 2010 (RJ 2010, 643)*;* 18 mayo 2010 (RJ 2010, 5298); 22 septiembre 2010 (RJ 2010, 7575) y 9 febrero 2011 (RJ 2011, 2728).

empresa que respete sus anteriores condiciones laborales, pero sin intervenir el mecanismo subrogatorio del artículo 44 ET (contratación sucesiva).

3.9. Naturaleza y alcance de la responsabilidad del empresario sobre la pensión de jubilación parcial

En cuanto a la naturaleza que corresponde al reintegro previsto en el número 4 de la Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002, la jurisprudencia, rectificando doctrina anterior en la que había calificado dicha previsión como "de evidente contenido sancionador y antifraude"[32], ha dictaminado que la misma posee naturaleza obligacional y no punitiva o sancionadora[33]. Varios argumentos apuntalan esta conclusión:

1º) El «sentido propio de sus palabras», primer canon interpretativo según el art. 3 CCivil, pues la expresión «deberá abonar» que allí se utiliza sitúa las consecuencias para la empresa en términos puramente obligacionales, que no represivos, no estableciéndose ninguna suerte de sanción que pueda o deba imponer el INSS, sino un efecto –legalmente delimitado– para el supuesto de que la empresa desconozca los compromisos que contrae al suscribir un contrato –el de relevo– que obviamente le beneficia a ella tanto como al trabajador que se jubila o al que releva a éste.

2º) No pueden considerarse sanciones administrativas cualesquiera formas de reacción frente a conductas ilícitas; ante las mismas, el ordenamiento jurídico puede establecer meramente un mecanismo de restauración del orden normal de las cosas (reintegro de la prestación) alterado por acción u omisión (demora en la contratación del relevista), porque, en sentido técnico, la sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares. El abono de la prestación a la Entidad Gestora se articula como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto –contratar un relevista en los términos legalmente previstos– de lo que se presenta como un negocio a tres bandas (INSS, beneficiario de la prestación y empresario); pero nunca como un «castigo» al incumplidor.

3º) La inmediata derivación de este planteamiento es que la DA 2ª del RD 1131/2002 no ha incurrido en exceso reglamentario alguno respecto de las leyes que desarrolla, ni en vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, ni en el desconocimiento de las garantías que impone el Tribunal Constitucional a la actividad administrativa sancionadora.

De otro lado, y tras señalar que el plazo para la sustitución del trabajador relevista, en caso de cese del mismo, es de carácter imperativo y el empresario debe actuar diligentemente para cumplirlo[34], el alto tribunal viene a precisar que la responsabilidad que DA 2ª contempla

[32] SSTS/Soc. de 29 mayo 2008 (RJ 2008, 3465), 23 junio 2008 (RJ 2008, 4460) y 16 septiembre 2008 (RJ 2008, 7640).
[33] SSTS de 9 febrero 2010 (RJ 2010, 1435); 15 marzo 2010 (RJ 2010, 3470) y 17 noviembre 2014 (RJ 20104, 5943).
[34] Se afirma en las SSTS de 9 febrero y 15 marzo 2010 que "Los términos categóricos con los que la ley se manifiesta [«siempre que con carácter simultáneo se celebre», en la dicción del art. 166.2 LGSS ; «la empresa deberá concertar simultáneamente», al decir del art. 12.6 ET ; «si... se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo... los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de quince días naturales», conforme a la DA Segunda RD 1331/02], evidencian una imperatividad que apunta a una obligación de resultado, *(...)*

es la correspondiente al incumplimiento total de dicha obligación, esto es, ausencia de relevista durante todo el tiempo que media entre el cese del anterior y el momento en el que tenga lugar la jubilación ordinaria o anticipada del jubilado parcial. Por ello, si tal incumplimiento fuera meramente parcial (falta de contratación de un nuevo relevista durante más de 15 días a partir del cese del anterior, pero por un periodo concreto que sea menor de aquél en el que deba producirse la jubilación total o anticipada del jubilado parcial), en tal caso (simple demora que no ausencia total de contratación) la responsabilidad del empleador deberá atemperarse para ser exigida en forma proporcional a la entidad (duración) del incumplimiento.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La figura de la jubilación parcial está llamada a jugar un papel como fórmula no traumática de transición de la vida laboral activa a la pasiva que aún no ha sido debidamente explotado. Por otro lado, su instrumentalidad al servicio de las políticas de empleo se ha vista fuertemente condicionada por las últimas reformas del Estado del Bienestar de signo constrictor, que se han traducido en importantes limitaciones e incremento de exigencias (edad, cotización…) para acceder a las diversas modalidades de jubilación (ordinaria, parcial y flexible).

En este contexto, el binomio contrato de relevo/jubilación parcial persigue dos objetivos que se presentan como complementarios y precisados de coordinación pero que no siempre interactúan sinérgicamente, con posible impacto negativo sobre la eficacia de la figura: por un lado, la renovación de plantillas y el fomento del empleo vinculado a la transmisión de formación y experiencia y, por otro lado, garantizar que el acceso anticipado a la pensión de jubilación no comprometa la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

De ahí que la jurisprudencia se haya preocupado en los últimos tiempos de aquilatar los supuestos en los que la empresa deviene responsable en el orden prestacional por infringir aquellas obligaciones que la norma le impone con el fin de conservar tanto el volumen de empleo como el de cotizaciones preexistente a la jubilación parcial anticipada. Obligaciones y responsabilidades derivadas de su incumplimiento cuyo rigor, sumado al progresivo incremento de la cotización por el jubilado parcial, pueden suponer un importante freno a la hora de que las empresas muestren interés por este instituto.

A este respecto, la conclusión que se obtiene es que cualquier vicisitud, extintiva o no, que afecte al contrato del trabajador relevista y se traduzca en una merma o interrupción de sus cotizaciones –salvo la reducción de jornada por cuidado de hijos– obliga a la empresa a efectuar una nueva contratación –siempre que la continuidad de la actividad empresarial lo permita– que reinstaure el flujo de ingresos a la Seguridad Social como contraprestación por la pensión de jubilación parcial y para la preservación del objetivo de conservación del empleo.

siquiera su incumplimiento pueda en algún supuesto justificarse por la empresa, pero siempre bajo el presupuesto de haberse acreditado una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato. Diligencia que no se presume –sin más– en el hecho de haberse procurado la contratación por la vía oficial de gestión del empleo, cuando la misma lleva a demoras que ostensiblemente superan el plazo –quince días– legalmente previsto".

Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual

Disputes, indeterminacies and gaps about the status of permanent total disability for the usual ocupation

ALEJANDRA SELMA PENALVA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

Aunque es por todos conocido que el reconocimiento de una situación de Incapacidad Permanente Total (en adelante IPT) para la profesión habitual, permite al trabajador afectado percibir una prestación a cargo de la Seguridad Social equivalente al 55% de su base reguladora, al mismo tiempo que no le imposibilita continuar su vida activa llevando a cabo otras actividades diferentes a la que fuera su profesión habitual y compatibles con su nuevo estado, son todavía muchos los problemas prácticos que se siguen suscitando en la práctica y que encuentran difícil respuesta en la escueta regulación de la ley. En el presente trabajo se analizan de forma individualizada diversas cuestiones controvertidas que todavía no han sido contundentemente resueltas por el legislador.

Palabras clave

Incapacidad permanente total, profesión habitual, grupo profesional, jubilación.

Abstract

The recognition of a Total Permanent Disability for the usual occupation allows workers to receive a benefit by the Social Security equivalent to 55% of the base salary. This situation forbid the possibility of usual ocupation but not other kind of occupation. Many practical problems remain to solve in brief regulation law. This paper analyzes the new problems to arise in practice.

Keywords

Total permanent disability, usual occupation, retirement

1. CONSIDERACIONES INICIALES. EFECTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

Como es sabido, la Incapacidad Permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Se aclara que no impedirá tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

A su vez, es importante tener en cuenta que las reducciones anatómicas o funcionales existentes, en la fecha de afiliación del interesado en la Seguridad Social, no impedirán la calificación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas discapacitadas y, con posterioridad a la afiliación, tales reducciones se hayan agravado provocando, por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

Como recuerda el art. 194.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), son cuatro los grados de Incapacidad Permanente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico[1]. Todos ellos se aplican, siguiendo los mismos criterios tanto a los trabajadores en alta en el Régimen General de la Seguridad Social como en cualquiera de los regímenes especiales hasta ahora existentes (entre ellos, el más numeroso en afiliación es por supuesto el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos).

A estos efectos conviene insistir en una regla básica para entender el funcionamiento de la prestación por Incapacidad Permanente (en adelante IP): no es el hecho objetivo de la disminución de capacidad laboral o productiva la que determinaría la extinción de la relación laboral ni tampoco el posible derecho del sujeto a acceder a prestaciones de Seguridad Social sustitutivas de rentas, sino que a estos efectos resulta imprescindible un reconocimiento administrativo de la situación de IP, y sólo se declarará después de valorar no la pérdida funcional en abstracto, sino en relación con las mermas en la capacidad laboral que ésta provoca, para lo cual debe atenderse a las concretas funciones laborales que el trabajador realizada en desarrollo de su profesión habitual[2]. Dado que una situación de IP implica que el trabajador ha perdido su capacidad laboral o ésta ha sufrido mermas muy significativas, es por todos conocido que el reconocimiento de una incapacidad permanente (en sus grados de total, absoluta y gran invalidez) es causa de extinción del contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el art. 49.1.e) ET. Ahora bien, mientras la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez son causa automática de extinción del contrato de trabajo, la incapacidad permanente total para la profesión habitual no siempre produce este efecto. Al respeto, son dos las excepciones posibles:

[1] En defecto del oportuno desarrollo reglamentario, debe considerarse vigente la redacción del art. 194 que, reproduciendo los conceptos que ya utilizaba el mismo precepto en su redacción original de 1974, mantiene vigente la Disposición Transitoria vigésimo sexta del actual Texto Refundido de la LGSS:
"Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella 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 entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta".
Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos".

[2] Y es que a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. En concreto, el art. 200.1 de la nueva LGSS dispone que "Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de incapacidad permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección".

1º. Recolocación por parte de la misma empresa en un puesto de trabajo compatible con el nuevo estado del trabajador. Y es que tal grado de incapacidad no impide que el profesional desempeñe otra profesión u oficio, y por tanto, cabría que el empresario decidiera reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual en lugar de extinguir el contrato. De esta forma, puede concluirse que la extinción contractual en caso de IPT no es automática sino que se exige la decisión de la empresa de acogerse a esta causa extintiva.

2º. Suspensión del contrato de trabajo por posibilidad de recuperación. De la misma forma, el art. 48.2 ET dispone que incluso, aunque se declare un grado de Incapacidad Permanente incompatible con la actividad laboral que viniera realizando el sujeto si, "a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente"[3]. Será únicamente después de transcurrir esos dos años sin que la esperada recuperación se produzca, cuando –si la empresa no tiene intención de reubicar al trabajador en un puesto de trabajo compatible con su estado– tendrá lugar la extinción de la relación laboral.

En síntesis, por lo que respecta a la situación de IPT para la profesión habitual, debe insistirse en que se trata de un supuesto en el que no se impone la extinción, sino que simplemente se permite –a voluntad del empresario–, la resolución del contrato

Debe resaltarse también que la IPT no siempre determina automáticamente la extinción del contrato de trabajo, pues cabría admitir que en virtud de la negociación colectiva o acuerdo individual con el trabajador afectado, la empresa asuma un compromiso de reclasificación profesional. Ahora bien, a estos efectos debe tenerse en cuenta que en este tipo de casos será exclusivamente la voluntad empresarial (o el cumplimiento de un compromiso convencional) –y no el cumplimiento de ninguna obligación legal– la que determine que la situación de IPT de lugar a un supuesto de novación contractual y no a una extinción de la relación laboral (aunque esta sería la consecuencia prevista, en defecto de acuerdo en sentido contrario) en la legislación laboral. Sobre esta última consideración, no se puede dejar de destacar que, por el momento, en la práctica resultan excepcionales los convenios colectivos que asumen el compromiso de reclasificación profesional de aquellos trabajadores que, por edad, enfermedad o cualquier otra razón (también denominados "compromisos de segunda actividad"), hayan sufrido una merma de su capacidad física o psíquica. Se trataría éste de un supuesto excepcional en el que por voluntad acorde de las partes no se produciría la extinción del contrato de trabajo por IPT, sino una novación de su objeto, pasando el trabajador a ocupar otro puesto de trabajo y a desarrollar funciones acordes con la capacidad laboral residual que conserve.

[3] Como pone de manifiesto la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 3752/2010 de 13 julio (AS\2010\1769) en relación con la aplicación del art.48.2 ET "Esta doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral".

Ahora bien, al mismo tiempo debe advertirse que mientras para las situaciones de IP Parcial el empresario tiene obligación de conservación del puesto de trabajo (aunque se permite la adaptación funcional y salarial)[4], no existe una previsión normativa equivalente para las situaciones de IPT, ni siquiera en los supuestos en los que en la empresa en cuestión existiera una vacante compatible con la nueva capacidad profesional del trabajador al que se le ha reconocido una situación de IPT. Y es que en este tipo de ocasiones, como se ha expuesto, la decisión de intentar reubicar al trabajador a un puesto de trabajo compatible con su nuevo estado en lugar de extinguir la relación laboral, corresponde en principio, a la voluntad exclusiva de la empresa. Eso sí, no se puede olvidar mencionar que, previendo este tipo de situaciones, ciertos convenios colectivos incluyen en su articulado –bajo la rúbrica de "situaciones de acceso a una segunda actividad"– un compromiso de reclasificación profesional para aquellas personas que por razón de edad o pérdida de capacidad (situaciones entre las que por supuesto se incluye la declaración de IPT), no puedan seguir desarrollando las prestaciones básicas de su puesto de trabajo.

Debe tenerse en cuenta también que en los casos en que bien exista un compromiso convencional en este sentido, bien la empresa voluntariamente decida reubicar al trabajador declarado en situación de IPT, la retribución en principio se fijará atendiendo a las nuevas funciones realizadas. Se dice "en principio" puesto que siempre cabría encontrar una previsión convencional expresa en sentido opuesto): en la práctica, ciertos convenios colectivos que incluyen un compromiso de segunda actividad, optan también por incluir un compromiso complementario en virtud del cual el paso a una segunda actividad llevaría aparejado también el mantenimiento del salario que el trabajador viniera percibiendo, de ser éste superior, antes de ser declarado en situación de IPT. Ahora bien, si hoy en día no son demasiado frecuentes los compromisos convencionales de segunda actividad, los pactos de conservación del salario puede decirse que se convierten en medidas excepcionales.

De lo expuesto se concluye que, en el caso de que la empresa opte por resolver el contrato de un trabajador declarado en situación de IPT, esto no quiere decir que dicha respuesta impida al sujeto en cuestión continuar su vida profesional. Y es que podrá realizar una nueva actividad, bien por cuenta propia bien por cuenta ajena, siempre que la nueva actividad realizada resulte compatible con su estado y por lo tanto, respetando esta condición, podrá concertar nuevos contratos civiles o laborales de arrendamiento de servicios, y cursar de nuevo alta en la Seguridad Social atendiendo a su nueva actividad profesional, manteniendo la prestación por IPT que tuviera reconocida.

Precisamente porque la situación de IPT inhabilita al trabajador para desarrollar las funciones básicas de su profesión habitual, pero no otras distintas, la cuantía de la pensión que corresponde ante esta contingencia tiene en cuenta esta situación y no pretende actuar como una forma de sustitución de las rentas íntegras que el trabajador viniera percibiendo en función de su actividad profesional[5], sino simplemente compensar los esfuerzos, sacrificios,

4 Es cierto que el art. 1 RD 1451/1983 sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, reconoce el derecho del trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente parcial, a ser reubicado en un puesto de trabajo adecuado con su capacidad residual, pero esta protección no se ha hecho extensiva ni a la incapacidad permanente total, ni a la ineptitud sobrevenida.

[5] Así pues, en estos casos, el trabajador en situación de incapacidad permanente total (para la profesión habitual) percibirá la prestación consiste en una pensión vitalicia que se deriva de aplicar un porcentaje del 55% sobre la base *(...)*

e incluso, la minoración retributiva, que implica el paso a una segunda actividad (muchas veces correspondiente a una menor clasificación profesional que la que acredita tener el sujeto declarado en situación de ITP, y por tanto, merecedora de una retribución inferior).

2. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Tan variada y compleja puede ser la realidad que se intenta regular a través de las previsiones relacionadas con las reglas de compatibilidad entre la situación de IPT y el trabajo retribuido, que a lo largo de los años se han suscitado diversos problemas prácticos que doctrina y jurisprudencia, clarificando las escuetas previsiones legales y reglamentarias existentes al respecto, se han ocupado de resolver.

De esta forma, ya no suscita demasiados problemas el hecho de tener que determinar las consecuencias que la revisión de la situación de IPT desencadena cuando el beneficiario optó por percibir la prestación en un pago único[6], ni tampoco, el alcance concreto del derecho a la reincorporación en la última empresa para la que prestó servicios del trabajador en situación de IPT que haya sido declarado plenamente capaz[7], cuando concurren otro tipo de expectativas laborales (como pueden ser las suscitadas por un trabajador en situación de excedencia por cuidado de hijos o por un excedente voluntario), ni tan siquiera determinar cuáles son los efectos de un despido declarado judicialmente como improcedente cuando entre la fecha del despido y la fecha de la sentencia el trabajador despedido es declarado en situación de IP[8].

También a lo largo de los años se ha perfilado la diferencia entre la "revisión de la resolución" de IPT sustentada en errores en la calificación existentes en el momento en el

reguladora, aunque puede, excepcionalmente, sustituirse por una indemnización a tanto alzado si el beneficiario es menor de sesenta años. Además, en el momento en el que el beneficiario cumple 55 años, la será posible acceder a lo que doctrina y jurisprudencia vienen denominando como la "invalidez total cualificada", de modo que el 55% aplicable a la base reguladora en los términos indicados, se incrementa en un 20% más, cuando las circunstancias del beneficiario hagan presumir la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior (art. 196.2 LGSS y art. 6 del Decreto 1646/1972 de 23 de junio). En caso de trabajadores por cuenta propia, se exige como requisito adicional que el pensionista no ostente la titularidad de una explotación agraria o marítimo-pesquera o de un establecimiento mercantil o industrial como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. El TC (en su Sentencia nº 137/1987) ha considerado que el requisito de edad (55 años) no vulnera el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE.

[6] Sobre este tema, véase GARCÍA ROMERO, M.B., "Revisión de grado de incapacidad permanente total en caso de sustitución de la pensión por una indemnización a tanto alzado", *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 18, 2011, págs. 47-52.

[7] Sobre esta concreta cuestión, el art. 2 del RD 1451/1983 sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad, contempla la siguiente situación: "Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional (apartado 1)".

[8] Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 24 febrero 2014 (recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 1037/2013) resuelve que en estos casos, al quedar sin posibilidades prácticas de aplicación una de las alternativas que la legislación laboral reconoce al empresario en caso de despido improcedente (pues la IP hace que el trabajador no pueda volver a desempeñar las funciones básicas de su puesto de trabajo), el tribunal determina que en este tipo de ocasiones, realmente la empresa no dispone de una alternativa real, sino que el cumplimiento de la sentencia debe limitarse a abonar al trabajador la indemnización por despido.

que se dictó la resolución (fueran o no conocidos entonces)[9], y la "revisión del grado" de incapacidad permanente por agravamiento o mejoría del estado del inválido[10]. Al mismo tiempo como se ha expuesto, doctrina y jurisprudencia vienen clarificando, a título ejemplificativo, el tipo de funciones incompatibles con la actividad profesional habitual. Son ya tantas las resoluciones judiciales dictadas en este sentido, y tantas las profesiones analizadas que, partiendo del supuesto de hecho existente en cada caso, es fácil anticipar cuál será la respuesta que se ofrecerá en torno al problema de compatibilidad planteado. En cambio, con el paso del tiempo, siguen surgiendo otro tipo de controversias, todavía no contempladas expresamente en el texto de la ley, ni resueltas de modo unánime por nuestra jurisprudencia, que obligan a realizar una valoración detallada y minuciosa de las circunstancias concurrentes con el fin de alcanzar una solución ajustada a derecho.

En concreto, en el presente trabajo se analizan seis nuevos problemas que se empiezan a plantear en la práctica y a las que nuestra jurisprudencia más recuente ha comenzado a dar respuesta: la influencia del nuevo concepto de grupo profesional en la declaración de IPT, la forma de calcular la pensión de jubilación en las situaciones en las que el sujeto beneficiario de una prestación por IPT hubiese accedido a una segunda actividad con una base de cotización inferior a la que correspondía a la profesión habitual que viniera realizando hasta ese momento, las posibilidades prácticas de compatibilizar pensión de jubilación y trabajo cuando el jubilado en cuestión, antes de acceder a la pensión de jubilación, estuviese afecto por una situación de IPT para su profesión habitual, la incidencia de la situación de IPT sobre la situación legal de desempleo y sobre las personas desempleadas, así como, la compleja determinación de la "profesión habitual" en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo. Por su importancia, cada una de estas situaciones en objeto de un análisis individualizado en los apartados siguientes.

[9] Como es sabido, la revisión de los actos administrativos por error en la resolución está prevista con carácter general en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ahora bien, por lo que respecta a las situaciones de Incapacidad Permanente, el propio art. 143.2 in fine, en realidad recordando lo ya dispuesto con carácter general en el citado precepto, y por tanto, con ánimo meramente aclaratorio, hace una referencia expresa al hecho de que "las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento en cuanto el interesado no haya cumplido la edad (legal de jubilación vigente en cada momento)". En cambio, el resto de los procedimiento de revisión, no estarán sustentados estrictamente en un "error" sobre el diagnóstico inicial, sino en un cambio relevante en la capacidad productiva del inválido (situación que queda claramente expuesta en la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, nº. 4277/2000 de 17 mayo, AS\2000\2625).

[10] Tal y como indica el art. 200.2 del nuevo Texto Refundido de la LGSS, "toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1.a), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

No obstante lo anterior, si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución.

Las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad a que se refiere el primer párrafo de este apartado".

2.1. Grupo profesional y declaración de IPT, ¿cómo ha influido la reforma laboral de 2012?

Como se ha expuesto, entre la prestación por incapacidad permanente total y el desempeño de la profesión habitual existe una incompatibilidad esencial. Como afirma la doctrina más solvente, la inactividad en la profesión a que se refiera la incapacidad permanente total constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de incapacidad permanente total, que es aquel que inhabilita al trabajador para realizar las tareas de una determinada profesión, pudiendo destinarse a otra distinta[11]. Ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez. Doctrina y jurisprudencia hasta ahora ayudaban a perfilar la noción de profesión habitual gracias a la concurrencia de dos reglas interpretativas: por una parte, insisten reiteradamente en que a efectos de la calificación de la incapacidad permanente, han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la "profesión" que venía desarrollando el sujeto[12]; Por otra, proclaman la independencia de la consideración de "profesión habitual", del sistema de clasificación profesional existente en la empresa. Se entendía entonces que la definición de la profesión habitual debe realizarse atendiendo a las funciones a las que se refiere el trabajo desempeñado (o incluso, las que puedan desempeñarse dentro de la movilidad funcional permitida en la legislación laboral)[13]; pero teniendo siempre en cuenta que la declaración de

[11] POQUET CATALÁ, R., pone de manifiesto que en la configuración de esta concepto "en la interpretación que ha ido ofreciendo la doctrina judicial, se aprecia una tendencia expansiva", en "La actual doctrina en la conceptuación de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 3, 2015, págs. 55 y ss.

[12] Una primera aproximación a las sentencias dictadas en este sentido por nuestros jueces y tribunales revela que, para proceder a valorar si concurren los rasgos suficientes como para reconocer una IPT, se han de analizar detenida a individualizadamente todas las circunstancias concurrentes en el caso, realizando una labor de ponderación cuidadosa entre la concreta minoración de la capacidad laboral sufrida por un concreto trabajador y su incidencia real sobre las funciones básicas de su puesto de trabajo habitual. Como indican las SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 mayo 2012 (RJ\2012\6687 y de 4 diciembre 2012 (RJ\2013\1403): "hay que tener en cuenta a efectos de la calificación de incapacidad permanente todas las funciones que integran objetivamente la "profesión" y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante "ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual". De esta forma si son varias las funciones esenciales, consideradas todas ellas indisolubles, y la merma funcional afecta a sólo a algunas de ellas procede la declaración de IPT. Por el contrario si existen varias facetas o vertientes de la misma profesión que pueden desarrollarse ocupando la misma categoría profesional y el trabajador sólo tiene problemas a la hora de realizar algunas de estas atribuciones, pero no todas, no procederá IPT, sino quizá la IP Parcial para la profesión habitual (como expuso en su momento la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social), nº. 4277/2000 de 17 mayo (AS\2000\2625).

[13] La doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo, mantenía que por "profesión habitual" no debe entenderse la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y al que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en términos de movilidad funcional (por todas, la STS 17 de enero de 1989, RJ 1989, 259). Siguiendo esta argumentación, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) nº. 4277/2000 de 17 mayo (AS\2000\2625) advierte que el hecho de "que las funciones concretas que desarrolla el trabajador sean distintas a las realizadas en el momento en que fue declarado en situación de invalidez permanente no es suficiente para justificar la procedencia del grado de IPT reconocido. Y es que en el caso objeto de debate "se está ante un supuesto en el que el trabajador desarrolla, a pleno rendimiento y sin diferencia alguna respecto a los trabajadores que se encuentran en puestos idénticos al suyo, las tareas propias de un puesto de trabajo adscrito o reservado a trabajadores de la misma categoría profesional que sirvió a su declaración de invalidez", sin que a estos efectos resulte trascendente tampoco la reducción de sueldo que recibe el trabajador. Y es que tal circunstancia *(...)*

IPT debía sustentarse atendiendo individualizadamente a las circunstancias presentes en el caso, en el cual resultaba totalmente irrelevante cuál fuese el sistema de clasificación funcional implantado en la empresa.

Así pues, si tradicionalmente en la empresa se distinguían puestos de trabajo, categorías profesionales y grupos de actividad, nuestros jueces y tribunales venían sosteniendo sin reservas que la situación de IP para la profesión habitual se había de valorar atendiendo a las funciones desarrolladas por el sujeto en atención al *concreto puesto de trabajo* que viniera ocupando en la empresa, valoración que se extendía también a las funciones propias *de la categoría profesional* en la que se pudiera encuadrar el sujeto (teniendo en cuenta que la movilidad funcional resultaba libre entre distintos puestos de trabajo ubicados en el seno de una misma categoría profesional).

Por el contrario, desarrollar prestaciones propias de otra categoría profesional –en la misma o distinta empresa–, aunque ésta fuese retributivamente equivalente o quedase encuadrada dentro del mismo grupo profesional –siempre y cuando la merma de la capacidad funcional del trabajador en cuestión le permitiera realizar las tareas propias del nuevo puesto de trabajo–, resultaba perfectamente compatible con la situación de IPT[14]. En definitiva, se venía admitiendo que, para determinar qué ha de entenderse por "profesión habitual" de un sujeto, se atendiera únicamente a las funciones desarrolladas en su puesto de trabajo, independientemente del hecho de que el sujeto todavía pudiese resultar apto para desarrollar las tareas propias de otra categoría profesional, incluso aunque ésta estuviese encuadrada dentro del mismo grupo profesional en el que hasta ese momento se incluía al sujeto.

De esta forma, nuestros jueces y tribunales afirmaban que la compatibilidad entre la pensión de IPT y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta parece condicionada a que las nuevas funciones "no coincidan con aquellas que dieron lugar a la propia pensión", y por lo tanto, resulta irrelevante que una vez declarada la situación de IPT el trabajador en cuestión pase a desempeñar tareas propias de otra categoría profesional aunque ésta estuviese incluida dentro del mismo grupo profesional que su actividad anterior, siempre y cuando las funciones básicas de ambas categorías profesionales, sean diferentes.

Ahora bien, en los últimos años, con la finalidad de flexibilizar al máximo las reglas de movilidad funcional dentro de la empresa, desaparece el concepto de categoría profesional (Ley 3/2012), quedando la concreción del objeto de la prestación laboral determinado únicamente en relación a la asignación de un grupo profesional[15]. Gracias a este cambio, la

puede entenderse incluso como un incumplimiento empresarial del deber de retribución al trabajador, o un reconocimiento tácito de que el grado de incapacidad que verdaderamente sufre el trabajador es IP Parcial y no Total como en un primer momento se reconoció.

[14] Cfr. STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 diciembre 2012 (RJ\2013\1403) resume muy bien esta interpretación tradicional. También, esta línea clásica queda claramente expuesta en la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) nº. 6691/2002 de 21 octubre (AS\2002\3581).

[15] Conviene advertir que el art. 8 Ley 3/2012 ha modificado el art. 22 ET y, en su virtud, el sistema de clasificación profesional deberá realizarse necesariamente por grupos, no admitiéndose las clásicas categorías profesionales; lo que favorece una mayor flexibilidad interna de las empresas e incrementa las facultades organizativas del empresario. Esta regulación, en la medida en que amplía los límites de la movilidad funcional, tendría una clara repercusión en el reconocimiento y la calificación de la incapacidad permanente.

movilidad funcional a iniciativa del empresario resulta ser libre dentro del grupo profesional al que quede adscrito el trabajador. Atendiendo al tenor literal de esta reforma, parece que desencadenará importantes consecuencias no sólo sobre la movilidad funcional sino también sobre las situaciones susceptibles de ser consideradas constitutivas de una situación de IPT.

Pero no sólo eso. Ya la reforma operada por la Ley 27/2011 sobre la LGSS, permitía intuir la intención del legislador de restringir las concesiones de prestaciones por IPT. Y es la citada norma ofreció una nueva redacción al art. 141.1 de la entonces vigente LGSS en relación a las posibilidades de compatibilizar la pensión de IPT y el trabajo, de forma que pasa a incluir una referencia expresa a la imposibilidad del sujeto de desarrollar las funciones propias del grupo profesional en el que estuviera encuadrado[16].

En la misma línea, adviértase que hoy en día, la nueva redacción del art. 194.2 del nuevo Texto Refundido de la LGSS, sigue incluyendo una referencia expresa a la incidencia de las funciones propias del grupo profesional en la declaración de IPT. En concreto, en este precepto se dispone que: "*a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente*". Ahora bien ¿las citadas modificaciones normativas implican verdaderamente un cambio en el criterio interpretativo mantenido hasta ahora al respecto? Adviértase a estos efectos que ni la exposición de motivos de la citada Ley 27/2011 ni tampoco del reciente Texto Refundido de la LGSS, adelantaban cuál era realmente la intención que el legislador perseguía incorporando las mencionadas referencias al grupo profesional del interesado –y no sólo a la profesión que viniera desarrollando el sujeto– a efectos de regular el reconocimiento de la IPT.

Atendiendo al conjunto de cambios normativos operados en los últimos años, la respuesta a la pregunta planteada parece ser afirmativa. En virtud de lo expuesto, se puede apreciar una clara y contundente vocación restrictiva por parte del legislador en la concesión de nuevas situaciones de IPT, optando por un concepto tan amplio de actividad profesional habitual, como el que actualmente configura la legislación laboral. De esta manera se está considerando como una función propia de su actividad profesional habitual toda aquella que pudiera realizar un trabajador atendiendo a la amplia configuración actual de la libre movilidad funcional de los trabajadores[17].

[16] En concreto, este precepto pasa a disponer que: "*En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda 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*". En ese sentido, ya en el año 2012, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 diciembre 2012 (RJ\2013\1403) puso de manifiesto los importantes cambios interpretativos que llevaría aparejada la entrada en vigor "*de la previsión modificativa del art. 141.1 de la LGSS contenida en el art. 3.Dos de la nueva Ley 27/2011*" (ya en vigor, como se ha expuesto, desde el pasado 1 de enero de 2013).

[17] POQUET CATALÁ, R., indica que "se podría concluir que cabría entender profesión habitual como todo aquello que el trabajador puede asumir dentro de sus competencias profesionales y estaría obligado a asumir si la empresa se lo ordena, las cuales no suelen ser correlativas con las concretas funciones rutinarias que se le hayan asignado porque los contenidos de las profesiones suelen ser más amplios que los de los puestos de trabajo (...)", en "La actual doctrina en la conceptuación de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 3, 2015 (BIB 2015/542), pág. 10 *in fine* del soporte informático.

Atendiendo a las indicaciones que ofrecía al respecto la exposición de motivos del RD-Ley 3/212, se puede recordar que dicha reforma perseguía entre otros, el objetivo de fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. Y para lograrlo, se aprueban diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. Entre ellas, se adapta el sistema de clasificación profesional, que "*pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz*"[18]. Con esta iniciativa (unida a los restantes cambios operados por la reforma laboral del año 2012), el legislador piensa que las empresas dispondrán de alternativas legales suficientes que les permitirán "*hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido*". De esta manera si, con la regulación anterior, la movilidad funcional a iniciativa del empresario era libre únicamente entre categorías profesionales equivalentes, la reforma de 2012, con el fin de permitir atender con rapidez necesidades empresariales, amplía considerablemente los límites del *ius variandi* sobre este aspecto, límites que recoge ahora la normativa en materia de Seguridad Social a la hora de perfilar los presupuestos condicionantes de una declaración de IPT.

Parece que lo que se pretende con este cambio es conseguir que gran número de situaciones que antes motivaban una declaración de IPT para la profesión habitual (atendiendo a las concretas funciones propias de su puesto de trabajo) hoy en día sean constitutivas tan sólo de una situación de IP Parcial para la profesión habitual (entendiendo ahora que el sujeto no ha perdido la capacidad laboral para desarrollar todas las actividades incluidas en su grupo profesional). Y este cambio tiene una importancia práctica muy importante: y es que mientras la situación de IPT puede determinar la extinción de la relación laboral (salvo que voluntariamente la empresa acuerde la reubicación del trabajador en una segunda actividad, situación por otra parte muy poco frecuente en la práctica), si se declara la IP Parcial, la empresa tiene obligación legal de recolocación, por lo que las prestaciones a las que tendrá que hacer frente el sistema de Seguridad Social serán mucho menores.

Así pues, puede afirmarse que, aunque la nueva redacción restrictiva del texto de la norma tiene una clara intención de ahorrar recursos a la Seguridad Social, también está sujeta a un importante inconveniente: la configuración del grupo profesional depende en todo caso de la negociación colectiva, por lo que, de no vincularse esta declaración a un compromiso de reubicación por parte de la empresa en un puesto de trabajo compatible con el nuevo estado del trabajador, la declaración del grado de Incapacidad Permanente (bien Total, bien Parcial) corre el riesgo de convertirse en una concesión condicionada a la particularizada configuración individual de cada grupo profesional en cada empresa, con el riesgo de desigualdad de respuestas ante situaciones sustancialmente iguales que esto conlleva.

Pero no sólo eso. Adviértase que el hecho de considerar el *grupo profesional* como punto de referencia para valorar cuales son las funciones básicas de la profesión habitual del trabajador no sólo tiene una importante repercusión reduciendo el número de supuestos de IPT que se declararán a lo largo del año, sino también, una vez concedida esta situación, limitando en gran medida el número de profesiones compatibles con el estado del inválido,

[18] Cfr. Exposición de Motivos del citado RD-Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

que éste podrá compatibilizar lícitamente con el percibo de la citada prestación (198.1 LGSS). Y es que si, como se desprende del art. 194.2 del nuevo Texto Refundido de la LGSS, para ser declarado en situación de IPT se ha de poder concluir que el sujeto en cuestión carece de la capacidad productiva necesaria para realizar las tareas básicas de su profesión habitual (equiparando ésta con el concepto de grupo profesional), de desempeñar una vez reconocida esta situación, una actividad profesional que pudiera encuadrarse en el grupo profesional en el que se encontraba en el momento de ser reconocida tal prestación, se podría generar un supuesto de suspensión del abono de la prestación y de inicio de un procedimiento de revisión del grado, si se detectan incoherencias entre la capacidad laboral acreditada tras la declaración de IPT y la que aparentemente se demuestra tener atendiendo a las concretas actividades profesionales que el sujeto actualmente realiza.

2.2. ¿Cómo se reconoce la IPT para la profesión habitual en casos de pluriempleo o pluriactividad?

Nada impide que, haciendo uso del derecho al trabajo proclamado sin reservas en el art. 35 CE, un sujeto simultanee varias actividades por cuenta ajena (pluriempleo) o por cuenta propia (pluriactividad). Por lo que al pluriempleo se refiere, el único límite al respecto estribaría en el respeto de los descansos fijados como mínimos en la legislación laboral, como garantía imprescindible para asegurar la preservación de la salud del trabajador (como es sabido, 12 horas entre jornada en jornada). De hecho, la pluriactividad y el pluriempleo se han convertido en herramientas esenciales para que muchos trabajadores superen los efectos negativos de la crisis económica, que les ha obligado a compatibilizar varios empleos a tiempo parcial cuando no han podido obtener o conservar uno a jornada completa.

Tan variadas pueden ser las actividades que un mismo sujeto puede llegar a desarrollar simultáneamente en virtud de diversos vínculos laborales o profesionales, que incluso puede darse el caso de que la merma definitiva de ciertas funciones físicas o psíquicas, sólo sean susceptibles de repercutir negativamente sobre la realización de las funciones básicas de una de tales profesiones, pero no sobre las restantes. Llegado el caso de que esta situación se produzca, el hecho de que un sujeto viniera desarrollando a lo largo de su vida activa varias actividades profesionales simultáneamente, no altera el hecho de que todas las realizadas en el momento de la declaración de IPT, aunque éstas sean varias, puedan considerarse como "actividades profesionales habituales". De esta manera, la prestación por IPT se reconocerá atendiendo únicamente a la base de cotización que tuviera el sujeto en la actividad que viniera realizando y respecto a la cual ha perdido la capacidad laboral que le permitía realizar sus funciones básicas

De esta forma, puede concluirse que ni la pluriactividad ni el pluriempleo impiden reconocer como actividad profesional habitual a una de las que viniera desarrollando el trabajador, si ha experimentado una merma de sus capacidades físicas o psíquicas que le impidan desarrollar una de ellas, pero no las restantes. Y es que, debe tenerse en cuenta que cuando la legislación laboral hace referencia a "la actividad profesional habitual" a la hora de definir el concepto de IPT, en ningún momento se condiciona la apreciación de tal habitualidad al hecho de que el trabajador viniera desarrollando tal actividad en exclusiva,

permitiéndose por tanto, situaciones de IPT que sólo afectan a una de las actividades que viniera desarrollando el sujeto en el momento de tal declaración[19].

En definitiva, se trata de la misma respuesta que se viene ofreciendo a la situación (mucho más frecuente en la práctica por cierto), de que un trabajador que viniera prestando servicios en régimen de pluriactividad o pluriempleo, sufra una merma de su salud constitutiva de una situación de Incapacidad Temporal, que sólo afecta a las tareas desarrolladas en una de las profesiones que viene compatibilizando, pero no a las restantes, respecto a las cuales mantendrá su situación de alta en la Seguridad Social y la obligación de asistir a su lugar de trabajo y realizar su prestación laboral[20].

2.3. ¿La declaración de IPT puede considerarse constitutiva de una situación legal de desempleo?

Para contestar a esta pregunta, debe recordarse que el art. 267.1.a) 4º de la LGSS incluye, entre las situaciones legales de desempleo, aquellas en las que la relación laboral se extingue "*por despido basado en causas objetivas*", y a su vez, el art. 52.a) ET, entre las causas denominadas "objetivas" de extinción de la relación laboral, incluye la llamada "*ineptitud sobrevenida*". Llegados a este punto, la pregunta es obligada: la declaración de Incapacidad Permanente Total de un trabajador para la realización de su profesión habitual ¿debe considerarse incluida dentro de las genéricas previsiones el art. 52.a) ET, como si de una forma *sui géneris* de ineptitud sobrevenida del trabajador para desempeñar sus funciones laborales se tratase?

Para ofrecer una respuesta a la cuestión planteada resulta imprescindible recordar que la Incapacidad Permanente del trabajador y la ineptitud sobrevenida para realizar las funciones básicas de su puesto de trabajo constituyen causas autónomas e independientes de extinción del contrato de trabajo, previstas respectivamente en los arts. 49.1.e) y 52.a) ET.

Teniendo en cuenta su diferente ubicación en el texto de la ley, puede concluirse que se trata de causas de extinción distintas, sometidas a una regulación diferente. En concreto, la "*ineptitud conocida o sobrevenida*" con posterioridad al inicio de la prestación laboral es causa de "despido" (despido por causas objetivas), mientras que la declaración de IPT es causa propia de resolución de la relación laboral (y no de despido), con las diferencias causales y formales que tal apreciación conlleva. Y es que si una opera directamente ante la resolución administrativa de Incapacidad Permanente (sea ésta total, absoluta o gran invalidez y sin necesidad de preaviso), la otra no. En concreto, la causa prevista en el art. 52.a) ET para entrar en juego no precisa declaración administrativa que acredite un grado de discapacidad del trabajador en cuestión, sino simplemente que exista una pérdida acreditada de capacidad laboral que incluso puede no llegar a tener trascendencia administrativa.

Así pues, es la distinta naturaleza jurídica de la causa de extinción alegada (despido por una parte y resolución contractual por otra) la que a su vez desencadena otra importante

[19] Como pone de manifiesto, entre otras, la STS (Sala 4) de 4 de julio de 2012 (nº. rec. 1923/2011).

[20] TOSCANI GIMÉNEZ, D., realiza un estudio detallado de los diferentes supuestos en los que se admite "La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos", en *Capital Humano*, nº. 235, 2009, págs. 220 y ss.

diferencia que distingue ambas causas de extinción de la relación laboral: mientras en el supuesto previsto en el art. 52.a) del Estatuto de los Trabajadores debe respetarse la obligación de entregar carta de despido y preavisar de la decisión extintiva (para que éste no sea improcedente), estos presupuestos no se exigen en el supuesto contemplado en el art. 49.1.e) de mismo texto legal (aunque las reglas de la buena fe aconsejen al menos comunicar al trabajador, a título meramente informativo que el contrato se ha resuelto por IP del trabajador para su puesto de trabajo).

Dado que la situación de IPT no constituye en sí misma una causa de "despido" del trabajador, sino una causa autónoma y diferenciada de extinción de la relación laboral, este hecho provoca a su vez dos importantes consecuencias:

Por una parte, adviértase que la extinción del contrato por causa de Incapacidad Permanente del trabajador supone también la supresión de las obligaciones y los derechos laborales que las partes mantuvieran durante la vida de la relación laboral, sin que esta causa de extinción genere en favor del trabajador y a cargo del empresario derecho a obtener indemnización de ninguna clase derivada de la finalización del contrato (a excepción, claro está que la merma de la capacidad laboral del trabajador determinante de la situación de IPT viniese a su vez provocada por una contingencia profesional, en cuyo caso, el empresario deberá hacer frente a las consecuencias indemnizatorias previstas en forma de recargos a las prestaciones de Seguridad Social en la legislación laboral, según dispone el art. 23 LPRL)[21]. Por el contrario, la ineptitud sobrevenida, como las restantes causas de "despido objetivo" dan derecho al trabajador a percibir una indemnización a cargo del empresario equivalente a 20 días de salario por año trabajado.

Debe insistirse en que, aunque la pérdida de la capacidad laboral puede siempre determinar la extinción de la relación laboral al haber perdido el trabajador la capacidad laboral para realizar el servicio encomendado, esto no le asegura en todos los casos poder acceder a prestaciones de la Seguridad Social, y mucho menos, a prestaciones contributivas. Aunque parezca una obviedad, debe recordarse que aunque toda pérdida de capacidad funcional relevante debidamente acreditada puede dar derecho al empresario a extinguir el contrato de trabajo alegando *ineptitud sobrevenida* (art. 52.a ET) del trabajador; en cambio, para extinguir el contrato de trabajo por la vía prevista en el art. 49.1.e ET (*incapacidad permanente del trabajador*) se hace imprescindible que se haya dictado una resolución administrativa a estos efectos (por supuesto previa comprobación de que el sujeto en cuestión además de la merma de su capacidad productiva, cumple también los restantes presupuestos exigidos en la LGSS para determinar el acceso a prestaciones económicas por esta causa)[22].

Al mismo tiempo, es muy importante tener en cuenta que la extinción contractual derivada de una declaración administrativa de Incapacidad Permanente no se considerará situación legal de desempleo (art. 267 LGSS), aunque sí dará derecho al trabajador a percibir las prestaciones que el sistema de Seguridad Social contempla ante la pérdida de la

[21] Y es que no al poder considerarse una auténtica causa de "despido", tampoco puede generar a favor del trabajador derecho a percibir las indemnizaciones por despido que el ordenamiento laboral contempla, con mayor o menor cuantía, a cargo del empresario en los casos en los que la extinción contractual viniese provocada por esta causa.
[22] Cfr. http://www.seg-social.es/Internet_1/Preguntasmasfrecuen37888/PensionistasyPensio48456/IncapacidadpermanenIncapacidadpermanen48908/BeneficiariosRequis48916/index.htm.

capacidad laboral (arts. 193 y ss LGSS). Y precisamente por el hecho de no ser considerada situación legal de desempleo, no le permitirá al sujeto afectado acceder a prestaciones por desempleo derivadas de esta causa de extinción de su relación laboral.

Adviértase que se trata ésta de una opción de política legislativa, porque la persona en situación de IPT, aunque no tiene capacidad laboral para realizar las fundamentales tareas de su profesión habitual, sí puede dedicarse a otra actividad, y por lo tanto, no se encuentra excluido del mercado de trabajo, sino que debe presuponerse que, junto a la declaración de IPT coexiste un *ánimus laborandi*, que se materializará en el momento en el que encuentre una ocupación profesional compatible con su nuevo estado[23]. Pese a esta particular situación, el legislador no ha considerado oportuno establecer excepción alguna al principio general que marca la incompatibilidad entre prestaciones públicas[24], presuponiendo quizá una rápida reincorporación profesional del sujeto a una nueva actividad[25].

No se puede dejar de destacar que el hecho de que la extinción de la relación laboral derivada de una declaración de IPT no permita, por sí sólo, a un sujeto colocarse en *situación legal de desempleo*, no le impide poder *inscribirse como demandante de empleo*, pues constituyen situaciones diferentes (cierto que es en la práctica íntimamente vinculadas), con el fin de intentar valerse de los Servicios Públicos de Empleo para intentar encontrar un nuevo puesto de trabajo adaptado a su capacidad laboral residual[26].

[23] Precisamente por este motivo, como se ha expuesto anteriormente, la prestación que nuestro ordenamiento jurídico contempla ante esta contingencia no tiene como finalidad servir de sustitutivo íntegro de las rentas del trabajador (pues en principio, asciende sólo al 55% de la Base Reguladora) sino simplemente la de compensar la menor retribución que el trabajador en cuestión puede percibir al verse obligado a dedicarse a una profesión distinta a su profesión habitual.

[24] Quizá se trate ésta de una medida demasiado restrictiva del trabajador, puesto que al igual que en un sujeto que ve extinguida su relación laboral por ineptitud sobrevenida, también la persona declarada en situación de IPT para su profesión habitual sufre un brusco cambio en su vida profesional, que puede desencadenar un largo periodo de inactividad, en el cual experimentará una situación de falta de ingresos que, por su escasa cuantía, la prestación de IPT no siempre es capaz de compensar. Y es que hoy en día no se puede negar que, dado el elevado nivel de desempleo que caracteriza al mercado de trabajo español, encontrar un nuevo puesto de trabajo compatible con su nuevo estado por parte de un trabajador afecto por una IPT para su profesión habitual (aunque se trate de una persona joven y cualificada), puede resultar muy difícil o prácticamente imposible.

[25] A estos efectos resulta muy ilustrativo el caso que resuelve la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) nº. 392/2015, de 20 enero, en la que se especifica que en el momento de la declaración de IPT, y a los exclusivos efectos del reconocimiento de una prestación por desempleo, se entienden consumidas las cotizaciones que hasta ese momento haya efectuado el trabajador. Otra cosa muy diferente sería que, llegado el caso, la nueva actividad profesional que pudiera desarrollar el sujeto en cuestión, compatible esta vez con su capacidad laboral residual, se extinguiera por causa ajena a la voluntad del trabajador, en este caso, la extinción de esta nueva relación laboral, siempre y cuando se acredite en esta nueva etapa profesional el periodo de carencia oportuno, si generará derecho a la percepción de prestación por desempleo. En el mismo sentido, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 9 diciembre 2010 (RJ\2011\1456) recuerda que para el cómputo del período de ocupación cotizada que da derecho a la prestación, no son computables las cotizaciones anteriores no consumidas, efectuadas en el empleo respecto del cual se le ha declarado en la situación de incapacidad.

[26] Como a continuación se analiza, esta apreciación no es gratuita, pues mientras al no encontrarse en situación legal de desempleo, el sujeto en cuestión no podrá acceder ni a la prestación contributiva por desempleo ni al subsidio por desempleo, sí podrá ser solicitante del programa de Renta Activa de Inserción para parados de larga duración y especiales dificultades de empleabilidad, siempre que, el importe de la pensión de incapacidad, unido a otras fuentes de ingresos que pudiera tener el interesado o el hogar familiar en el que convive, no le reporte unos ingresos superiores a los previstos a tales efectos en la norma (art. 2.2.a del RD 1369/2006).

Eso sí, debe advertirse que, de desarrollarse en el futuro una nueva actividad profesional compatible con la situación de IPT, el cese en esta segunda profesión (salvo que también sea por declaración de IPT), sí dará derecho al sujeto a colocarse en situación legal de desempleo, y por tanto, podrá acceder a las prestaciones que el ordenamiento jurídico reconoce ante las situaciones de falta de empleo. Ahora bien, para acceder a la prestación por desempleo, nuestros jueces y tribunales vienen exigiendo que en esta nueva etapa el trabajador haya generado el periodo de carencia necesario para ello, descartándose a estos efectos las cotizaciones realizadas en la que fuera en su momento "profesión habitual" del trabajador, que se computan como consumidas[27].

2.4. ¿Puede declararse la situación de IPT para la profesión habitual de una persona desempleada?

Además de los expuestos, otro de los problemas prácticos más frecuentes se suscita a la hora de valorar la relación que existe entre la situación legal de desempleo y el reconocimiento de una situación de IPT. En concreto, la duda que se puede presentar es la siguiente: ¿se necesita que el sujeto en cuestión se encuentre en activo para poder ser objeto de esta declaración administrativa? Y si esto no es así ¿cómo se perfila en estos casos cuál es la profesión habitual del sujeto en atención a la cual debe declararse la situación de IPT? No se puede negar que puede ocurrir que, dada la elevadísima temporalidad del mercado laboral español y las elevadas tasas de destrucción de empleo que ha dejado a su paso la crisis económica, el procedimiento administrativo de declaración de IPT se inicie o incluso, se concluya, cuando el sujeto ya ha extinguido, por transcurso de su duración prevista, o incluso, por haber sufrido cualquier causa de despido, la relación laboral en virtud de la cual venía desarrollando las funciones propias de lo que, hasta ese momento constituía en la práctica su profesión habitual. Ahora bien, este hecho ¿impide que se lleve a efecto tal declaración de IPT?

La respuesta a esta pregunta la ofrece indirectamente la LGSS al determinar las reglas de acceso a la prestación por IPT y concretar, atendiendo a las circunstancias personales del sujeto, la fecha de efectos de la prestación económica reconocida por esta causa. Por tanto, como se puede generar derecho a esta prestación no sólo estando en situación de alta, sino también en situación a*similada al alta*, no hay ningún obstáculo que impida dictar una resolución de este tipo, por ejemplo, respecto a un sujeto que se encuentra inscrito como demandante de empleo, mientras perciba prestaciones contributivas o no contributivas por esta causa o incluso después de haberlas agotado.

Es cierto que en dichas ocasiones, deberá valorarse de forma individualizada y minuciosa cuál es la realmente la profesión que se pudiera considerar "habitual" en el sujeto en cuestión, pero una vez concretada ésta y puesta en relación con las limitaciones

[27] Al respecto, véase, por todas, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 marzo de 2014 (RJ\2014\1429). En dicha sentencia se admite de forma clara la plena compatibilidad entre las prestaciones de desempleo derivadas de la pérdida del último trabajo, con las prestaciones de IPT procedentes de la declaración de incapacidad laboral para desempeñar el primer trabajo. Y es que en este tipo de ocasiones, como pone de manifiesto la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 9677/2008, de 22 diciembre (AS\2009\265), dicha prestación por desempleo tiene como finalidad la sustitución de salario que el sujeto percibía en atención a la nueva actividad profesional desarrollada.

funcionales sufridas, nada impide que, pese a encontrarse en situación legal de desempleo, se le pueda reconocer la situación de IPT. Y es que obviamente la inscripción como demandante de empleo presupone el *ánimus laborandi* del sujeto cuestión, y por tanto, sus expectativas de encontrar un nuevo empleo, expectativas que por otra parte se verán seriamente mermadas cuando sufra una limitación funcional que le impide desarrollar las tareas básicas de la profesión que hasta ese momento había realizado, con carácter principal y preferente a lo largo de su vida activa.

Al no encontrarse el sujeto en activo, en este tipo de ocasiones se considerará "profesión habitual" aquella a la que el interesado hubiese dedicado de forma principal su vida activa. Es decir, parece que en este sentido la determinación de la "profesión habitual" deberá realizarse mediante una valoración conjunta tanto de las últimas actividades que el sujeto hubiera desarrollado, como del contenido de la demanda de empleo, en la que se especifica cuál es la concreta prestación para la que el sujeto en cuestión oferta sus servicios al mercado.

Adviértase en cualquier caso la absoluta incompatibilidad que existe entre la percepción de una prestación por IPT y la prestación por desempleo derivada de la misma actividad que venía siendo habitual y para la que se ha declarado la falta de capacidad laboral del trabajador (art. 282.2 LGSS)[28], lo que obligará al sujeto a optar por una u otra[29].

2.5. ¿Cabe reconocimiento de situación de IP sin prestaciones?

Como es sabido, toda situación IP que derive de enfermedad común, exige el potencial beneficiario reunir un periodo mínimo de cotización para generar derecho a prestaciones. En caso contrario, si el citado periodo de carencia no se ha completado, aunque el sujeto haya sufrido una importante merma de sus capacidades físicas o psíquicas que le imposibiliten desarrollar las funciones básicas de su puesto de trabajo, no tendrá derecho a prestaciones a cargo de la Seguridad Social.

Precisamente por la importantísima trascendencia práctica de esta consecuencia, se suscita la duda de si el reconocimiento de una situación de IP debe ir necesariamente unido al reconocimiento de la prestación económica derivada de esta contingencia o si por el contrario, la declaración de IP en cualquiera de sus grados, puede dictarse aunque el sujeto en cuestión no cumpla los presupuestos exigidos para tener acceso a las prestaciones que la Seguridad Social contempla ante esta contingencia.

[28] Otra cosa muy diferente es que el sujeto pueda mantener la prestación de IPT derivada de la que en el pasado fue su profesión habitual, al mismo tiempo que percibe una la prestación por desempleo derivada de la pérdida contraria a su voluntad de un empleo correspondiente a una segunda actividad compatible con su estado. Y es que a estos efectos, el art. 282.2 LGSS claramente precisa que "*La prestación y el subsidio por desempleo serán, asimismo, incompatibles con la obtención de prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio*".

[29] Como bien recuerdan, entre otras, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) nº. 5453/2002, de 25 julio (AS\2002\2992), la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 8324/2010, de 22 diciembre (AS\2011\1323), la STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) nº. 155/2001, de 5 febrero (AS\2001\1874), o (aunque resolviendo en este último caso un supuesto muy específico) la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 813/2012, de 8 marzo (AS\2012\1108).

Se trata de un problema que en muchas ocasiones pasará desapercibido, pues en los casos en los que la IP derive de enfermedad profesional o accidente (sea o no de trabajo), no se exigirá periodo de carencia de ninguna clase, por lo que el reconocimiento de la situación de IP y de las prestaciones derivadas de esta contingencia, será necesariamente paralelo.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la Incapacidad Permanente deviene de una enfermedad común y el sujeto en cuestión no reúne el periodo de carencia exigido por la ley para tener derecho a estas prestaciones? Y es que si el reconocimiento de esta situación deriva de la pérdida sobrevenida de la capacidad para desarrollar las funciones propias del puesto de trabajo habitual de un sujeto o incluso, de cualquier tipo de actividad productiva cuando éste ya estuviera incorporado al mercado de trabajo, pero no se ha completado el periodo de carencia que resulte exigible, ¿se podría presentar la paradójica situación en la que el reconocimiento de una IP en cualquiera de sus grados no lleve aparejada la correspondiente prestación económica a cargo de la Seguridad Social?

A estos efectos, debe advertirse que ni la redacción literal ni del art. 137 de la antigua LGSS ni la del nuevo art. 195 del nuevo Texto Refundido de la LGSS –al menos, respecto a esta cuestión–, se muestran todo lo claros que hubiese sido deseable, pues ni permiten ni niegan expresamente la posibilidad de deslindar reconocimiento de situación y derecho a prestación. Así pues, han de ser nuestros jueces y tribunales y también nuestros órganos administrativos los que, para responder a esta pregunta, se vean obligados a interpretar el contenido literal del precepto.

De esta forma, se viene negando el reconocimiento de la situación de Incapacidad Permanente en cualquiera de sus grados a las personas que no puedan acceder a prestaciones a cargo del sistema de Seguridad Social por no cumplir el periodo mínimo de cotización exigido para ello[30]. Esta respuesta, obliga a remitirlos directamente al oportuno reconocimiento de un grado de discapacidad que se puede llevar a cabo por los servicios administrativos competentes (recuérdese que este tipo de declaración corresponde a las unidades de valoración de incapacidades dependientes de los servicios de asuntos sociales de las correspondientes Comunidades Autónomas).

De la misma forma, al no existir reconocimiento de Incapacidad Permanente, tampoco la relación laboral podrá extinguirse directamente por esta causa (49.1.e ET), sino que, en el caso de que el sujeto verdaderamente haya perdido la capacidad laboral necesaria para desarrollar las tareas esenciales de su puesto de trabajo, se requerirá tramitar y probar su ineptitud sobrevenida para, en atención a esta, poder poner fin, de forma lícita, a la relación laboral iniciada. Pero aunque en ocasiones este hecho pase desapercibido, en realidad esta práctica jurisprudencial persigue una finalidad de protección del trabajador afectado. A estos

[30] Ya la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó con fecha 14 de octubre de 1991 una sentencia en recurso de casación para la unificación de doctrina en la que se determina la improcedencia de declarar o reconocer la situación de lncapacidad Permanente cuando, no obstante concurrir un cuadro de lesiones susceptibles de merecer, desde una perspectiva médica, dicha calificación desde el plano jurídico en el que se desenvuelve el Sistema de Seguridad Social no existe derecho a la correspondiente prestación económica. Hoy en día, esta previsión queda incluida en el apartado primero de la Resolución de 25 de marzo de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social a través de la cual expresamente se proclama la *improcedencia de la declaración de lnvalidez Permanente cuando no exista derecho a prestación económica*.

efectos, conviene recordar que si la relación laboral finaliza por ineptitud sobrevenida, además de tratarse de una causa de extinción contractual que confiere derecho al trabajador a percibir una indemnización de veinte días de salario por año trabajado derivada de la extinción de su relación laboral, el trabajador en cuestión se colocará también en "situación legal de desempleo", lo que le dará acceso a prestaciones por desempleo.

En caso contrario, reconociendo situación administrativa de IP sin que ésta pueda ir acompañada de las correspondientes prestaciones por falta de los requisitos necesarios para ello[31], se coloca al sujeto en una situación de bloqueo pues, como se ha indicado, de tal declaración derivará la extinción de su relación laboral sin derecho ni a indemnización ni a prestaciones por desempleo[32].

En cambio, negando esta calificación por no reunir el periodo de carencia (aunque las pérdidas funcionales o sensoriales del sujeto en cuestión sean notables), y a pesar de que el sujeto en cuestión no pueda acceder a prestaciones por Incapacidad Permanente, sí tendrá derecho a las prestaciones tanto contributivas como no contributivas que nuestro ordenamiento jurídico reconoce ante la contingencia de la pérdida del empleo[33], pues la extinción del contrato por la causa prevista en el art. 52.a ET sí se encuentra contemplada en el art. 267 LGSS al enumerar las distintas situaciones legales de desempleo[34].

Ahora bien, no se puede dejar de mencionar que, aunque el periodo durante el que un sujeto percibe prestaciones contributivas por desempleo se considera periodo cotizado (265.1.a. 2º LGSS), si se niega la calificación de IP cuando el sujeto no acredita reunir el periodo de carencia suficiente, y aunque en un momento posterior el sujeto en cuestión, sí

[31] El periodo de carencia aparece previsto en el art. 195.2 y 3 LGSS. Debe tenerse en cuenta que se trata de un periodo de carencia variable, que se ha de calcular de forma individual para cada uno de los posibles beneficiarios, pues variará dependiendo de cuál sea la edad del sujeto en el momento declaración de la situación de IP y el tiempo transcurrido desde la fecha en la que cursó alta por primera vez en el RGSS. Huelga decir que en el caso de que a lo largo de la vida activa existan periodos cotizados a tiempo parcial, deberán aplicarse las reglas correctoras previstas en la sección 1º del Capítulo XVII del nuevo Texto Refundido de la LGSS (anteriormente en la DA 7ª LGSS), tendentes a mejorar la situación de los trabajadores a tiempo parcial, aplicando criterios de proporcionalidad en lo que atañe tanto a la determinación de los días cotizados, como a la duración del periodo de carencia.

[32] Pues no se ha previsto consecuencia indemnizatoria alguna derivada de la extinción de la relación laboral por esta causa, ni tampoco ésta se encuentra entre los distintos supuestos calificados como "situaciones legales de desempleo" a efectos de posibilitar el acceso a la cobertura económica que el ordenamiento jurídico prevé ante las situaciones de falta de empleo.

[33] Debe insistirse en que el periodo de cotización exigido para tener acceso a prestaciones contributivas por desempleo es, por lo general, de mucha menor cuantía que se requiere para acceder a prestaciones por IP derivada de enfermedad común.

[34] Por el contrario, la mera extinción de la relación laboral derivada del reconocimiento de una situación de IP no se considera "situación legal de desempleo", presuponiéndose que el sujeto, por la pérdida funcional que sufra, ya no se encuentra en situación de "buscar activamente empleo", imprescindible en toda "situación legal de desempleo". Se trata sin duda de una situación en cierta medida paradójica, puesto que si lo que se ha dictado es una declaración de IPT para la profesión habitual, esto está inhabilitando al sujeto para realizar las funciones propias de su puesto de trabajo habitual, pero no otras distintas, que podrá perfectamente compatibilizar con la prestación recibida por este motivo. Parece entonces que el legislador configura el reconocimiento de situación de IP y las prestaciones derivadas de esta continencia, como una unidad, y por lo tanto, presume que la cobertura económica del sujeto que se encuentren esta situación ya está cubierta por la prestación de IPT (aunque ésta sea de escasa cuantía) que le permitirá al sujeto contar con un medio de vida hasta que encuentre (si es que decide continuar su actividad profesional buscando un puesto de trabajo o actividad productiva compatible con su nuevo estado), una nueva ocupación, excluyendo de esta manera las prestaciones por desempleo.

pase a completar el periodo de carencia necesario para poder acceder a las prestaciones por IP (gracias a la prestación por desempleo, o incluso, realizado una nueva actividad profesional), ya no podrá acceder a las prestaciones por IP derivadas de la misma causa, salvo que se haya producido un agravamiento de su estado[35].

A estos efectos, no se puede dejar de señalar que, aunque la extinción de la relación laboral derivada de la declaración de IP no implique "situación legal de desempleo" y por lo tanto, no genere el acceso a las prestaciones contributivas ni a los subsidios reconocidos ante la contingencia de la falta de empleo (para los cuales, la situación legal de desempleo actúa como presupuesto imprescindible), no ocurre lo mismo con otras ayudas asistenciales. Así, a modo de excepción, un sujeto que haya sido declarado en situación de IPT, siempre que no supere el nivel de rentas previsto en la norma, podrá acceder al programa de Renta Activa de Inserción, para el que no se pide encontrarse en "situación legal de desempleo", sino simplemente estar "inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo" (cfr. art. 2.2. a RD 1369/2006).

2.6. Periodos temporales computados como cotizados ¿deber de justificar o derecho a conocer?

Enlazando con la cuestión anterior, se puede presentar un segundo problema: con carecer general, la existencia o ausencia del periodo de carencia se demuestra atendiendo a la vida laboral del sujeto, en la que constan, separados por periodos anuales, los días cotizados. Ahora bien, ¿qué ocurre con otros periodos que la ley reconoce como cotizados, pero que no constan en la vida laboral?

Este problema se puede plantear, por ejemplo, ante la situaciones de excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, en los términos previstos en el art. 237 LGSS, o respecto a los días añadidos por nacimiento de hijo por parto que se prevén respectivamente en los actuales art. 235 y 236 de la LGSS (y anteriormente, las DA 44ª y 66ª LGSS). A través de los preceptos expuestos se da lugar al reconocimiento ficticio de ciertos periodos como cotizados aunque en realidad no existiera cotización alguna, y que están destinados, precisamente, a ayudar a integrar el periodo de carencia exigido para acceder a las prestaciones por jubilación o por Incapacidad Permanente de los trabajadores con cargas familiares.

Es entonces cuando se suscita la siguiente duda: ¿cómo se han de acreditar estos periodos añadidos de cotización? ¿Debe probar su existencia y su cuantía el sujeto interesado? O por el contrario ¿se trata de una información que ya obra en poder de la

[35] A estos efectos, la Resolución de 25 de marzo de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, todavía vigente, a través de la que se determina la *improcedencia de la declaración de lnvalidez Permanente cuando no exista derecho a prestación económica***,** con ánimo restrictivo, dispone que "*En el supuesto de que se efectúen cotizaciones con posterioridad a la resolución dictada de conformidad con las presentes instrucciones, no podrá causarse derecho a prestación por incapacidad permanente, aunque se reúna la carencia necesaria para ello, si el solicitante padece las mismas lesiones que se hicieron constar en la primera resolución denegatoria, salvo que dichas lesiones hubiesen sufrido una agravación de entidad suficiente para modificar la capacidad laboral del interesado*".

Administración pública, y por tanto, tiene el deber de aplicar de oficio? Como se puede apreciar, se trata de una cuestión sin duda compleja y de gran trascendencia práctica.

Y es que, aunque Ley 30/1992 impone la obligación a la Administración pública de no solicitar información que ya obre en su poder, en ciertas ocasiones la interrelacionar y conectar la información de la que disponen distintas Administraciones públicas, no resulta una tarea fácil. Obviamente, los periodos de excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares constan desglosados en la vida laboral de todo trabajador, por lo que no suscitarán tantos problemas de identificación y aplicación. Pero ¿qué ocurre con los periodos añadidos de cotización que reconocen los arts. 235 y 236 LGSS derivados del nacimiento de un hijo? Y es que éstos, en principio, no constan en la información de la que dispone la TGSS y por lo tanto, no se reflejan en la vida laboral de la persona, pero los puede fácilmente deducir el sujeto encargado de aplicar el derecho, de la existencia de periodos sin cotización en el momento inmediatamente anterior o posterior al hecho objetivo del nacimiento de un hijo (información de la que por otra parte, también dispone la Administración pública a través de los datos incluidos en el Registro Civil).

Así las cosas ¿qué ocurre cuándo a su sujeto se le niega el acceso a una prestación derivada de IP derivada de enfermedad común por no acreditar que reúne el periodo de carencia necesario, cuando en realidad le ha pasado desapercibido bien al interesado acreditar que puede beneficiarse de una de estas simulaciones, bien a la Administración pública valorar en su conjunto la información de la que dispone?

Hay que tener en cuenta que la ficción de cotización por parto se halla recogida en normas muy específicas de la Seguridad Social, lo que puede generar que, en la práctica, le pase desapercibida al interesado. Y si eso ocurre ¿se ha de perjudicar al trabajador por esta causa? ¿Debe considerarse que –si se cumple el periodo de carencia exigido para ello– el derecho a las prestaciones que reconoce el sistema de Seguridad Social derivadas de IP, constituye un derecho mínimo del potencial beneficiario, y por tanto irrenunciable por su parte, y aplicable de oficio por parte de la administración de justicia? Y si esto es así, ¿su concurrencia podrá apreciarse incluso en fase de recurso por el TSJ, la alegue o no el recurrente, aunque ni el interesado ni el juzgador de instancia la detectasen en un primer momento procesal?

Teniendo en cuenta la redacción imperativa de los actuales arts. 235 y 236 LGSS, parece que esta última es la respuesta que viene teniendo mejor acogida por parte de nuestros jueces y tribunales, que admiten el reconocimiento de los 112 días ficticios de cotización en fase de recurso, hubiese alegado o no el interesado previamente este hecho al presentar su demanda[36], aunque no se puede negar que, por el momento, se trata éste de un tema polémico sobre el que existen diversas posturas interpretativas, por lo que dependerá de cada juez o tribunal en concreto, aplicar una postura más o menos flexible al respecto.

[36] Como ejemplo de ello, se puede citar la reciente STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº. 1380/2015 de 13 marzo (JUR\2015\90881), y las SSTSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 1581/2015 de 3 marzo (AS\2015\886) y nº. 5445/2011 de 28 julio (AS\2011\2530) respectivamente, de las que se deduce la necesidad de aplicar automáticamente por parte del órgano valorador, la existencia de estos periodos ficticios de cotización a la hora de calcular el periodo de carencia del potencial beneficiario de una prestación por incapacidad.

3. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, son muchos y variados los problemas prácticos que pueden suscitarse en torno a la situación de IPT para la profesión habitual. Así, a la vista de que el actual régimen jurídico no contempla la infinidad de situaciones y problemas que pueden presentarse en la práctica, quizá sería conveniente emprender un proceso de reformulación. Ahora bien, llegados a este punto es imprescindible en primer lugar desentrañar cuál será el objetivo principal que el legislador querrá alcanzar en el caso de emprender una futura reforma: y es que a estos efectos no siempre es previsible que la reforma que se pueda llevar a cabo pretenda solventar los defectos y omisiones en la regulación de la situación de IPT en beneficio del trabajador, sino que, sobre todo en el contexto generalizado de contención del gasto público en el que estamos inmersos, puede que, de llegar a emprenderse este cambio, se persiga un objetivo muy diferente.

Y es que, si lo que se pretende es conseguir una reducción del gasto en prestaciones con el fin de contribuir de esta manera a garantizar la viabilidad futura del sistema de Seguridad Social, quizá toma propuesta de modificación del régimen jurídico de la situación de IPT se aproveche para proponer una reformulación de la configuración actual del reconocimiento de una situación de IPT, tomando como referencia la regulación actualmente ofrecida ante otras situaciones de necesidad y otras prestaciones de la Seguridad Social no demasiado lejanas a ella.

Persiguiendo este objetivo, –y sin duda influido por las líneas de actuación marcadas en otros países de Europa– no se ha de descartar que actualmente se esté estudiando la posibilidad de que la IPT pueda pasar a considerarse una situación meramente residual, a la únicamente se podría acceder después de agotar todas las posibilidades de recolocación del trabajador en un puesto de trabajo compatible con su estado en la empresa en la que viniera prestando sus servicios en el momento de declararse permanente la merma funcional que sufre. Debe destacarse que no se trataría éste un cambio tan sustancial respecto a la situación hasta ahora existente, pues no se puede olvidar que por el momento existe una obligación similar en los casos de reconocimiento de una situación de IP Parcial (en virtud de la que se daría lugar a un cambio permanente en las funciones desarrolladas por el trabajador en la empresa[37]), o incluso ante los supuestos de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia (aunque en este caso se desplegaría una obligación de reubicación de carácter meramente provisional).

En síntesis, parece que toda propuesta de reformulación del régimen actual de la situación de IPT pese a sus inconcreciones y lagunas, no se coloca en un lugar prioritario. Y es que, habida cuenta que la protección que ofrece el ordenamiento jurídico español ante las situaciones de IPT es una de las más altas de la Unión Europea, de insistirse en este tema se corre el riesgo de que, el legislador, arrastrado por las estrictas instrucciones de ahorro, en lugar de solventar los defectos de regulación existentes clarificando la situación en la que se

[37] Es el art. 1 del citado RD 1451/1983 sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, el que establece que, aunque puedan experimentar ciertas adaptaciones de sus condiciones laborales en atención a una posible minoración de su rendimiento, "los trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial, tienen derecho a su reincorporación en la empresa".

encuentra el trabajador y mejorando su cobertura social, opte por seguir el ejemplo que ofrecen otros países de nuestro entorno, y pase a reservar la declaración de IPT únicamente para las situaciones en las no se encuentre un puesto de trabajo compatible con el estado del inválido[38]. Y es que, como se ha expuesto, de llegar a aplicarse esta propuesta, tanto en los casos en los que la merma funcional derive de contingencias comunes como de contingencias profesionales, el devengo de la prestación por IPT quedaría siempre condicionado al hecho de que en la empresa no existiera un puesto compatible con el estado del inválido o no se pudiera llevar a efecto la citada movilidad funcional por otra causa[39]. Esta situación, de prosperar, generaría un cambio tan radical de regulación respecto al sistema actualmente vigente, que sin duda, sería difícil de llevar a la práctica sin despertar polémicas muy serias.

Ahora bien, si este tipo de tendencias llegan a cristalizarse, debería también reformularse la redacción de ciertos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la confluencia de ambas regulaciones (la actual y la propuesta) daría lugar a una situación de precariedad laboral insostenible. Adviértase a estos efectos que siguen en vigor las previsiones recogidas en el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 en virtud de las cuales se contempla que aunque la pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual, será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta, "*cuando la incapacidad del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión*". De esta manera, si hoy en día se prevé la posibilidad de acordar una reducción del salario en proporción a la mengua del rendimiento con el fin de

[38] Al respecto, se ha dicho que "no cabe duda que resulta complejo defender una regulación que imponga, en todo caso, la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. Lo que sí que cabría, en nuestra opinión, sería condicionar la extinción del contrato a la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo o de reubicar al trabajador, siendo necesario al respecto el informe de la representación legal de los trabajadores. De esta forma, la extinción de la relación laboral sería la última de las opciones posibles, a la que cabría acudir únicamente ante la imposibilidad de aplicar soluciones menos drásticas, como la adaptación del puesto de trabajo (que se podría concretar en la introducción de ajustes razonables, en la reducción de la jornada o en la adaptación de las concretas funciones), o como la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. Con ello, se favorecería el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida y, al tiempo, se aligerarían las cargas del sistema público de pensiones, pues sólo se devengaría una pensión de carácter vitalicio ante una pérdida de los ingresos de activo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, o ante una minoración de los mismos, fruto de una reducción de jornada o de la asignación de funciones propias de un nivel retributivo inferior". Al respecto, véanse, entre otros, ARAGÓN GÓMEZ, C. y MERCADER UGUINA, J., "*La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el Trabajo*", Lex Nova, Valladolid, 2013, AAVV (Coord. BOROBIA FERNÁNDEZ, C.), "*Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral"*, La Ley, Madrid, 2007, y AAVV, "*Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*" (Coord. por MONEREO PÉREZ, J.L.), Comares, Granada, 2008.

[39] En esta línea, ciertos países del norte de Europa llevan a cabo una política todavía más estricta en el reconocimiento de la situación de IPT, y para ello, la vinculan no sólo a la ausencia de colocación adecuada en la empresa de origen, sino también al fracaso de los servicios públicos de empleo estatales, lo que se producirá si después de haberse seguido los cursos de recualificación profesional expresamente impartidos con el fin de intentar potenciar la capacidad laboral residual del trabajador, no se consiga, encontrar un nuevo puesto de trabajo compatible con su nuevo estado en un plazo razonable de tiempo (proceso de recualificación profesional durante el cual el trabajador recibe una ayuda temporal, pero no vitalicia). Al respecto, véase la comparación entre la situación de IPT y su cobertura económica en los distintos países de Europa realizada en la tesis doctoral pendiente de publicación de PINÉ CÁCERES, M.D., "*La Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual en Europa",* Facultad de Medicina, Universidad de Murcia, 2015.

incentivar que las empresas contraten a este tipo de trabajadores[40], dicha previsión carecería de sentido si, llegado el momento, se suprimiese la prestación de IPT para los trabajadores que accedan a un nuevo empleo.

En cualquier caso, no está de más señalar que, aunque el objetivo del legislador sea el de ir reduciendo progresivamente el gasto en prestaciones, como se puede comprobar, por el momento se está lejos de emprender el citado cambio. Tanto es así que ni siquiera se han articulado por el momento beneficios concretos en la cuota de cotización a la Seguridad Social para las empresas que opten por contratar a este tipo de sujetos (previsión que sin duda sería imprescindible de querer encomendar únicamente a su nueva actividad profesional el sustento de estos trabajadores). Y es que hasta ahora, los únicos incentivos a la contratación que tienen su razón de ser en una merma de la capacidad productiva del trabajador contratado se reservan para las personas discapacitadas (declaración administrativa que en ciertos casos puede recaer también sobre una persona respecto a la que se haya dictado una resolución de IPT, pero que no se trata de previsiones necesariamente coincidentes), o cuando se contrata a un trabajador proveniente de esta situación, pero ya recuperado[41].

4. BIBLIOGRAFÍA

AAVV (Coord. Borobia Fernández, C.), «Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral», La Ley, Madrid, 2007.

AAVV, «Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico» (Coord. por Monereo Pérez, J.L.), Comares, Granada, 2008.

ARAGÓN GÓMEZ, C. y MERCADER UGUINA, J., «La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el Trabajo», Lex Nova, Valladolid, 2013.

[40] Como pone de manifiesto ESTEBAN LEGARRETA, R., "esta medida se caracteriza, en primer lugar, por su origen paccionado. Y, en segundo, por establecer un límite de reducción del salario (el 50%), pero no una garantía de salario mínimo. A este respecto, se plantea la duda de si cabría la posibilidad de abonar al trabajador una retribución inferior al Salario Mínimo Interprofesional o resultaría de aplicación, con carácter supletorio, el art. 27 ET. Pues bien, esta corriente doctrinal se inclina por la primera opción, en la medida en que, en tal caso, se permite la compatibilidad entre el salario y la prestación por incapacidad permanente total, en base a lo previsto en el art. 141 LGSS. En consecuencia, esta disminución de las rentas de activo justificaría, por tanto, el percibo de una renta de sustitución que, como sabemos, alcanza el 55% de la base reguladora de la prestación", en "*Contrato de trabajo y discapacidad*", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 347.

[41] El art. 2 del RD 1451/1983 sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, establece que "los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional (apartado 1). Las readmisiones que lleven a efecto las Empresas, en los supuestos previstos en este artículo darán derecho a reducciones del 50% de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años (apartado 3)".

ESTEBAN LEGARRETA, R., «Contrato de trabajo y discapacidad», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 347 y ss.

GARCÍA ROMERO, M.B., «Revisión de grado de incapacidad permanente total en caso de sustitución de la pensión por una indemnización a tanto alzado», Aranzadi Social, vol. 3, nº 18, 2011, págs. 47-52.

PINÉ CÁCERES, M.D., «La Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual en Europa», Facultad de Medicina, Universidad de Murcia, 2015.

POQUET CATALÁ, R., «La actual doctrina en la conceptuación de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente», Revista Aranzadi Doctrinal, nº. 3, 2015, págs. 55 y ss.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos», en Capital Humano, nº. 235, 2009, págs. 220 y ss.

El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres

The new maternity complement and the factors that influence the amount of women´s contributory pensions

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA
PROFESORA TUE DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO-EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

Resumen

Existe una importante diferencia en las cuantías de las pensiones de mujeres y hombres. La nueva Ley de Seguridad Social regula un nuevo complemento por maternidad que busca disminuir la brecha de género en pensiones. Sin embargo, son numerosos los factores adversos que ha de combatir dicho complemento.

Palabras clave

pensiones públicas, mujeres, brecha de género en pensiones, causas.

Abstract

There is a great discrepancy between the amount collected in women´s and men´s pensions. The new Social Security Law contains a new maternity complement which aims to reduce the gender gap in pensions. However, there are numerous adverse factors this complement has to face.

Keywords

public pensions, women, gender gap in pensions, causes.

1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MUJERES PENSIONISTAS EN ESPAÑA

En España son muy notables las diferencias en la protección social que hombres y mujeres reciben del sistema público de pensiones. Los datos al respecto no dejan lugar a ninguna duda: las mujeres destacan en número como perceptoras de las pensiones no contributivas y de las pensiones SOVI, de cuantías muy bajas. Además, en el resto de pensiones contributivas las mujeres cobran menos pensiones en aquellos regímenes en los que las cuantías son mayores, y de entre los diversos tipos de pensión son perceptoras mayoritarias de las pensiones de cuantía más baja y de las pensiones por derecho derivado. También son mayoritarias en la percepción de complementos por mínimos. Ello debemos atribuirlo a diversas causas que trataremos de analizar en este trabajo.

La desigualdad en materia de pensiones no es nueva sino que existe desde los mismos orígenes del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, la sociedad española ha experimentado notables cambios desde entonces en lo que respecta a la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo. Aunque puede parecer razonable pensar que la progresiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo con carreras de cotización cada vez más largas trae consigo una mejora en las cuantías de sus pensiones que van progresivamente acercándose a las de los hombres, los estudios sobre esta materia no confirman dicha esperada aproximación sino que constatan que la desigualdad se mantiene prácticamente estable y que no presenta una tendencia a la baja.

En vísperas de las elecciones generales de diciembre de 2015, el gobierno español incluyó en la Disposición final segunda de la LPGE para 2016, en el ámbito de la acción

protectora de la Seguridad Social, un complemento por maternidad en las pensiones contributivas que persigue diversos objetivos de entidad referidos a las pensiones de las mujeres. Los objetivos formulados por el gobierno son:

"reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad",

"valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres",

"eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea" y

"dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia" aprobado por el Gobierno[1].

El primero de ellos va dirigido a mujeres que generan pensiones contributivas por derecho propio mientras que los tres siguientes tienen un objetivo más amplio que abarca también a las posibles perceptoras de pensiones contributivas por derecho derivado. Este nuevo complemento se aplica ya desde enero del año 2016, sin embargo, su regulación concreta es restrictiva respecto de los objetivos que plantea la ley. No todas las mujeres que han realizado una aportación demográfica van a tener derecho al mismo, ni tampoco todos los tipos de pensión contributiva van a tener dicho complemento. Además solo se va a aplicar a las pensiones que se causen a partir del 1 de enero de 2016.

Los objetivos que se proclaman en el origen de este nuevo complemento como son suavizar las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres, y eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones no son objetivos menores. De tal forma que este nuevo complemento viene a tratar de eliminar o al menos aminorar las diferencias entre las pensiones de los hombres y de las mujeres. Son múltiples los factores que explican la notable diferencia entre las pensiones de los hombres y de las mujeres y a los que ha de hacer frente este nuevo y limitado complemento. Así, el objeto de este trabajo es hacer un repaso de dichos factores que explican la brecha de género en pensiones, algunos de ellos firmemente arraigados en España. Además, tampoco las reformas en materia de seguridad de los últimos años han contribuido a mejorar las pensiones de las mujeres. Del mismo modo, se analizarán las características de este complemento por maternidad.

[1] Texto de la enmienda a los PGE para 2016 para incluir el complemento por maternidad en las pensiones contributivas.

2. FACTORES QUE EXPLICAN LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES PENSIONISTAS EN ESPAÑA

Vamos a analizar a continuación los factores que influyen en las diferentes cuantías de pensiones que hombres y mujeres causan en España, cuyas consecuencias está llamado combatir el nuevo complemento por maternidad. Algunos de estos factores están relacionados con las trayectorias laborales de las mujeres, que condicionan directamente sus posibilidades de acceder a prestaciones de seguridad social por derecho propio además de a las cuantías que van a percibir. Se trata de factores interrelacionados entre sí, cuyas consecuencias negativas para la adquisición de pensiones por parte de las mujeres se van acumulando. Otros de los factores que influyen en las menores cuantías de pensión que perciben las mujeres se sitúan en la propia configuración del sistema de Seguridad Social, que aunque formule sus normas de forma neutral, dada la realidad social, su incidencia no es la misma sobre hombres y mujeres.

2.1. Factores relacionados con el mercado de trabajo que condicionan los derechos de pensiones de las mujeres

Analizaremos en este punto diversos aspectos relacionados con el mercado de trabajo en los que las mujeres sufren situaciones de desventaja respecto de los hombres. Estas situaciones de desventaja no sólo las van a padecer durante su vida laboral sino que sus consecuencias las van a arrastrar también en el momento de causar pensiones de seguridad social, por lo cual sus consecuencias se van a dejar sentir también en el futuro. Se trata de las tasas de actividad de las mujeres, sus tasas de empleo, la segregación de hombres y mujeres por tipos de actividad, la brecha salarial entre mujeres y hombres, y la jornada laboral y la contratación temporal de las mujeres. Estos aspectos pueden estar relacionados entre sí y confluir en una misma persona de tal forma que esas circunstancias negativas se acumulan y por tanto sus consecuencias.

2.1.1. Las tasas de actividad de las mujeres siguen siendo inferiores

A pesar de que las mujeres han ido incorporándose de forma creciente al mercado de trabajo a lo largo de las últimas décadas, en ningún momento han llegado a alcanzar las tasas de actividad de los varones. Es más, tampoco la importante pérdida de hombres activos que se ha constatado a lo largo de la crisis ni el aumento de la población activa femenina registrada han llegado a equiparar dichas tasas. De acuerdo con los datos del EPA del cuarto trimestre de 2015 (28.01.16), la tasa de actividad de las mujeres se situaba en el 53,79%, al mismo tiempo que la de los hombres era del 65,37%. Aunque esta diferencia entre las tasas de actividad de ambos grupos ha descendido significativamente en los últimos años, ya que en el año 2008 se situaba en 19 puntos porcentuales a favor de los hombres y en el año 2015 se redujo hasta los 11,58 puntos.

La crisis económica ha influido de forma muy importante en el comportamiento de las personas en relación con la búsqueda de empleo. De acuerdo con el VI Informe "Mayores de 45 años en el mundo laboral" de la Fundación Adecco, en el primer trimestre del año 2014 se alcanzó un máximo histórico, ya que 40.700 personas mayores de 45 años salieron a buscar su primera oportunidad laboral, cifra que triplicó con creces la alcanzada en 2007 (12.600). Entre dichas personas, la proporción de mujeres ha sido sustancialmente mayor ya que

fueron 35.300 mujeres las que en ese periodo buscaron su primer empleo, frente a 5.400 hombres. El 86% de estas personas que se incorporaron al mercado de trabajo fueron mujeres, la mayoría de ellas amas de casa que no trabajaban fuera del hogar pero tras quedar su pareja en paro han tomado la decisión de buscar un empleo como medio para aportar ingresos económicos al hogar. El que esas mujeres permanecieran en situación de inactividad se explica en muchos casos por atender las labores del hogar y ha sido la progresiva reducción de ingresos de los hogares y las expectativas de encontrar trabajo en actividades en las que predomina el empleo femenino, principalmente en actividades relacionadas con los cuidados, las que las han empujado a buscar un empleo para sacar adelante la economía doméstica[2].

2.1.2. Las tasas de desempleo de las mujeres siguen siendo mayores

En cuanto a las tasas de desempleo, es conocido que dichas tasas se han multiplicado en España de forma alarmante a lo largo de la crisis, alcanzando unas cifras muy superiores a las registradas en el conjunto de los estados europeos (EU 27). De acuerdo con los datos facilitados por el INE, en el cuarto trimestre de 2013 la tasa de paro de los hombres alcanzó el 25,31% y la de las mujeres el 26,87%; de tal forma que en esta situación de falta de empleo tan grave, las estadísticas oficiales reflejan que las tasas de desempleo de hombres y mujeres se han acercado mucho, aunque no precisamente en un sentido positivo de reducción del desempleo de las mujeres, sino que ha sido el agravamiento de la situación de desempleo el que ha acercado dichas tasas. En cualquier caso, en ningún momento estas tasas de desempleo de los hombres han superado a las de las mujeres en el conjunto del Estado a lo largo de estos años. Los últimos datos con que contamos señalan una pequeña mejora en las tasas de paro, mejora que es mayor para los hombres que para las mujeres. Así en el cuarto trimestre de 2015, la tasa de paro de los hombres es del 19,49% y la de las mujeres es del 22,69%. Además, estos datos de final del año 2015 reflejen que por primera vez desde el segundo trimestre de 2008, el número de parados varones es menor que el de mujeres a pesar de sus menores tasas de actividad[3]. Con ello la situación sigue siendo sustancialmente la misma: elevadísimas tasas de paro, que son aún mayores para las mujeres. Por ello, la situación sigue siendo de un paro elevadísimo en general y tres puntos superior para las mujeres, que no va a contribuir ni a una mejora en la cuantía de las pensiones ni a un acercamiento en la brecha de género de las pensiones.

A estos datos que reflejan las estadísticas oficiales habría que añadir aquellos otros que no se reflejan ya que las estadísticas no permiten visibilizar suficientemente la pérdida de empleo en algunos sectores feminizados como son los dedicados a los cuidados en los que la extensión de la economía sumergida es importante[4]. En el caso del régimen especial de empleados de hogar las discrepancias entre los datos de afiliación en el sistema de Seguridad Social y los datos del EPA (Encuesta de Población Activa) sugieren la existencia de un

[2] AGUDO I BATALLER, Joana y otros: *Crisis, políticas públicas y desigualdad entre hombres y mujeres*, Secretaría Confederal de la Mujer e Igualdad de CCOO, Madrid, 2013.
[3] Encuesta de población activa del cuarto trimestre de 2015, publicados en 28 de enero de 2016.
[4] SALES GUTIÉRREZ, Laura: "Realidades invisibilizadas: pobreza e impacto de la crisis a partir de una investigación feminista en el área metropolitana de Barcelona", *Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 31, núm. 2, 2013.*

volumen significativo de empleo sumergido en esta actividad[5]. La modificación de la normativa referida a esta actividad que obligaba a los empleadores a dar de alta y cotizar por los empleados de hogar que trabajaban por un número inferior a 20 horas, tuvo como consecuencia un aumento en la afiliación de más de 130.000 trabajadoras en un periodo de año y medio. Sin embargo, la vuelta atrás en esta normativa, que posibilitaba que en los contratos de menos de 60 horas mensuales fueran las propias trabajadoras las que asumieran las obligaciones de alta y cotización, en el año 2013, tuvo como efecto una pérdida de afiliaciones cambiando el sentido de la misma[6].

Esta última medida tiene por tanto una incidencia perjudicial indudable en la relación de Seguridad Social de este colectivo de mujeres que tras dicha norma dejan de estar de alta y de cotizar, con las consiguientes repercusiones negativas que ello acarreará para sus posibles futuras pensiones. Se trata, por tanto, en nuestra opinión de una medida criticable por las citadas consecuencias negativas constatadas y que repercute en un colectivo fundamentalmente femenino y cuyo trabajo es muy poco reconocido y valorado.

2.1.3. Tipos de actividad que agrupan/segregan a hombres y mujeres

El mercado de trabajo no acoge de la misma manera a hombres y mujeres y esto se refleja también en las actividades en que ellos y ellas se ocupan de forma preferente. A pesar de que las mujeres han ido incorporándose progresivamente a cada vez más actividades profesionales, sigue habiendo profesiones que son consideradas como más propias de los hombres y otras que siguen considerándose más propias de las mujeres.

Las mujeres han desarrollado tradicionalmente actividades dedicadas al cuidado y atención de terceras personas. También durante el periodo de crisis, en el que se ha sufrido una importante pérdida de empleos las mujeres se han concentrado en actividades sanitarias y de servicios sociales, además de en actividades de educación y comercio y como empleadas de servicio doméstico[7]. Con carácter general de trata de actividades que no se caracterizan por tener salarios altos, y las cuantías de estos salarios después van a trasladarse a sus bases de cotización y a las bases reguladoras de sus prestaciones. En las citadas actividades sanitarias y de servicios sociales, las mujeres constituyen casi el 79% de la población asalariada, sin embargo, las ganancias medias anuales de las mujeres ocupadas en dicho sector son de 23.893 €, mientras que las de los hombres que están empleados en las mismas actividades son de 33.198 €. También en el sector de la educación, en que las mujeres son mayoritarias (66,33%), son mayores los sueldos que se pagan a los hombres (23.272 € frente a los 20.798 € de ganancia media anual que reciben las mujeres)[8].

En las administraciones públicas es mayor el número de mujeres ocupadas que el de hombres, sobre todo en las administraciones autonómicas. Aunque también las administraciones públicas han visto recortado su personal por la obligación de reducir el déficit público. Así, estos recortes han afectado a sectores clave como son la sanidad, los

[5] AGUDO Y BATALLER, Joana y otros: *Crisis, políticas públicas y desigualdad entre hombres y mujeres*, Secretaría Confederal de la Mujer e Igualdad de CCOO, Madrid, 2013, pág. 24.
[6] Ibídem, pág. 23.
[7] Ibídem, pág. 29.
[8] Ibídem, pág. 34.

servicios sociales y la educación, en los que la presencia de mujeres empleadas es mayoritaria. En los mencionados sectores, el aumento de horas de dedicación así como las limitaciones establecidas para llevar a cabo sustituciones han dejado sin trabajo a muchas mujeres que de forma casi continuada desempeñaban su actividad profesional cubriendo situaciones vacantes.

De esta forma, la segregación laboral que existe entre hombres y mujeres las sitúa a ellas en actividades menos remuneradas, a lo que hay que añadir que paradójicamente, incluso en esas actividades en las que son mayoría, sus remuneraciones medias son también menores que las de los hombres. Dicha segregación de actividad por sexo es otro factor que sitúa a las mujeres en situación de desventaja de cara a la cuantía de las pensiones que puedan causar.

2.1.4. Los salarios medios y la brecha salarial entre hombres y mujeres

Los salarios influyen de forma directa a la hora de calcular las cuantías de las pensiones contributivas, ya que a partir de ellos se calculan las bases reguladoras. A pesar del aumento de mujeres asalariadas en el mercado de trabajo y de que muchas de ellas se hayan incorporado con unos niveles de cualificación importantes, los salarios de las mujeres siguen siendo menores que los de los hombres, con una diferencia considerable. De acuerdo con los datos facilitados por el INE referidos al año 2013 el salario medio anual bruto de las mujeres fue de 19.514,58 euros y se situó en el 76% del salario medio anual bruto de los hombres (25.675,17 euros). Si se consideran los salarios medios anuales con jornada a tiempo completo, en ese mismo año, los salarios de las mujeres representaban el 85,4% del salario de los hombres. Mientras que en las jornadas a tiempo parcial, el porcentaje alcanzó el 91,52%[9].

Si se realiza un desglose de las personas asalariadas por su nivel de ganancias se constata en el año 2011 que el mayor porcentaje, tanto de hombres como de mujeres se agrupan en el tramo salarial más bajo (hasta el SMI), mientras que el menor porcentaje de ambos sexos se sitúa en el mayor nivel (más de 10 veces el SMI). Ello refleja que se está produciendo un desplazamiento de los y las asalariadas hacia grupos con menores salarios[10]. Sin embargo, también se constatan diferencias entre ambos ya que las mujeres están sobre-representadas en los tramos en los que los salarios son más bajos, y, por el contrario, están poco representadas en los tramos de salarios más elevados. En el año 2013, el 18,6% de las mujeres obtuvo ingresos iguales o inferiores al SMI, frente al 8,3% de los hombres. En los salarios más elevados, el 10,2% de los hombres obtuvieron salarios cinco veces superiores al SMI, frente al 4,7% de las mujeres. Por otro lado, la proporción de trabajadores con ganancia baja (low pay rate) es de 17,9% y entre ellos el 64,4% fueron mujeres[11].

La brecha salarial entre hombres y mujeres es un dato bien conocido tanto en España como en el conjunto de la Unión Europea. Dicha brecha salarial de género mide la diferencia relativa entre los ingresos brutos medios relativos por hora de los varones y de las mujeres

[9] INE: *Encuesta anual de estructura salarial. Año 2013,* 24 de junio de 2015.
[10] LARRAÑAGA SARRIEGI, Mertxe: "Tiempos de precariedad y desamparo", *Viento Sur*, 134, 2014, pág. 39.
[11] INE: *Encuesta anual de estructura salarial. Año 2013,* 24 de junio de 2015.

que perciben un salario. Conforme a los datos del INE, en el trabajo a tiempo completo en España, en el año 2013, el salario por hora de las mujeres (13,91 euros) se situaba en el 86,29% del salario por hora de los hombres (16,12 euros). Al considerar la jornada a tiempo parcial, dicho porcentaje se queda en el 82,19%. Por tanto, tampoco en este punto los datos dejan lugar a dudas sobre las menores retribuciones que perciben las mujeres en relación con los hombres y que van a condicionar sus futuras pensiones.

2.1.5. Jornadas laborales de hombres y mujeres y contratación temporal

El contrato a tiempo parcial es una modalidad de contratación en la que las mujeres siguen siendo mayoritarias, por lo que constituye otro factor añadido a los anteriores que repercute de forma negativa de cara a sus derechos de pensión. Los contratos a tiempo parcial no suelen ser la primera opción de los trabajadores sino que en muchas ocasiones son aceptados ante la falta de otras alternativas mejores y como única posibilidad de obtener algún ingreso. Los contratos a tiempo parcial reportan ingresos bajos, y difícilmente permiten la independencia económica de quienes los desempeñan. Estas dificultades se trasladan a los futuros pensionistas. El trabajo a tiempo parcial de las mujeres no sólo es mayoritario en España sino que también es muy común en el resto de países europeos. De acuerdo con los datos existentes, la brecha en el trabajo a tiempo parcial en España se registra por debajo de la media europea (EU-27). Sin embargo, nuevamente se han de mencionar las realidades que permanecen ocultas para los datos oficiales, ya que diversos estudios apuntan que esta menor brecha en España puede ser atribuida en parte a la enorme proporción de trabajo sumergido que las mujeres desempeñan[12].

Esto se ve confirmado por los datos que recoge el Euro barómetro 2013, de acuerdo con los cuales en los países del sur de Europa un 31% de personas reconocen haber prestado servicios no declarados en actividades de limpieza y de cuidado de menores (en unos porcentajes del 25% y del 6% respectivamente). Se trata en ambos casos de servicios en los que es muy común la dedicación a tiempo parcial. En el caso de los servicios de limpieza no declarados, éstos son reconocidos por cinco veces más mujeres que hombres, mientras que en el caso del cuidado de menores son reconocidos por ocho veces más mujeres que hombres. También en los países del sur de Europa, el 15% de las personas encuestadas reconoce haber prestado servicios no declarados como camarero/a y entre ellas, son tres veces más las mujeres que los hombres las que los desempeñan[13].

Es común atribuir esta dedicación a tiempo parcial de las mujeres a la actividad profesional a la necesidad de compatibilizar dichas labores con las labores domésticas y de cuidado. Sin embargo, como se ha dicho, es muy frecuente que los trabajos a tiempo parcial no respondan a la voluntad de las personas demandantes de empleo, sino al hecho de no haber podido acceder a un empleo a tiempo completo. Y ésta ha sido una circunstancia que se ha dado con mayor frecuencia a lo largo de los últimos años de crisis.

[12] OTXOA CRESPO, Isabel (b): "La mejora de las pensiones para el trabajo a tiempo parcial", en la página web del Sindicato STEE-EILAS, www.stee-eilas.org, 7.11.2013.
[13] COMISIÓN EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, ASUNTOS SOCIALES E INCLUSIÓN: *Employment and Social Developments in Europe 2013*, Luxemburgo, 2014, págs. 239 y 240.

Según la EPA, en España, en el cuarto trimestre del año 2015, el 74,12% de las personas asalariadas a tiempo parcial son mujeres y el 25,88% son hombres. En ambos casos, el número de personas contratadas a tiempo parcial han ido aumentando en los últimos años. En cuanto a las razones por las que estas personas se emplean en un trabajo a tiempo parcial, la que explicitan de forma mayoritaria es la de no haber encontrado un empleo a tiempo completo. De acuerdo con la base de datos del INE, al finalizar el año 2015 en España, el 59,12% de las mujeres con contratos a tiempo parcial trabajaban con esta modalidad de contrato por no haber encontrado empleo a tiempo completo y el 18,6% lo hacía por cuidar de menores o mayores dependientes o por otras responsabilidades personales o familiares. En cuanto a los hombres contratados a tiempo parcial, en el mismo año, el 69 % asumían este tipo de contrato por no haber encontrado un empleo a tiempo completo, mientras que el 2,9% lo explicaba por tener que cuidar de menores o mayores dependientes o por tener otras responsabilidades familiares o personales.

La causa principal de este tipo de contratación a tiempo parcial se debe a que responde adecuadamente a las formas de organización de muchas empresas, para las que la flexibilidad que ofrece este contrato, en el que se puede imponer un incremento de la jornada habitual de hasta un 60% de las horas, responde bien a sus necesidades. Las retribuciones de estos contratos a tiempo parcial difícilmente pueden llegar a sostener económicamente un hogar, sino que más bien contribuyen a complementar los ingresos de un trabajo a tiempo completo. En los roles atribuidos tradicionalmente, los trabajos a tiempo completo corresponden a los varones sustentadores del hogar, mientras que los trabajos a tiempo parcial que lo complementan, al tiempo que se atienden las necesidades del hogar, corresponden a las mujeres. Estos roles perduran aún en nuestra sociedad, que sigue considerando que los trabajos a tiempo a parcial van más aparejados a un perfil de mujer, que de este modo puede compatibilizar su empleo con otras dedicaciones ligadas al hogar.

Este tipo de contrato puede ser un instrumento adecuado como forma de entrada en el mercado de trabajo. Sin embargo, esta forma de contratación durante periodos de tiempo largos aboca a la precariedad a las personas que son contratadas de esta manera y contribuyen a mantener un modelo dicotómico en el que los hombres tiene empleos a tiempo completo de forma muy mayoritaria, mientras un número elevado de mujeres trabajan a tiempo parcial a la vez que se encargan de los trabajos domésticos y de cuidados[14].

En este tipo de contratos, además de los salarios más reducidos debidos a las jornadas inferiores, se añade un salario/hora inferior. De acuerdo con los datos facilitados por el INE, en el año 2013, la ganancia por hora de los trabajadores a tiempo parcial fue inferior a la ganancia por hora media para ambos sexos y en el caso de las mujeres llegó a ser un 29% más baja que la de los hombres[15]. Según la Encuesta Trimestral de Coste laboral del tercer trimestre de 2015, la diferencia salarial entre los trabajadores a tiempo completo y parcial es de 4,38 euros por hora (15,67 euros/hora para tiempo completo, 10,29 para tiempo parcial).

[14] LARRAÑAGA, Mertxe; JUBETO, Yolanda y DE LA CAL, Mª Luz: "Tiempos de crisis, tiempos de des-ajustes, tiempos precarios, tiempos de mujeres", *Investigaciones feministas,* Vol. 2, 2011.
[15] INE: *Encuesta anual de estructura salarial. Año 2013*, Nota de prensa de 24-06.15.

También en la contratación por duración determinada, es mayor el número de mujeres que de hombres. Según datos del INE referidos a la media anual del 2013, el porcentaje de hombres con contratos temporales era del 22,2% (% de hombres con contrato temporal sobre el total de hombres asalariados), mientras el de mujeres era del 24,1%. Los contratos de duración determinada implican una mayor probabilidad de interrupciones en las carreras de cotización así como mayor precariedad. Una muestra de ello es que los trabajadores con contratos de duración determinada obtuvieron en el año 2013 un salario medio anual inferior en un 36,6% a los de las personas contratadas indefinidamente, de tal forma que aumentó la diferencia respecto del año anterior. Por sexo, los hombres con contratos de duración indefinida obtuvieron un salario superior en un 22,3% al salario medio mientras que los de duración determinada tuvieron un salario 28,4% inferior a la media. En cuanto a las mujeres, su salario fue inferior en ambos tipos de contrato: un 9,1% para los contratos indefinidos y un 35,8% para los contratos de duración determinada[16]. A esto habría que añadir que muy frecuentemente esas dos precariedades van asociadas puesto que los contratos a tiempo parcial son muy frecuentemente temporales. De acuerdo con los datos del EPA del cuarto trimestre del año 2015, en España más de un millón de trabajadores a tiempo parcial lo eran con contratos temporales (1.127.800) y de ellos 734.000 eran mujeres (el 65%).

Por último, es obvio decir, que las consecuencias que tienen el trabajo a tiempo parcial y los contratos de duración determinada en la consecución de los derechos de pensiones son muy negativas. Ambos tipos de contrato dificultan la acreditación de periodos largos de cotización, lo cual se va a traducir en dificultades para obtener los periodos de cotización necesarios para acceder a las prestaciones. Además, las personas que consigan acreditar dichos periodos van a causar frecuentemente derechos de pensión muy bajos, que en muchos casos van a dar lugar a la solicitud de complementos por mínimos.

2.2. Factores relacionados con la propia normativa de Seguridad Social

A esta peor situación de las mujeres en el mercado de trabajo hay que añadir los factores relacionados con las normas de Seguridad Social que tampoco inciden de la misma manera sobre mujeres y hombres. Son muchas las reformas que se han acometido que afectan a los distintos elementos que influyen en el cálculo de las pensiones y que van a ir reduciendo dichas pensiones y por tanto su adecuación y suficiencia. Se trata de normas que afectarán al conjunto de personas afiliadas pero algunas de ellas van a perjudicar más a las mujeres.

El legislador cuenta con previsiones sobre el impacto que van a tener las normas sobre las personas aseguradas y de forma específica sobre hombres y mujeres. El que dichas reformas reductoras de la protección previeran una mayor repercusión para las mujeres no ha frenado dichas normas sino que éstas han seguido su curso. De tal forma que no podemos sino expresar nuestra opinión contraria a estos recortes, que ignoran la peor situación de las mujeres ante la Seguridad Social y las supuestas pretensiones de igualdad y de independencia económica para ellas. Del mismo modo creemos que se trata en algunos casos de modificaciones carentes de justificación lógica con los principios del sistema pero impulsados por la sola voluntad de recortar gastos. Así vamos a analizar cómo afectan a las mujeres la edad y los periodos de cotización exigidos para la jubilación, las normas para compensar el impacto de género por el

[16] Ibídem.

alargamiento de las carreras de cotización, las normas para el cálculo de la cuantía de las pensiones, los complementos por mínimos, la seguridad social de los contratos a tiempo parcial y normas que inducen la economía sumergida de las mujeres.

2.2.1. La edad de jubilación y los periodos de cotización exigidos para causar pensiones contributivas y su endurecimiento

2.2.1.a. Los periodos de cotización exigidos para la pensión de jubilación

La pensión de jubilación se ha calculado durante muchos años aplicando un 100% a la base reguladora para las personas que se jubilaran con 65 años tras haber cotizado durante al menos 35 años de su vida. Es decir, éstos eran los requisitos que había que cumplir para poder jubilarse con una pensión de jubilación completa (la regulación actual se encuentra en el artículo 210 TRLGSS). Y aquellas personas que por cualquier tipo de causa, voluntaria o no, no alcanzaran estos requisitos, veían penalizados sus derechos de pensión. Estas penalizaciones eran muy severas para las personas que se jubilaban antes de cumplir los 65 años, a lo cual había que añadir las reducciones en la pensión por no alcanzar los 35 años de cotización (los coeficientes reductores actuales se regulan en los artículos 207 y 208 TRLGSS). Teniendo en cuenta que eran éstos los requisitos legales, lógicamente, han sido mayoritariamente hombres quienes han podido acreditar periodos de cotización tan largos ya que la dedicación de las mujeres en el mercado de trabajo ha solido responder a otros perfiles y solo en un porcentaje muy minoritario les ha permitido alcanzar pensiones de jubilación completas. Según datos publicados por el Ministerio de Empleo a propósito del nuevo complemento por maternidad de las pensiones contributivas las carreras medias de las mujeres son de 31,3 años frente a los 40,6 años de los hombres.

Por tanto, cuando la normativa establece los requisitos para acceder al 100% de la base reguladora de la jubilación está pensando en que ha sido la tradicional vida laboral tipo de los hombres la que merece ese 100%. Sin embargo, otro tipo de trayectorias laborales merecen penalizaciones y por tanto porcentajes menores. Esta vida laboral modélica exige que de haber responsabilidades domésticas y de cuidado, éstas sean asumidas por otras personas, normalmente mujeres. La normativa no considera merecedora de un 100% otras trayectorias en las que cada persona compagine actividad laboral con actividades de cuidado en las etapas que así lo requieran. Prácticamente es la dedicación de toda la vida a la actividad laboral la que merece ese 100% y no hacerlo penaliza. Otra clase de vida laboral tipo que incluyera periodos en que se asumen responsabilidades familiares y que exigiera periodos de cotización menones haría más accesible a muchas mujeres acceder al 100% de su base reguladora de jubilación. Sabemos que hacer esto posible implica grandes cambios en la mentalidad de gran parte de la sociedad y de los legisladores, cuyas reformas van encaminadas en la dirección opuesta de endurecer las condiciones para acceder a la pensión de jubilación.

2.2.1.b. El periodo mínimo de cotización exigido para poder acceder a la pensión de jubilación

Otra de las condiciones para tener derecho a la pensión de jubilación que también ha sido modificada es la que se refiere al periodo mínimo de cotización necesario actualmente regulado en el art. 205.1 b) TRLGSS. Este periodo mínimo de cotización fue aumentado

desde los 10 hasta los 15 años, lo cual dificulta las posibilidades de acceso a la pensión de jubilación principalmente a los colectivos con carreras más cortas de cotización. Además la Ley 40/2007 pasó a exigir que dichos quince años lo fueran de cotización real. El Informe sobre el Desarrollo del Pacto de Toledo del año 2008 estimaba que existían unas 120.000 personas que aún no tenían registrados 15 años de cotización real: entre ellas 30.000 eran hombres y 90.000 eran mujeres. Esta Ley estableció un periodo transitorio en el que progresivamente se iría aumentando el periodo de cotización exigido. Este periodo de transición inicialmente previsto terminaría con el año 2012 y, de acuerdo con el dato anterior recogido por el Informe sobre el Desarrollo del Pacto de Toledo del año 2008, esta aplicación progresiva era necesaria para posibilitar que tres veces más mujeres que hombres (90.000 frente a 30.000) dispusieran de un espacio temporal suficiente para reunir el periodo de cotización necesario para acceder a dicha pensión de jubilación.

Sin embargo, este periodo transitorio fue eliminado en el año 2010, bajo el mandato del gobierno socialista, dentro de un conjunto de medidas extraordinarias dirigidas a reducir el déficit público (en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo). De tal forma que el periodo de 15 años mínimo de cotización pasó a exigirse a partir del 25-05-2010, más de dos años y medio antes de lo inicialmente previsto, suprimiendo parte del periodo de transición que se había establecido para que las personas afectadas por la medida pudiesen adaptarse a dicho cambio en un periodo de tiempo razonable y necesario para poder acceder a su derecho de pensión. Esta medida supone una menor garantía respecto de la disposición inicial y pone en peligro el acceso al derecho a pensiones contributivas de aquellas personas con periodos de cotización más pequeños. Esta medida es rechazable en todo caso, pero es más grave aún que se adopte existiendo datos sobre el mayor impacto de género que podía causar sobre las mujeres.

Otra modificación que afecta a las posibilidades de acceder al periodo mínimo de cotización exigido por la ley y que repercute de forma desproporcionada sobre las mujeres es la llevada a cabo sobre el convenio especial con la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia. De acuerdo con la nueva norma, este convenio especial deja de estar a cargo de la Administración del Estado y pasa a tener carácter voluntario para la persona cuidadora no profesional y las cotizaciones serán exclusivamente a cargo de la persona suscriptora (Real Decreto-ley 20/2012). La entrada en vigor de esta nueva regulación afectó a las 180.021 personas que se beneficiaban de dicho convenio especial, de las cuales el 92,5% eran mujeres, tras lo cual, con fecha de 1 de marzo de 2013, el número de personas con dicho convenio especial pasó a ser de 20.993. Por ello, dicho cambio ha sido valorado como uno de los recortes más brutales con efectos en materia de prestaciones de Seguridad Social[17].

Las consecuencias sobre la seguridad social de las mujeres son también en este punto graves y desproporcionadas. El cambio en el citado convenio especial que había abierto la posibilidad de que estas mujeres desarrollaran una carrera de cotización de cara a causar pensiones contributivas se ve frustrada para la mayoría de ellas que sin este convenio a cargo de la administración del Estado vuelven a quedar fuera de la Seguridad Social. Esta medida se toma sobre un colectivo débil, que no va a presentar resistencia ante dicho recorte.

[17] OTXOA CRESPO, Isabel (b): "La mejora de las pensiones para el trabajo a tiempo parcial", en la página web del Sindicato STEE-EILAS, www.stee-eilas.org, 7.11.2013.

2.2.1.c. Las edades de jubilación ordinaria y anticipadas

En cuanto a la edad de jubilación, la normativa establece ahora dos edades ordinarias para el acceso a la misma. Se mantiene la edad de los 65 años, aunque para las personas que acrediten 38 años seis meses de cotización y la de 67 años, para alcanzar la cual también se establece un periodo transitorio que llega hasta el año 2027, en el que cada año va a ir aumentando progresivamente el periodo cotizado y la edad exigidas (art. 205.1 a) TRLGSS y Disposición transitoria séptima).

La reforma también afecta a las edades de jubilación anticipada. Así, se suprime la posibilidad de jubilación anticipada a los 64 años y se permiten otras dos posibilidades: una involuntaria y otra voluntaria (arts. 207 y 208 TRLGSS). Ambas establecen penalizaciones al adelantar la edad de jubilación. Así, las personas que se jubilen por causas que no les son imputables tendrán que tener cumplida una edad inferior en cuatro años como máximo a la edad que resulte de aplicación y acreditar 33 años de cotización en vez de los 30 que se exigían anteriormente. Mientras que las personas que quieran jubilarse anticipadamente de forma voluntaria tendrán que tener cumplida una edad que sea inferior en dos años como máximo a la edad ordinaria de jubilación correspondiente y acreditar que tienen al menos 35 años de cotización efectiva. Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de esta modalidad de jubilación, el importe de la pensión que vayan a percibir tiene que ser superior a la cuantía de la pensión mínima que les correspondería por su situación familiar al cumplir los 65 años. En caso contrario no podrán acceder a dicha jubilación. Esta última condición tiene como objeto evitar el pago de complementos por mínimos a las personas que no cumplan esta condición, de tal manera que tendrían que seguir trabajando hasta alcanzar la edad ordinaria de jubilación o hasta tener que jubilarse de forma involuntaria. Son mayoritariamente mujeres quienes perciben complementos por mínimos, al haber reunido los requisitos para causar pensiones contributivas pero no alcanzar las cuantías de las pensiones mínimas establecidas.

Las citadas nuevas condiciones dificultan aún más el escaso acceso a la jubilación anticipada y afectan a las mujeres en mayor medida. El Tercer Informe sobre la situación sociolaboral de las mujeres en España revela que es muy reducido el número de mujeres que acceden a la jubilación anticipada y también a la jubilación parcial. Si se considera el conjunto de las pensiones de jubilación que perciben las personas menores de 65 años, se observa que las pensiones de mujeres menores de 60 años constituían en el año 2010 solamente el 2,9 por 100 de las de los varones y, en el tramo comprendido entre los 60 y los 64 años de edad constituían el 37,7 por cien. De tal modo que es un dato constatado que las mujeres apenas han tenido posibilidades de jubilarse anticipadamente en comparación con los hombres dada la realidad de sus carreras de cotización. En un número elevado de casos, ello va a seguir siendo así, debido a que las normas que han aumentado el número de años de cotización exigidos para poder acceder a la jubilación anticipada van a hacer este acceso más difícil a más mujeres que hombres.

2.2.2. Las normas establecidas para compensar el impacto de género a causa del alargamiento de las carreras de cotización

Los cambios introducidos por la normativa dirigidos a aumentar los periodos de cotización exigidos en las trayectorias de los trabajadores han ido acompañados de algunas

medidas dirigidas a compensar sus consecuencias sobre las carreras de cotización de aquellas personas que asumen la dedicación al cuidado de menores. La ley 27/2011 introduce en la Ley General de Seguridad Social una nueva disposición sobre "Beneficios por cuidado de hijos o menores", en la que el ordenamiento español viene a reconocer una modalidad de tutela del cuidado. Esta nueva norma reconoce como periodo cotizado en todos los regímenes de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para cumplir con el periodo mínimo de cotización exigido por la ley, aquel en el que se haya interrumpido la cotización por haberse extinguido la relación laboral o por haber finalizado el cobro de las prestaciones por desempleo que se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La cotización ficticia será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Este periodo se incrementará anualmente hasta alcanzar un máximo de 270 días (9 meses) en el año 2019. Este beneficio se reconocerá a uno sólo de los progenitores y en caso de que no haya acuerdo entre ellos se concederá a la madre (actual art. 236 TRLGSS y Disposición Transitoria decimocuarta).

Se trata, por tanto, de una nueva prescripción que beneficiaría a personas que presentan lagunas de cotización dentro de su trayectoria laboral provocadas por la interrupción de la misma dentro de un periodo concreto de tiempo anterior y siguiente al parto, acogimiento o adopción de un menor. Bajo una formulación neutra, se trata de una previsión dirigida a mujeres, que son quienes mayoritariamente ven interrumpidas sus carreras de cotización en relación con los nacimientos, adopciones o acogimientos de menores. Se trata además de una medida que presenta carencias e insuficiencias notables. La primera insuficiencia que queremos señalar es que el periodo de cotización ficticio que reconoce no es considerado para conseguir acreditar el periodo mínimo de cotización exigido por la ley, que ya es una dificultad para mucha mujeres y que ya hemos visto en qué condiciones ha sido aumentado y que van a ser mujeres las que principalmente sufran las consecuencias de esta medida. Es esta falta de cotización mínima la que plantea las situaciones de desprotección más graves. En segundo lugar, hay que subrayar que se trata de una medida insuficiente ya que no llega a compensar el perjuicio provocado por el endurecimiento de los requisitos de cotización establecidos, ya que con carácter general, las nuevas condiciones de jubilación, incluidos estos "beneficios", son más perjudiciales para los trabajadores que las que recogía la normativa anterior[18].

Esta medida conlleva además el riesgo de que un conocimiento poco preciso del reconocimiento establecido por la norma y de las condiciones legales para acceder a la pensión de jubilación lleven a que mujeres asuman las labores de cuidado de los menores y las desincentiven a una búsqueda activa de empleo que les conduzca a consolidar sus derechos individuales de pensión. En una situación en la que existen grandes dificultades para incorporarse a un mercado de trabajo cada vez más precario, dedicarse a labores de cuidado de menores con un cierto reconocimiento de cotizaciones ficticias puede resultar una opción que no parezca tal mala pero que resulte una trampa si se alarga en el tiempo ya que añadiría aún más dificultades para reiniciar una actividad laboral en el futuro.

[18] SÁENZ, Luis M.: "Pensiones, capitalismo y desigualdad", *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, 24, 2011, pág. 144.

El artículo 237 viene a reconocer como cotización efectiva a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los tres años de excedencia que prevé el Estatuto de los Trabajadores por motivo del cuidado de hijos o menores acogidos. Esta medida beneficiaría a las personas que se acogen a este tipo de excedencia ya que contribuiría a acumular periodos de cotización para sus futuras prestaciones, para las que los requisitos exigidos han sido endurecidos. Sin embargo, dicha medida también conlleva sus riesgos. Tal y como sucede con el resto de medidas legales relacionadas con las labores de cuidado, su formulación neutra no incide de la misma manera sobre la realidad social en la que son muy mayoritariamente mujeres quienes desempeñan estas labores y es a ellas a quienes se dirigen. En el caso de este tipo de excedencias son mujeres quienes se acogen ellas en más del 95% de los casos. La normativa además no incentiva la corresponsabilidad de los padres en la dedicación al cuidado de los menores, lo cual constituye una gran carencia que revela una nula voluntad de incidir en este sentido.

Un periodo de tres años fuera de la actividad laboral es, a nuestro parecer, un periodo muy largo, que en muchos casos va a suponer dificultades a la hora de reincorporarse al trabajo fuera del hogar y van a afectar al desarrollo profesional de la persona. A ello debe añadirse que contribuye al estereotipo de las mujeres como cuidadoras, lo cual limita igualmente sus posibilidades en las actividades profesionales. Los estudios realizados concluyen que las excedencias por cuidado de hijos no actúan como mecanismos de flexi-seguridad sino que contribuyen a reforzar la especialización de las funciones de género y solo facilitan la conciliación de la vida laboral y familiar de aquellos trabajadores con una posición estable en el mercado de trabajo[19]. Por lo tanto, convendría revisar la formulación de dicha medida y ver realmente cuáles son los objetivos a perseguir. Este artículo 237.3 LGSS es merecedor de otras críticas. Si su régimen se compara con el de la excedencia por cuidado de otros familiares que no pueden valerse por sí mismos, no resulta lógico que en este último caso el periodo cotizado reconocido sea de un año. Las dificultades para atender a las personas dependientes son, con carácter general, mayores que en el caso de los niños, por lo que no se comprende un reconocimiento mayor para las personas que se acogen a la excedencia por cuidado de menores.

También resulta poco comprensible que en el caso de la cotización ficticia regulada para los supuestos de reducción de la jornada (art. 237.3 TRLGSS) se mantenga la situación anterior en la que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de menores se computan incrementadas hasta el cien por cien, mientras que en el caso de reducción por cuidados a personas dependientes se mantiene dicha cotización durante un año. No se entiende el motivo por el que estas cotizaciones ficticias no se amplían también a tres años tal y como ocurre con las excedencias, más aún cuando estas situaciones de reducción de jornada provocan un menor alejamiento de la actividad profesional que las excedencias.

[19] FLAQUER Lluis y ESCOBEDO, Anna: "Licencias parentales y política social de paternidad en España", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 1, 2014, pág. 93.

2.2.3. Las normas para calcular la cuantía de las pensiones: la base reguladora y el porcentaje a aplicar

2.2.3.a. El periodo sobre el que se va a calcular la base reguladora de la jubilación

También estas normas han sido modificadas reiteradamente en los últimos años en el sentido de reducir las cuantías de las pensiones. El periodo cuyas cotizaciones van a considerarse para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación se aumenta progresivamente de 15 a 25 años, es decir, de 180 a 300 meses (actual artículo 209 TRLGSS). Ello se justifica con el argumento de que es necesario un mayor ajuste entre el esfuerzo contributivo realizado por cada persona y las cuantías de pensión que va a causar. Este aumento de años de cotización a considerar en la base reguladora, más alejados del momento en que se vaya a acceder a la pensión van a ser normalmente años en los que se percibían ingresos más bajos, y por lo tanto, en la mayoría de los casos, van a reducir la base de cálculo y con ello el importe de la pensión.

Hay estudios que han cuantificado la disminución media de las pensiones como consecuencia de dicha medida en el 0,8% por cada año en que se aumente el periodo de cálculo[20]. Aunque también es cierto que la casuística será muy variada y que dependerá de cuál haya sido la vida laboral de cada trabajador/a, de tal forma que excepcionalmente podría beneficiar a personas cuyas bases de cotización han disminuido sensiblemente durante los años inmediatamente anteriores a jubilarse. Así, se ha calculado que un 30% de personas ven disminuir sus bases de cotización en los últimos años de su vida bien porque ganan menos o bien porque pierden su empleo, de tal forma que para ellas el aumento del periodo a considerar en la base reguladora de 15 a 25 años mejoraría la cuantía de la pensión[21]. De ello debemos deducir, en sentido contrario, que la medida mencionada va a perjudicar al restante 70% de pensionistas a los que va a provocar disminuciones en sus bases reguladoras. Se trata por tanto de una medida que de forma mayoritaria va a significar una reducción en las bases reguladoras y por tanto en las pensiones de los trabajadores.

2.2.3.b. La norma sobre los vacíos de cotización

Dentro del contexto de las reformas de Seguridad Social se ha modificado también la forma en que se computan los vacíos de cotización, que también va a repercutir en perjuicio de la cuantía de sus futuras pensiones (art. 197.4TRLGSS referido a incapacidad permanente y 209.1 b) TRLGSS referido a jubilación). La considerable rebaja que se ha provocado en la forma de completar los vacíos de cotización se aplica al Régimen General y supone una nula cobertura para el régimen de autónomos y para el sistema especial de empleados de hogar no se aplica hasta el año 2019. Conforme a la normativa anterior, dichos vacíos de cotización se integraban con el cien por cien de la base mínima de cotización, mientras que con la nueva regulación introducida para el Régimen General las primeras cuarenta y ocho mensualidades

[20] MENEU GAYA, Robert: Valoración de la reforma del sistema de pensiones español de 2011 desde la óptica de la viabilidad financiero actuarial. Un análisis a través de la MCVL, FIPROS, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011, pág. 74.

[21] BRAVO, Carlos: "Mesa con los interlocutores sociales", en VV.AA., *Seminario "La reforma del sistema de pensiones en España"*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, pág. 293.

se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades se integrarán con el cincuenta por cien de dicha base mínima. Esta modificación nuevamente incidirá de forma más negativa aún sobre las mujeres, quienes tienen de promedio más lagunas de cotización que los hombres.

En el caso del sistema especial de empleados de hogar, en el que como ya hemos mencionado, más del 90% de personas afiliadas son mujeres, la nueva regulación es aún más perjudicial, ya que "desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial sólo tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b)" (Disposición transitoria decimosexta 4. TRLGSS). De acuerdo con datos facilitados por el Consejo Económico y Social relativos al año 2011, el porcentaje de trabajadores con 25 o más meses con lagunas de cotización se situaba cerca del 75% en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, que aún existía como tal en ese momento.

De acuerdo con la Secretaría de Estado de la Seguridad Social en su nota informativa de 27 de diciembre de 2011, esta nula cobertura de lagunas de cotización se aplicaría incluso en aquellos casos en los que las prestaciones se causen en el Régimen General y haya de aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones. También en este supuesto, por tanto, las bases correspondientes al periodo del trabajo como empleado de hogar se calcularían conforme a las normas de ese sistema especial. De aplicarse así, ello supondría una contradicción con la normativa sobre cómputo recíproco de cotizaciones, además de ir en contra del proceso de acercamiento entre regímenes, que es precisamente el objetivo perseguido por la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General[22].

2.2.3.c. Los porcentajes a aplicar sobre la base reguladora de la pensión de jubilación

También han sido modificadas las normas que regulan los porcentajes a aplicar en función del número de años cotizados. Desde el 1 de enero de 2013, el porcentaje a aplicar se calcula en función de un cómputo mensual del tiempo cotizado que sustituye a la anterior forma de cómputo anual. Además, el 100 % de la base reguladora se obtendrá con 37 años de cotización y no con 35 como hasta esa fecha. Por ello, para su aplicación se establece un periodo de tránsito que terminará en el año 2027. Este cambio trae consigo diversas consecuencias negativas para las personas que en futuro vayan a causar pensiones de jubilación.

En primer lugar, estas nuevas normas eliminan la progresividad establecida con anterioridad conforme a la cual con 25 años de cotización se alcanzaba el 80% de la base reguladora, mientras que con la normativa actual, con el mismo número de años cotizados se consigue el 72,8%. Además, el porcentaje que se va a sumar por cada mes adicional cotizado

[22] OTXOA CRESPO, Isabel: *La Seguridad Social de Empleo Doméstico: evolución y perspectivas*, 2012, Tesis Doctoral, https://addi.ehu.es/bitstream/10810/11601/6/9082-090-2-OtxoaTH.pdf,

va a ir acercándose progresivamente hasta llegar a ser casi igual a lo largo de toda la escala, cuando conforme a la norma anterior se reconocían tres puntos por cada año cotizado entre los 15 y los 25, frente a los dos puntos que se sumaban en la franja entre 25 y 35 años. Con ello, el anterior sistema daba un reconocimiento sustancialmente mayor a los años cotizados en la mitad inferior de la escala. A ello hay que añadir que para el cómputo de los años y meses cotizados conforme a la nueva norma se tomarán los años y los meses completos y dejarán de equipararse a un año y a un mes las fracciones de los mismos.

Como consecuencia de la aplicación de los nuevos porcentajes se reducirá la cuantía de la pensión de todas las personas que se jubilen con más de 15 años cotizados y con menos de 37 sin beneficiar a nadie; y la franja de cotización que va a resultar más castigada es la intermedia (entre 21 y 30 años de cotización) en la que en el año 2007 se encontraban el 33% de las mujeres que se jubilaron con 65 años o más, frente a un 10% de hombres[23]. Se trata de nuevo de una modificación en la normativa que va a traer consigo una disminución en la cuantía de las pensiones con carácter general y que dada la realidad de las carreras de cotización de las mujeres van a ser ellas las que más la sufran. Por ello debe valorarse de forma negativa.

2.2.4. Los complementos por mínimos y los límites a su cuantía

Los complementos por mínimos constituyen un elemento de solidaridad básico dentro del nivel contributivo de la Seguridad Social. Su finalidad consiste en garantizar que todas las pensiones contributivas alcancen una cierta cuantía, que aunque baja, se considera mínima dentro del sistema, de tal manera que vienen a complementar la cuantía de pensiones que de otro modo quedarían por debajo. En esta situación se encuentran las personas que acreditan periodos de cotización muy cortos, por haber contribuido con sus aportaciones a la Seguridad Social durante pocos años o en base a contratos a tiempo parcial y sobre bases de cotización muy bajas. Se trata, por tanto de un perfil de perceptores de sexo femenino mayoritariamente (63% en el año 2015).

Esta garantía se ha visto reducida desde el 1 de enero de 2013. Con esta fecha entra en vigor una nueva norma que devalúa la figura de los complementos por mínimos, debilitándola y limitando este elemento de solidaridad del sistema que hasta ese momento no establecía ninguna limitación de este tipo. Este nuevo precepto establece que para las pensiones causadas a partir de la mencionada fecha, el importe de dichos complementos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva. Se trata de una medida que recogía el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 dentro de su recomendación número 15 titulada "Solidaridad y garantía de suficiencia". Muy a pesar del título dicha medida no permite aumentar ni la solidaridad ni la garantía de suficiencia del sistema, sino que, muy al contrario, lo que trae consigo es una disminución de las mismas.

Ya el CES había advertido en su Dictamen 2/2011 del posible impacto de género que podría ocasionar dicha medida, atendiendo a las peculiaridades de las carreras laborales de

[23] SÁENZ, Luis M.: "Pensiones, capitalismo y desigualdad", *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, 24, 2011, pág. 146.

las mujeres, así como por su mayor incidencia en determinados regímenes especiales en los que es mayor la proporción de altas de pensiones con complementos por mínimos. Esta medida va a perjudicar en mayor medida a mujeres, que ya iban a percibir pensiones bajas y que ahora van a ser más bajas aún. De acuerdo con las estadísticas de la Seguridad Social sobre la cuantía inicial de las pensiones en vigor en la primera mitad del año 2013, el nuevo sistema de cálculo hubiese impedido obtener las pensiones mínimas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad a una cifra aproximada de 530.000 pensionistas, de los que el 74% serían mujeres[24].

De esta forma, en los supuestos en que el complemento por mínimos supere la cuantía de las pensiones no contributivas, las cuantías mínimas de las pensiones van a dejar de serlo y va a ser legalmente posible percibir pensiones contributivas por cuantías inferiores a las mínimas. Consideramos que se trata de una medida negativa para la solidaridad del sistema, que viene a reducir aún más importes de pensión que son bajos y que va a perjudicar mayoritariamente a mujeres.

2.2.5. La seguridad social de los contratos a tiempo parcial

Nos hemos referido ya en este trabajo a la presencia muy mayoritaria de las mujeres entre aquellas personas que trabajan a tiempo parcial, muchas de ellas por carecer de oportunidades laborales de hacerlo a tiempo completo. Las dificultades a las que se enfrentan estas personas en cuanto a su protección social son las bajas bases de cotización que presentan, debidas a los bajos salarios que perciben, así como las limitaciones que tienen para alcanzar periodos de cotización prolongados. Ello ha repercutido muy negativamente en las cotizaciones que han podido acreditar y en las pensiones que han podido causar y ha sido la causa por la que muchas mujeres han visto denegadas sus solicitudes de pensiones contributivas.

De forma llamativa en España se han sucedido, aunque muy tardíamente, las declaraciones de inconstitucionalidad en esta materia. La Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre, declaró inconstitucional el artículo 12.3.II del Estatuto de los Trabajadores por ser contrario al principio de igualdad y por entrañar una discriminación indirecta por razón de sexo. Años más tarde, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 declara que la normativa del Estado español "que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de tiempo proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada" se opone al art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (asunto Elbal Moreno, C-385/11).

A esta sentencia europea sigue en pocos meses la STC 61/2013, de 14 de marzo, que resuelve la más antigua de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la norma entonces vigente, es decir casi diez años más tarde, aunque cueste creerlo. En ella, se declara "inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima

[24] OTXOA CRESPO, Isabel (a): "Un acceso casi vedado a las pensiones contributivas", *Diagonal*, 2013, 03.06.2013.

de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre", puesto que "vulnera el art. 14 de la CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo" (F.J. 6 c). Además ésta no es la única sentencia del Tribunal Constitucional en este sentido sino que es seguida de otras en un espacio de tiempo corto SSTC 71/2013 y 72/2013 de 8 de abril y SSTC 116/2013 y 117/2013 de 20 de mayo).

Estas sentencias provocan de forma inevitable un cambio en la normativa española de seguridad social, en lo referente a la protección social de los contratos a tiempo parcial. Esta nueva regulación es introducida en un breve espacio de tiempo por el Real Decreto-ley 11/2013 de 2 de agosto, que en su capítulo II, artículo 5 modifica la Disposición Adicional 7ª de la Ley General de Seguridad Social (actual art. 247). Esta nueva norma introduce cambios sustanciales en cuanto a los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones y también en cuanto a la cuantía de dichas prestaciones. Aunque vuelve a modificarse a los pocos meses por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Las reformas introducidas de cara a la protección social de los contratos a tiempo parcial merecen una valoración positiva en términos generales, aunque la regulación es aún mejorable. La reforma va a dar lugar a pensiones reducidísimas a cuyas bases reguladoras se van a aplicar porcentajes inferiores al 50%. Persisten además situaciones en las que se sigue produciendo desigualdad y discriminación sexista. Es el caso de las bases reguladoras de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural en los que se establece un periodo trimestral o anual para su cálculo; también cuando se establece que para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los periodos en los que no ha habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término[25].

Por tanto, aunque la mencionada reforma ha dado pasos importantes para la cobertura de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, y en términos generales merece nuestra valoración positiva, no puede decirse que haya llegado a cumplir totalmente sus objetivos. Por tanto, aún queda camino por recorrer en este sentido.

2.2.6. Medidas que inducen a que un mayor número de mujeres permanezcan o pasen a la economía sumergida

Existen también dentro del sistema de Seguridad Social normas que aunque de forma directa persigan otros objetivos, como por ejemplo, la contención de gastos del sistema, tiene como efecto indirecto, que las personas con menores ingresos dentro de las unidades familiares opten por permanecer o pasar a la economía sumergida. Dentro de estas unidades familiares, de acuerdo con lo ya explicado en este trabajo, las mujeres tienen frecuentemente

[25] LOUSADA AROCHENA, José Fernando: "Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDLEY 11/2013, de 2 de agosto", *Aranzadi Social*, 7, 2013, pág. 9.

situaciones laborales y salariales más precarias, y por lo tanto, más posibilidades de ser ellas quienes hagan esta opción renunciando a desarrollar de sus historiales propios de cotización.

Queremos referirnos al subsidio para personas mayores de 55 años, que ha sido objeto de más de una modificación en los últimos años, retrasando la edad de acceso y empeorando las condiciones de las personas que se encuentran en esta situación. Entre estas modificaciones recientes queremos destacar aquí la referida al requisito de carencia de rentas, en el que si la persona perceptora "tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, y mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias" (Real Decreto-ley 5/2013, Disposición Final primera).

Según la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2013, la finalidad de este nuevo precepto es la de homogeneizar la regulación de este subsidio para mayores de 55 años en relación con el resto de prestaciones del sistema, a la vez que la de reforzar las políticas de empleo destinadas a este colectivo. En cuanto al primero de los objetivos, no puede discutirse que sea así, ya que efectivamente se produce una homogeneización con otras prestaciones del sistema. Aunque la consecuencia de dicha equiparación no persigue una protección efectiva de este colectivo, con serias dificultades para conseguir un empleo y recursos para su subsistencia, a la vez que para completar sus historiales de cotización, sino que se trata de una homogeneización a la baja, que viene a dificultar sus condiciones de subsistencia. En cuanto al objetivo de reforzar las políticas de empleo destinadas a este colectivo que argumenta la exposición de motivos mencionada, lamentablemente, hay que decir que no existe ninguna política de empleo para dicho colectivo dentro de la medida comentada.

Se ha puesto de manifiesto que la citada norma tendrá como consecuencia un empobrecimiento generalizado sobre las personas que dependen de su salario para vivir y de forma especial sobre las mujeres casadas. En enero del año 2013 el 67% de las personas mayores de 55 años que cobraban prestación contributiva de desempleo eran hombres, los cuales, dado el volumen de desempleo general y el de los trabajadores de mayor edad en particular, muy probablemente pasarían a cobrar dicho subsidio. Con la nueva norma, la diferencia salarial entre hombres y mujeres va a provocar que muchas esposas no vayan a poder acceder al subsidio para mayores de 55 años ya que su esposo tendrá unos ingresos legalmente suficientes para mantenerlas. Además, otra consecuencia perversa va a ser que con el fin de que el marido mayor de 55 años pueda acceder al mencionado subsidio la esposa trabaje de forma no declarada, puesto que el paso la economía sumergida de los miembros de la familia con trabajos a tiempo parcial, intermitentes y/o con peores carreras de cotización, es un fenómeno típico cuando de ello depende obtener prestaciones que tienen en cuenta los ingresos familiares[26].

[26] OTXOA CRESPO, Isabel y DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel: "La supervivencia puesta a prueba", *Diagonal* 02/04/2013, https://www.diagonalperiodico.net

Nos encontramos, por tanto, con otra modificación normativa que no solo endurece el acceso al subsidio para las personas mayores de 65 años sino que además va a repercutir de forma negativa con más intensidad sobre las mujeres, que en mayor medida van a optar por permanecer o pasar a la economía sumergida para posibilitar que otros miembros de su familia puedan acceder al mismo. Ello supone renunciar a desarrollar sus propias carreras de cotización en perjuicio de sus futuros derechos de pensión.

2.3. El complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social

El nuevo TRLGSS incorpora este complemento por maternidad (artículo 60), inicialmente denominado "complemento por aportación demográfica", que está llamado a compensar los efectos de los numerosos factores adversos que inciden sobre las pensiones de las mujeres. A pesar de la entidad de los objetivos que este complemento debería cumplir, esta nueva norma establece importantes limitaciones en la regulación de dicho complemento en cuanto a su ámbito de aplicación y cuantía.

Así, el complemento por maternidad no está dirigido a todas las madres que sean titulares de pensiones contributivas de Seguridad Social sino que excluye a aquellas que han causado pensiones antes del año 2016, ya que es aplicable solo a partir del 2 de enero de dicho año. Tampoco va a beneficiar a todas las madres a partir de esa fecha sino sólo a las madres que tengan dos hijos o más. Quedan fuera de su aplicación las madres con un hijo, que también han realizado una aportación demográfica y no van a recibir ningún porcentaje adicional[27]. Además dicho complemento se va a aplicar a tres tipos de pensiones contributivas: dos de ellas generadas por derecho propio como son las de jubilación e incapacidad permanente y una generada por derecho derivado como es la viudedad; por tanto no a todos los tipos de pensión contributivas. Y se aplicará cuando los nacimientos o adopciones hayan tenido lugar con anterioridad al hecho causante. Por lo tanto, son numerosísimas las madres que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

En caso de que la pensión supere el tope máximo, la nueva norma permite que el nuevo complemento se pueda añadir a dicha pensión incluso en los casos en que este límite ya haya sido superado por aplicación de otras normas. Sin embargo, siempre que la pensión sea de mayor cuantía que el tope máximo, dicho complemento no se aplicará de forma íntegra sino reducido en un 50%[28]. En el caso de que la cuantía de la pensión reconocida alcance dicho límite aplicando sólo parcialmente el complemento, la beneficiaria tendrá derecho a percibir el 50% de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente, por tanto tampoco en su cuantía íntegra sino en una cuantía reducida.

En el supuesto de las pensiones que no alcancen la cuantía mínima correspondiente, el complemento se calculará sobre la pensión realmente causada y se sumará posteriormente a la pensión mínima vigente que corresponda. De esta manera, se evita que dicho complemento quede absorbido por la aplicación de los complementos por mínimos. La

[27] Puede servir como dato aproximativo que según datos del año 2013 del INE sobre tipos de hogar, el mayor número de hogares con hijos tiene uno (16%).
[28] Artículo 60.2 TRLGSS.

norma se remite a las previsiones establecidas por el artículo 59 sobre los complementos para pensiones inferiores a la mínima. De ello debe entenderse que, en caso de que no se alcance la cuantía mínima establecida en la LPGE por aplicarse el límite cuantitativo de las pensiones no contributivas, será sobre esta cuantía limitada, inferior a la pensión mínima, a la que se aplique el complemento por maternidad. Al tratarse de pensiones de cuantía tan baja, el complemento será también necesariamente muy pequeño.

Además, dicho complemento no se aplica a las jubilaciones anticipadas, y en el caso de las jubilaciones parciales no se aplicará hasta acceder a la jubilación plena. Y en el caso de concurrencia de pensiones, el complemento se aplicará sólo a una de ellas: la que resulte más favorable y en caso de concurrir una de jubilación con una de viudedad se aplicará sobre la primera, que es como media, más alta.

Este complemento comparte el régimen jurídico de las pensiones en cuanto a su nacimiento, duración, suspensión, extinción y actualización. En las previsiones publicadas por el Gobierno sobre las potenciales beneficiarias, la mayoría lo serán de pensiones de viudedad y el número irá incrementando cada año tanto en conjunto como en cada tipo de pensión contemplada[29]. Sin embargo no presenta estimaciones de cuál va a ser el porcentaje del complemento que se va a aplicar (5%, 10% o 15%), ni indica qué porcentaje suponen dichas estimaciones del total de mujeres que se espera causen pensiones contributivas. Entre los datos que publica el Gobierno en torno a este nuevo complemento se encuentra que la pensión media de las nuevas altas de jubilación de las mujeres se encuentra de enero a abril de 2015 en 1.099,3€/mes (frente a 1490,1€/mes para los hombres). Si a esta pensión se le aplicara un complemento del 5% (la segunda situación más numerosa de hogares con hijos según el INE) se le añadirían 54,96€. Si se toma en cuenta la pensión de viudedad, que es la que en las previsiones presentan un mayor número de beneficiarias, con una cuantía media en las nuevas altas de 2015 de 653,32€[30], el complemento será de 32,66€, al aplicar el porcentaje correspondiente a dos hijos. Se va a tratar, por tanto, con carácter mayoritario de un complemento de baja cuantía que se calcula y suma sobre pensiones de cuantías medias reducidas.

3. CONCLUSIONES

Los datos muestran que la brecha de género en pensiones no está disminuyendo. La enorme precariedad del mercado de trabajo ha traído como consecuencia el acercamiento en algunas cifras que comparan la situación de hombres y mujeres sin que ello signifique ninguna mejora en la situación de las mujeres sino un empeoramiento global en la situación del conjunto de trabajadores. A ello hay que añadir la discriminación y la mayor precariedad que sufren las mujeres. Los cambios en la normativa de Seguridad Social también van a perjudicar al conjunto de trabajadores. La voluntad de recortar el gasto ha llevado al legislador a ignorar la mayor repercusión sobre las mujeres de algunas normas restrictivas de derechos. El objetivo de recorte de prestaciones prevalece sobre el objetivo de la protección; el objetivo de la sostenibilidad prevalece sobre el de la suficiencia, de tal

[29] En total se estiman 123.357 en 2016; 241.951 en 2017; 350.825 en 2018; y 455.504 en 2019.
[30] Según el *Informe Económico-financiero de los presupuestos de la Seguridad Social para el año 2016.*

forma que tampoco estas modificaciones van a conducir a una mejora en la situación de las pensiones de las mujeres.

En estas circunstancias y pocos meses antes de las elecciones al parlamento español de diciembre de 2015, el gobierno español introduce en la normativa de Seguridad Social un nuevo complemento denominado de maternidad, para el que se formulan ambiciosos objetivos. Sin embargo, su restringido ámbito de aplicación y las escasas cuantías que va a suponer en la mayoría de los casos hacen previsible una escasa incidencia en el pretendido objetivo de eliminar o al menos suavizar la brecha de género en pensiones. El nuevo complemento por maternidad para pensiones contributivas va a mejorar con pequeños porcentajes las pensiones de un porcentaje indeterminado de mujeres que obtengan pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad y al tratarse en muchos casos de pensiones de cuantías bajas, el resultado va a seguir siendo unas pensiones de cuantía reducida.

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial

Sobre la cobertura de desempleo de los funcionarios interinos. Comentario a STS de 15 septiembre 2015 y pronunciamientos anteriores

On unemployment protection of interim fonctionnaires. Comment to SC Resolution of 15th September 2015 and previous judgments

JAIME CABEZA PEREIRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE VIGO

Resumen

El TS ha dictado varias sentencias en las que se ha reconocido el derecho a la prestación por desempleo a funcionarios interinos cuyas jornadas habían sido reducidas temporalmente. Una Ley del Parlamento valenciano había decidido, por razones de déficit público, que durante 21 meses los servidores públicos temporales realizarían un 25 por 100 de jornada menos, con la correspondiente disminución de salarios. Habiendo sido denegada la prestación por desempleo a varias personas en esta situación, el TS resuelve que la denegación no es ajustada a derecho.

En este comentario, se desarrolla una valoración crítica a dicha doctrina judicial, que se valora como poco ajustada a la normativa vigente. Se formula una interpretación de las normas sobre desempleo de acuerdo con criterios literales, sistemáticos e históricos y se concluye que la sentencia debió haber sido desestimaría. Ahora bien, dicha conclusión plantea la necesidad *de lege ferenda* de proponer cambios normativos.

Palabras clave

desempleo, funcionario interino, jornada, Comunidades Autónomas

Abstract

The Spanish Supreme Court has issued some resolutions that have recognized the right to unemployment benefit of interim fonctionnnaries whose working time had been temporary reduced. An Act of the Valencian Parliament had established, for budgetary deficit reasons, that during 21 months the temporary public servants would suffer a 25 per 100 of cut in their working time, with the subsequent reduction in wages. Being denied the unemployment benefit to several servants in that situation, the Supreme Court hold that the denial is not in accordance with law.

In this commentary it is developed a write-up about that case-law which is considered as not in accordance with the current legislation. It is proposed an interpretation of law consistent with literal, systemic and historical criteria and it is concluded that the correct resolution should had been against the claimant. Nevertheless that conclusion poses the *de lege ferenda* necessity of proposing legislative changes.

Keywords

unemployment, interim fonctionnnarie, working time, Autonomous Communities

1. ANTECEDENTES

Las Comunidades Autónomas carecen de competencias en materia de normativa de Seguridad Social, de conformidad con la interpretación que ha realizado el TC del art. 149.1.17 de la Constitución. Sin embargo, cuentan con amplio margen de maniobra a la hora de regular las vicisitudes del régimen de prestación de servicios del personal a su servicio con relación administrativa o estatutaria. En el medio de este desequilibrio competencial, la protección por desempleo de los empleados públicos con relaciones distintas de la laboral y, en particular, la de funcionarios interinos, está expuesta a una serie de dudas difíciles de

resolver. En efecto, las normas estatales de Seguridad Social difícilmente pueden recoger toda la casuística que puede aparecer en las normativas autonómicas de empleo público. De este modo, se plantean dudas en las que el establecimiento de paralelismos entre las situaciones por las que atraviesan los trabajadores –de la Administración pública, del sector público o del sector privado– no es un expediente sencillo, en la práctica. Lo cual reviste la situación de estos empleados públicos de grandes dosis de inseguridad jurídica, porque el acceso a la prestación por la que cotizan en el Régimen General en idénticas condiciones que los trabajadores de la empresa privada no está clara en situaciones distintas de la extinción del vínculo administrativo. Para colmo de males, la regulación que existe en la normativa de Seguridad Social sobre esta materia es parca, vulgar y anticuada.

En apariencia, y en cuanto a la planificación de los recursos humanos, el texto refundido del EBEP no impide que se adopten medidas que implican cambios sustanciales en la prestación de servicios que pueden implicar reducciones de jornada con reducciones proporcionales del salario. O bien otras circunstancias que producen que el mantenimiento del vínculo de servicio resulte extremadamente gravoso para el servidor público, en términos paralelos a los que legitimarían una extinción del contrato de los trabajadores de la empresa privada en aplicación de los arts. 40 ó 41 del ET. Incluso pueden aplicase medidas de suspensión o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas u organizativas. Cabe también pensar en una relación administrativa o estatutaria que tenga la condición de fija-discontinua. O en situaciones en las que se dicta sentencia en un procedimiento abreviado que ordena la readmisión del funcionario de empleo, sucediendo que se recurre y que no es factible la ejecución provisional. Por otra parte, sería razonable preguntarse si, en cuanto a medidas no extintivas paralelas que puedan afectar a los funcionarios de carrera, no sería aconsejable prever igualmente la protección por desempleo.

La consideración del trabajo por cuenta ajena en régimen laboral como paradigma de protección provoca, en ocasiones, que se recurra a soluciones analógicas que, en realidad, son bastante discutibles. Pero que ponen de manifiesto que esta materia merecería una regulación más precisa, en la que se solucione, en términos suficientemente flexibles pero también claros en sus perfiles y límites, qué situaciones deben protegerse en el caso de las relaciones que se excluyen del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores por aplicación de su art. 1.3 a). Entretanto, se van a producir pronunciamientos judiciales necesariamente voluntaristas, como los que se plantean en una curiosa tetralogía de sentencias del TS que aquí se pasan a comentar.

El problema vino producido por un Decreto-ley aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana, el Decreto-Ley 1/2012, de medidas urgentes para la reducción del déficit en dicha Comunidad Autónoma[1]. Esta norma de urgencia utilizó la habilitación del art. 16.5 de la Ley 10/2010, de 9 julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana[2] –aunque, dicho sea de paso, desconociendo ostentosamente la Directiva relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial– para reducir jornada y salario del personal funcionario interino –art. 3– y del personal laboral temporal –art. 4–. Sin entrar

[1] Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 10 enero 2012.

[2] Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 14 julio 2010: "*cuando las circunstancias de la prestación del servicio así lo requieran, la administración podrá establecer que la relación interina sea a tiempo parcial*".

ahora en otros preceptos que redundaban en esta medida para colectivos específicos, el art. 3 establecía, con efectos desde el 1 marzo 2012, una jornada de 25 horas semanales para dicho personal funcionario interino, con reducción proporcional de las retribuciones correspondientes.

La medida puede resultar discutible desde el punto de vista de que solo se imponía para el personal interino y para el laboral temporal, no para el de carrera o fijo. Pero no es este el tema que aquí quiere desarrollarse. La cuestión consiste en que, sin que hubiese un procedimiento de reducción de jornada temporal paralelo al que existe en el art. 47 del ET y en el RD 1483/2012 para los trabajadores, esta norma con rango de ley establece una reducción de jornada de un colectivo de personal estatutario al margen de la voluntad de éste. Reducción que, además, no se califica como temporal en dicho art. 3, por más que así se deduzca de una interpretación sistemática del mismo en relación con el art. 4. Lo que es claro, con todo, es que para no pocos funcionarios de empleo la reducción se prolongaría hasta la expiración de su relación de servicios. Bien es cierto que en su exposición de motivos se expresa que la medida es "de carácter extraordinario y temporal" y que el art. 1.2 define las medidas del capítulo I como excepcionales y temporales, limitadas a los años 2012 y 2013.

Como quiera que sea, la Administración Pública valenciana dictó Resoluciones fechadas el 27 febrero 2012 por las que se reducía a 25 horas el horario de un colectivo de personas que ostentaban la condición de funcionarias interinas, con efectos desde el 1 marzo 2012 hasta el 31 diciembre 2013. Ello suponía una reducción de jornada de alrededor del 33 por 100 y una reducción salarial de idéntico porcentaje. En esta situación, los afectados que solicitaron prestación por desempleo parcial obtuvieron resoluciones desestimatorias del Servicio Público de Empleo Estatal. Impugnadas judicialmente algunas de ellas, la postura de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia consistió en denegar el derecho de las personas afectadas a dicha prestación, conformándose una doctrina de suplicación que denegaba la existencia de situación legal de desempleo.

2. LA DOCTRINA UNIFICADA, BASADA EN UN INAPROPIADO JUICIO DE CONTRADICCIÓN

El TS, en cuatro sentencias, unifica doctrina en una materia en la que, solo con un criterio muy laxo, apreció contradicción con pronunciamientos anteriores a los efectos de viabilizar el recurso de casación para la unificación de la doctrina. En todas ellas se utilizó como sentencia referencial una de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia de 17 junio 2008[3], pero en la que se valoraba una situación muy distinta: se trataba de una funcionaria interina a la que se le reconocía una prestación por desempleo después de que, al término de una vinculación con la Administración autonómica, y sin solución de continuidad, se le había nombrado para otra vinculación interina, pero a jornada parcial. Habiendo solicitado la prestación después de su nuevo nombramiento a tiempo parcial, y una vez que el SPEE dictara resolución denegatoria confirmada por el Juzgado de lo social, la Sala conocedora del recurso de suplicación estimó el recurso de la actora. Entiende la sentencia que, después del cese en la relación interina a tiempo completo había sido nombrada funcionaria a tiempo parcial. En esas condiciones, y como reunía las cotizaciones suficientes, tenía derecho a la

[3] Recurso de suplicación nº 1070/2007.

prestación, de conformidad con el tenor literal del art. 205.1 de la LGSS de 1994 –hoy 264.1 del texto refundido de 2015–.

Así pues, la situación legal de desempleo discutida en la sentencia referencial era la de un cese en una vinculación funcionarial interina seguido de un nombramiento sin solución de continuidad a tiempo parcial, con la peculiaridad de que la solicitud de la cobertura por desempleo se había formulado después del nuevo nombramiento a tiempo parcial. Sin embargo, en los casos de los que ahora tiene conocimiento el TS, la circunstancia por la que atravesaban los funcionarios interinos afectados consistía en una reducción temporal de jornada.

Por los argumentos de fondo que se van a desgranar a lo largo de este comentario podrá concluirse que, en realidad, la sentencia de contraste no era contradictoria, sino que se refería a un supuesto muy diferenciado. La primera de las sentencia del TS objeto de este comentario, de 1 julio 2015[4] pasa de puntillas sobre el tema de la contradicción, argumentando que se producía *a fortiori* por el poco convincente motivo de que en la referencial no consta si "la reducción de jornada" se había producido por ministerio de la ley, cosa que sí sucedía en el caso de la sentencia impugnada ante el TS. En realidad, no era tanto una reducción de jornada como un cese seguido de un nombramiento a tiempo parcial, como se analizará enseguida. Así lo enfatizaba la sentencia que se utilizó como de contraste. De cualquier modo, una vez apreciada la contradicción en la primera sentencia, en las demás se admite por su propio peso. En la segunda y en la tercera de ellas, ambas de 27 julio 2015[5] se expresa, con evidente desacierto, que "*es irrelevante el dato de que la situación de desempleo parcial en la sentencia recurrida se produjera por reducción de jornada y en la de contraste por extinción de un contrato temporal a tiempo completo y nueva contratación a tiempo parcial, ya que lo relevante es si el personal funcionario interino, que pasa de jornada a tiempo completo a jornada a tiempo parcial, vinculado a la misma Administración Pública, tiene derecho a la prestación a tiempo parcial*"[6].

Debe enfatizarse el desacierto porque, como bien expresa la Sala del TSJ de Valencia en la STSJ de 17 junio 2008, no se trataba tanto en ella de un supuesto de desempleo parcial como de un caso de compatibilidad de una prestación de desempleo con una posterior vinculación a tiempo parcial, con la consiguiente disminución de la prestación en aplicación de las reglas de compatibilidad. Es decir, es legítima la duda referida a si debe protegerse el desempleo parcial en el caso del personal funcionario interino, pero tal cuestión se suscita *ex novo* a partir de la normativa de urgencia aprobada por el Consejo de Gobierno valenciano.

Argumenta una de las sentencias de 27 julio que las diferencias son, con todo irrelevantes, porque "*lo relevante es si el personal funcionario interino, que pasa de jornada completa a jornada a tiempo parcial, vinculado a la misma Administración Pública, tiene derecho a la prestación de desempleo parcial*". De nuevo debe criticarse el trazo grueso con el que se despacha, desde este nuevo punto de vista, el juicio de contradicción. Porque este

[4] Rcud 3408/2014, ponente Calvo Ibarlucea.
[5] Rcud. 2881/2014, ponente Salinas Molina y rcud 2862/2014, ponente Segoviano Astaburuaga.
[6] Y la cuarta sentencia, de 15 septiembre 2015 (rcud. 2796/2014, ponente Gilolmo López), reproduce esta argumentación de las dos anteriores.

planteamiento, desde el punto de vista de las vinculaciones laborales, generaría respuestas muy diferenciadas. En primer lugar, había que distinguir entre un desempleo temporal, claramente protegido si se produce de acuerdo con las reglas del art. 47 ET y normativa concordante, y un desempleo definitivo, no protegido, con la salvedad de que una prestación de desempleo total es compatible, convenientemente reducida, con una posterior colocación a tiempo parcial en la misma o en otra empresa. Y que incluso es posible solicitar aquélla compatibilizada con ésta después de haber obtenido la segunda. En segundo, habría que distinguir, en el ámbito de las Administraciones Públicas, unos casos generales en los que el art. 47 no es aplicable y unos más restringidos, en los que es aplicable. En tercero, y como conclusión de cierre, las reglas entre personal con vinculación administrativa o estatutaria y con vinculación laboral no tienen que ser las mismas, pues el diferente régimen sustantivo de una y otra admite también respuestas diversas por lo que afecta a la prestación por desempleo sin que exista quiebra del principio de igualdad.

Todavía admite más críticas el propio requisito de contradicción a la vista de un último argumento sobre el mismo. El Alto Tribunal es consciente, en esta misma sentencia de 27 julio, del "pequeño inconveniente" que supone que, a fin de cuentas, el personal laboral del Servicio Valenciano de Empleo y Formación –al que estaba adscrita la funcionaria interina recurrente– no tendría derecho a la prestación por una aplicación simple y literal de la disposición adicional 21º del ET –disposición adicional 17ª del vigente texto refundido de 2015–. Pero argumenta que cuando se publicó la norma autonómica de urgencia, todavía no se había aprobado el RD-ley 3/2012, que fue el que introdujo esa disposición adicional. Podría criticarse esta ligera afirmación desde muchos puntos de vista. En todo caso, basta con decir que el TS incurre en una muy grosera confusión entre una norma y un acto administrativo. La norma valenciana, por muy precisa y concreta que fuera en su mandato, no configuró ninguna situación legal de desempleo, sino que ésta solo se consumó con la Resolución posterior que identificó en concreto a las personas afectadas. Es decir, cuando ya estaba en vigor la limitación a que se pueda utilizar el art. 47 ET en las Administraciones Públicas. Ello con el sobreentendido de que antes de la reforma laboral de 2012 fuera posible que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas pudiera ser afectado por un expediente temporal de regulación de empleo. Sobreentendido con que yo, cuando menos, disto mucho de estar de acuerdo. Aunque, desde otro punto de vista, en nada añade esta digresión a la pertinencia de la contradicción, pues tanto la sentencia recurrida como la referencial se referían a personal excluido del ámbito de aplicación del ET.

3. NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TS, CON ALGUNAS INTERPOLACIONES CRÍTICAS

Las sentencias de suplicación recurridas fundamentaban su fallo desestimatorio de la pretensión actora en que el personal funcionario interino se rige por normas de Derecho Administrativo y que, de conformidad con el art. 1.2 del Reglamento de Protección por Desempleo –RD 625/1985, de 1 abril, RPD–, solo ostenta derecho a la prestación como consecuencia de la extinción de la relación administrativa, no por reducción de jornada. Alguna de ellas añadía el dato de que la reducción temporal de jornada solo es protegible, de conformidad con la ley, cuando se produce al amparo del art. 47 ET para los trabajadores, con la singularidad de que el ET excluye la regulación temporal de empleo para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y para las entidades de derecho público

vinculadas o dependientes de una o varias de ellas, con una pequeña salvedad que aquí no es del caso. De modo que los funcionarios interinos a los que se les reduce la jornada por aplicación de una norma autonómica no están en situación legal de desempleo.

El TS casa las sentencias de suplicación y declara el derecho de las personas recurrentes a la prestación por desempleo. La sentencia más prolija en argumentos es la de 1 julio 2015. En ella se apela a anterior doctrina del Alto Tribunal –en concreto, sentencia de 5 abril 2005– en la que se admitía el derecho a la misma de un trabajador al que se le había extinguido un contrato de trabajo y sin solución de continuidad había suscrito otro a tiempo parcial con la misma empresa, y pese a que la solicitud al organismos gestor del desempleo fuese posterior. Conviene reproducir un pequeño detalle de la misma porque, en realidad, sirve de pleno sustento a la tesis seguida por el TSJ de Valencia en la sentencia utilizada como contradictoria en los cuatro recursos de casación para la unificación de doctrina que dieron lugar a las sentencias que aquí se comentan:

"Lo único que ha sucedido es que, al no existir solución de continuidad entre las dos contrataciones, se ha seguido la vía de no solicitar el desempleo total por el cese en el primer contrato y recurrir al empleo parcial. Pero esta diferencia meramente formal y temporal no debe llevar a la exclusión de la protección. Es más, aunque esto no sea relevante, en el presente caso la solución de entrada en el desempleo total hubiera sido aplicable en atención al dato que recoge el hecho probado segundo –el nuevo contrato a tiempo parcial es para trabajar los sábados y domingos– pues entre el cese en el trabajo anterior y el comienzo del nuevo se rompe la continuidad y hay un periodo efectivo de desempleo total".

Sin profundizar más en el argumento a mayor abundamiento, el TS expresa que, en el fondo, es lo mismo extinguir un contrato de trabajo a jornada completa, solicitar la prestación por desempleo y luego formalizar contrato a tiempo parcial que extinguir el contrato a tiempo completo, formalizar contrato a tiempo parcial y finalmente pedir la prestación por desempleo. Pero –debo insistir– en tal caso la situación legal de desempleo no es la de desempleo parcial –necesariamente temporal– sino la de desempleo completo seguido de un contrato a tiempo parcial, con compatibilidad de la prestación. Pero la sentencia de 1 julio 2015 desdibuja esta diferencia para aproximar subrepticiamente el régimen del art. 203.3 a situaciones como la descrita en la STS de 5 abril 2005.

A continuación, la sentencia se refiere a la situación concreta de los funcionarios interinos. Las normas que se refieren a ellos son el anteriormente referido art. 205.1 de la LGSS de 1994 y el art. 1.2 del RPD, de conformidad con el cual la situación legal de desempleo de este colectivo se acreditará "*cuando se extinga la relación administrativa, por certificación de la Administración pública correspondiente, acreditando tal extremo*". El TS entiende que el Reglamento está contemplando una única situación legal de desempleo, en tanto que el art. 208 de la LGSS de 1994 –art. 267 del vigente texto refundido– incorpora otras, derivadas, entre otras circunstancias, de suspensión de contrato y reducción de jornada. Para las cuales entiende que no es exigible, en el caso del personal vinculado por una relación administrativa o estatutaria, un trámite como el del art. 47 ET, solo previsto para los trabajadores de régimen laboral. Por lo demás, el Reglamento, en su limitación de la situación legal al caso de extinción de la relación de servicios, carece de soporte legal, de acuerdo con esta sentencia. En efecto –prosigue la argumentación– el actual art. 267 LGSS 2015 es trasunto del antiguo art. 6 de la

Ley 31/1984, de protección por desempleo –LPD–, cuyo desarrollo por el RPD "*habría sido emplead[o] para limitar la situación legal de desempleo en el caso de la contratación administrativa y funcionarios de empleo de seguirse la interpretación que la sentencia recurrida le depara*". En contra de la distribución de espacios entre ley y reglamento que predicaba la exposición de motivos de la Ley 31/1984 (la Ley para clasificar y sistematizar las situaciones legales de desempleo, el Reglamento para diseñar la forma de acreditarlas) el RPD se había excedido al restringir las situaciones protegibles. Por lo tanto, hay una muy deficiente técnica normativa, pero ello no puede producir como consecuencia que se deniegue el derecho al personal funcionario interino, tampoco en casos como el sucedido a partir del Decreto-ley 1/2012 del Gobierno de la CA de Valencia.

En este punto, el TS reincide en su error de equiparar la doctrina de su sentencia de 5 abril 2004 a una especie de "relativización" del trámite del art. 47 ET –trámite que, como se sabe, se trasladó al art. 203.3 de la LGSS 1994 por obra y gracia de la Ley 66/1997, de 30 diciembre, para contradecir doctrina del TS que había declarado *ultra vires* el RPD–. Es verdad que la situación producida con la norma valenciana de 2012 es cualitativamente diferente y, como expresa el TS, solo susceptible de ser acreditada mediante certificación de un acto administrativo. Por consiguiente, insiste en la idea de que la falta de regulación de cómo se acredita y cómo se diseña en sus trazos específicos la protección por desempleo en el caso de las relaciones administrativas no puede dar lugar a una desprotección de los colectivos excluidos del ET por su art. 1.3 a). De tal forma que en la expresión "relación laboral" hay que considerar integrado al entramado de relaciones de servicios subordinadas en régimen de Derecho Administrativo y contempladas en el Estatuto Básico del Empleado Público.

Finaliza la argumentación de la sentencia apelando, de conformidad con el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, al RD 1167/1983, de 27 abril, que es la que dio entrada en la protección de desempleo a los funcionarios interinos, con otra afirmación muy discutible: que no distinguió entre desempleo total o parcial, que no excluía éste, pero que incurría en el defecto de identificar una sola forma de acreditación, la de extinción de la relación mediante certificación administrativa.

Otra de las tres sentencias restantes del TS, de 27 julio 2015, contiene una argumentación más escueta, aunque también incurre en gruesas inexactitudes. Parte de que el personal administrativo está comprendido en el campo de aplicación de la protección por desempleo –art. 205.1 LGSS de 1994– y de que las personas recurrentes en casación para la unificación de la doctrina cumplían los requisitos del art. 203.3 ET, incluido el carácter temporal de la reducción de jornada. Ésta se había producido por razones económicas, como era palmario a la vista del preámbulo del Decreto-ley 1/2012, sin que pudiera exigirse un requisito de imposible cumplimiento como es el del seguimiento de los trámites del art. 47 ET.

Es decir, ahora ya no se trata de que el personal interino cuya relación se extingue y se le nombra a continuación a tiempo parcial, y pida antes o después de este nombramiento la prestación, tenga o no derecho. Superado el juicio de contradicción, los fundamentos de derecho se desvían hacia unos derroteros que solo alcanzan las suspensiones parciales y temporales. Pero, como pasa ahora a describirse, la argumentación del TS parte de un desconocimiento del *iter* lógico que condujo a la cobertura por desempleo de los funcionarios de empleo.

La otra STS de 27 julio 2015, añade algún argumento adicional, después de parafrasear los de los dos anteriores. Insiste en que no hay una correspondencia total entre las situaciones legales de desempleo y el modo de acreditarlas. Por otra parte, el silencio sobre la acreditación no puede conducir a negar el derecho mismo. Expresa que el art. 205.1 de la LGSS de 1994 protege a los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas, pero luego olvida referirse a ellas en los preceptos siguientes. En este contexto, de ser aplicadas literalmente las normas, tal modo de proceder podría conducir al absurdo de atribuir la condición de colectivo protegido a unos servidores públicos que luego se dejarían desprotegidos, al no haberse regulado jamás las modalidades, los requisitos y la esencial definición de la situación de desempleo a lo largo de prácticamente treinta años.

Por lo tanto, y a partir de una interpretación de estas normas al amparo del art. 3 del Código Civil –contextualizada, de conformidad con sus antecedentes históricos y normativos y con el tamiz del art. 41 de la Constitución–, la sentencia concluye que el término "relación laboral" debe entenderse como equivalente al de "relación de servicios". De modo que, en cuanto al desempleo, la protección debe reconducirse a las peculiaridades del vínculo. Por consiguiente, la exigibilidad del procedimiento del art. 47 debe limitarse a quienes estén vinculados por contrato de trabajo.

Otra vez es sencillo desmontar este argumento, pues los cánones interpretativos del Código Civil en absoluto conducen a tales conclusiones, como va a verse. Ni es cierto que la situación legal de desempleo de los funcionarios interinos se hubiese mantenido virgen de regulación durante 30 años.

Así concluye la batería argumental del TS. La última sentencia, de 15 septiembre 2015, se remite a las tres anteriores, sin aportar argumentos novedosos.

4. UNA INTERPRETACIÓN JURÍDICA MÁS ADECUADA

Como ya se ha expresado con claridad, las sentencias del TS merecen una primera crítica en cuanto al juicio de contradicción, que claramente no existía entre la sentencia aportada de contraste en todos los recursos y las sentencias recurridas en unificación de doctrina. La Sala de lo Social del TSJ no dictó sentencias contradictorias, sino que resolvió situaciones distintas con fundamentos y fallos distintos, como es lógico. Es decir, ya por auto, ya por sentencia, el TS debía haber fallado sin entrar en el fondo del asunto.

Pero lo realmente interesante consiste en narrar una historia más cierta y ajustada a la dinámica de las normas que los argumentos muy forzados del Alto Tribunal. Bueno es recordar que, allá por 1980, la Ley 51/1980, básica de empleo –LBE–, no contenía referencia a los funcionarios de empleo y demás servidores públicos vinculados por relaciones administrativas o estatutarias. Su capítulo II –arts. 17 ss.– solo aludía a los trabajadores por cuenta ajena. Es más, el propio art. 17 no precisaba las situaciones legales de desempleo más allá de identificar una por extinción de contrato, otra por suspensión, otra por reducción de jornada y una última por período de inactividad de los trabajadores fijos-discontinuos. En tanto que su art. 18 distinguía una situación protegible de desempleo total y otra de desempleo parcial.

Esta Ley fue desarrollada por RD 920/1981, de 24 abril, por el que se aprobó el Reglamento de Protección por Desempleo. Su art. cuarto, bajo la rúbrica de "desempleo involuntario" regulaba lo que en la actualidad viene a ser, con las numerosas modificaciones habidas desde entonces, el art. 267 del texto refundido de la LGSS de 2015. Es decir –y este dato no es menor, a los efectos que interesan al comentario que aquí se desarrolla– las situaciones legales de desempleo, tal y como hoy las entendemos, se desgranaban en norma de rango reglamentario. Además, el mismo Reglamento contenía una sección segunda, capítulo VI –arts. 31 y ss.– denominada "tramitación de las prestaciones" en la que se regulaba, materialmente, lo que hoy se entiende como acreditación de las situaciones legales, expresión que no aparecía en dichos preceptos. Es decir, en el sustrato normativo correspondiente a la Ley de Empleo de 1980 la dialéctica situación legal/acreditación de la misma no existía, en la medida en la que ambas se regulaban en la norma gubernamental y no en la ley y en la que "acreditación" no era una palabra utilizada para identificar los medios por los que el interesado debía mostrar que se encontraba en dicha situación.

Es en este marco –y no en el posterior a la Ley 31/1984– cuando se aprueba el RD 1167/1983, de 27 abril, y solo así contextualizado puede formulársele una interpretación histórica adecuada. Primero, es bueno reparar en su denominación: "*por el que se incluye en la acción protectora por desempleo al personal contratado de colaboración temporal y a los funcionarios de empleo de las Administraciones Públicas*". Es decir, ahí se produjo la inclusión, ni antes ni después. El preámbulo de la norma daba cuenta de que se iba a regular próximamente el régimen sustantivo de estos colectivos –como sucedería un año más tarde con la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP)– Y añadía que, sin perjuicio de ello "*existe un aspecto concreto, la carencia de protección frente a la contingencia del desempleo, que aconseja la inmediata modificación de la normativa vigente*". Es decir, a través de un Real Decreto se reguló algo que era anticipo del régimen de prestación de servicios, que se formuló por norma con rango de ley. Es discutible que una norma reglamentaria tuviera jerarquía suficiente a los fines que perseguía, pero así sucedió, sin que la LBE contuviese ninguna remisión al respecto, pues desde luego no podía entenderse como tal su disposición final primera.

El RD 1167/1983 contenía un artículo único con dos apartados. En el primero se incluía a estos colectivos, en cuanto que sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, en la acción protectora por desempleo establecida en la LBE y en las normas reglamentarias que la desarrollaban. De conformidad con el segundo, "*la situación legal de desempleo del personal comprendido en el apartado anterior se acreditará mediante la certificación de la terminación de los servicios que viniera prestando expedida por la Administración Pública competente*". Consecuentemente, derogó el art. 17 del Decreto 1742/1966, de 30 junio[7]. Es decir, siendo Ministro de la Presidencia el más recordado de cuantos ha habido por los funcionarios públicos, D. Javier Moscoso del Prado y Muñoz, el primer Gabinete de Felipe González otorgó el desempleo, sin habilitación legal aparente, al personal contratado de colaboración temporal y a los funcionarios de empleo. Eso sí, la situación legal de desempleo era aparentemente una, y se acreditaba mediante certificación pública. Claro que, por aquel

[7] "*El personal contratado para colaboraci6n temporal deberá ser afiliado a la Seguridad Social y Mutualismo Laboral, corrıendo a su cargo la cuota del productor y sin que en ningún caso le alcance el Seguro de Desempleo*".

entonces, los límites entre la situación legal y la acreditación de la misma estaban todavía menos claros de lo que están hoy en día, 35 años después[8].

La acción legislativa produjo dos piezas legales consecutivas, ambas aprobadas el 2 agosto 1984, la LMRPF y la LPD. La primera de ellas ni siquiera citaba la prestación por desempleo. La segunda, en su art. 3.1, incluía en el ámbito de cobertura de la protección por desempleo al "*personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones públicas que tengan previsto cotizar por esta contingencia*". Sin que en su art. 6 identificara la o las situaciones legales de desempleo que pudieran afectar a estos colectivos. Por otra parte, debe hacer notar que la LMRFP no incluía ninguna medida relativa a prestación de servicios a tiempo parcial o reducciones de jornada.

En desarrollo de la LPD se aprobó el todavía vigente RPD, que en su art. 1.2, que establece, en coherencia con el RD 1167/1983 –al cual, por cierto, no deroga expresamente ni la LPD ni el RPD– que la situación legal de desempleo se acreditará, "*cuando se extinga la relación administrativa, por certificación de la Administración Pública correspondiente acreditando tal extremo*".

La exposición de motivos de la LPD expresaba que "*se clarifican y sistematizan las situaciones legales de desempleo, tanto por extinción o suspensión del contrato como por reducción de la jornada laboral, dejando para el desarrollo reglamentario la forma de acreditar las citadas situaciones*". Es decir, la Ley de 1984 no creó ninguna situación legal de desempleo nueva que antes no existiera para los funcionarios interinos, por más que deslindó un nivel legal –para definir "situaciones legales"– y un nivel reglamentario –para "acreditarlas"–. Por lo tanto, si en el RD 1167/1983 se aludía a una situación, no es plausible sostener que la LPD amplió la protección a los funcionarios de empleo y al personal contratado de colaboración temporal. Máxime, si se tiene en cuenta que la disposición adicional cuarta de la LMRFP había restringido mucho la posibilidad de formalizar estos contratos.

La normativa afectante a los funcionarios interinos, por lo que respecta a la protección por desempleo, no sufrió más avatares normativos posteriores que los derivados de la refundición de textos de Seguridad Social. Sí que conviene hacer referencia a un colectivo al que se le otorgó protección por la Ley 37/2006, de 7 diciembre: el de los altos cargos de las Administraciones Públicas con dedicación exclusiva. Esta ley interpoló el art. 205 LGSS para introducir un nuevo colectivo protegido, que ahora se encuentra relacionado en el art. 264.1 f) del nuevo texto refundido: "*los altos cargos de las administraciones públicas con dedicación exclusiva que sean retribuidos por ello y no sean funcionarios públicos, en las condiciones previstas en este título para los trabajadores por cuenta ajena, salvo que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese*". Es decir, a ellos –con lo problemático que pueda ser en la práctica– se les equipara a trabajadores por cuenta ajena, cosa que no se hizo con los funcionarios interinos. Por eso, en relación con éstos el propio art. 264.1 d), en fiel refundición, expresa lacónicamente que están comprendidos "*los funcionarios interinos, el*

[8] Máxime después de que la disposición adicional 42ª LGSS de 1994 se dedicara a describir formas de acreditar la situación legal de desempleo, cosa que ahora hace el art. 367.3 del nuevo texto refundido, desandando el camino andado a partir de la LPD.

personal eventual, así como el personal contratado en su momento en régimen de derecho administrativo al servicio de las administraciones públicas".

Ahora bien, la propia Ley 37/2006, consciente de las insuficiencias de equiparar sin más los altos cargos a los trabajadores, incluyó una nueva situación legal de desempleo en el art. 208.1.6 de la LGSS 1994, que ahora se recoge en el art. 267.1 f) de la LGSS: "*cuando, en los supuestos previstos en los párrafos e) y f) del artículo 264.1, se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos o cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial*". Es decir, se identifican unos concretos supuestos de acceso a la prestación, entre los que, desde luego, no está la reducción temporal de jornada.

Este cuidado no se ha tenido con los funcionarios de empleo, cuya norma de referencia ha sido el Real Decreto de 1983 y desde entonces nada se ha innovado. Es obvio que entonces solo dio cobertura a los ceses en los contratos de colaboración temporal y en la condición de funcionarios de empleo de las personas interesadas. Porque era la única situación que debería ser cubierta en unos tiempos en los que no se valoraba la posibilidad de modificar la jornada de trabajo ni de que se prestaran servicios a tiempo parcial como funcionario interino. Es en la Ley 22/1993, de 29 diciembre, cuando se introducen los planes de empleo y se da nueva redacción, entre otros, al art. 18 LMRFP, que prevé por vez primera la prestación de servicios a tiempo parcial entre el personal con vinculación funcionarial. Posibilidad que aparece en la actualidad como totalmente normalizada en el art. 47 del texto refundido del EBEP.

La conclusión de esta evolución normativa parece lógica: las reglas sobre prestación por desempleo no se ha actualizado al compás de las profundas reformas que ha habido en torno a la función pública en general y a los funcionarios interinos en particular. Pero este desajuste no es argumento suficiente para que el TS reconozca una prestación que, desde luego, no está legalmente prevista. Las sentencias que se han comentado formulan una doctrina sumamente constructiva que no se justifica, desde luego, con el recurso a la *analogia iuris*, porque las diferencias entre el personal laboral y el funcionario son demasiado profundas. Con el agravante de que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, salvo excepciones que no concurrirían en los casos de aquellas para las que prestaban servicios las personas recurrentes ante el TS, tampoco tendrían derecho a la cobertura por desempleo. Por otra parte, el recurso a las técnicas interpretativas del artículo 3 del Código Civil, lejos de avalar la postura defendida por el Alto Tribunal, más bien la contradice. La interpretación literal es muy clara. La histórica ha sido suficientemente descrita en los párrafos anteriores. La sistemática, también ha sido esbozada con argumentos suficientes. En definitiva, es evidente que las sentencias que había dictado la Sala de lo Social del TSJ de Valencia eran perfectamente ajustadas a derecho.

En síntesis, por inexistencia de contradicción con la sentencia utilizada como referencial y también por motivos de fondo, las sentencias del TS son claramente desacertadas.

5. EL PROBLEMA EN PROSPECTIVA

Ya he sugerido que en estos asuntos se plantea un problema jurídico que, en todo caso, debe resolverse a través de normativa con rango de ley, no con una dosis elevada de constructivismo judicial. El contrato de trabajo ha evolucionado en los últimos lustros pero, al compás de las modificaciones de su régimen sustantivo, ha habido adaptaciones de su conexión con la normativa del desempleo. Con mayor o menor acierto, y en unos términos de política social que pueden o no compartirse, la legislación de Seguridad Social se ha ido adaptando a las sucesivas reformas del mercado de trabajo, de tal forma que tanto las situaciones legales de desempleo como los mecanismos de acreditación de las mismas se fueron acompasando a las modificaciones en la flexibilidad interna y en la flexibilidad de salida.

No ha sucedido lo mismo, evidentemente, en cuanto al personal con relaciones administrativas o estatutarias. La entrada en vigor del EBEP ha supuesto una auto-contención de la legislación estatal básica que deja amplios espacios regulativos a la legislación autonómica de desarrollo. Esta circunstancia abre una posibilidad de normativas y situaciones muy diversas, como sirve de ejemplo el Decreto-ley 1/2012 de la Comunidad Valenciana, que ha abierto el paso a una reducción temporal de jornada entre el personal funcionario interino que carece de precedentes en la regulación de la función pública. Es indudable que, desde hace ya bastantes años –de nuevo puede citarse como norma desencadenante la Ley 22/1993, de 29 diciembre, con la introducción en la LMRFP de los planes de empleo– se asiste a un proceso de flexibilización en estas relaciones excluidas del ámbito de aplicación del ET que es menos intenso que el de los trabajadores, pero que sin duda alguna abre posibilidades de pérdida de rentas del trabajo que no existían años atrás.

Así pues, es necesaria la labor de adecuación de este entramado a la legislación de desempleo. Resulta evidente que la exclusiva referencia del art. 264 del actual texto refundido de 2015 no es en modo alguno suficiente, pues, en realidad, solo ampara claramente los ceses en la condición de funcionarios de empleo o de contratos administrativos. No puede confiarse a una jurisprudencia del TS flexible una ampliación del elenco de supuestos protegidos. No se trata en modo alguno de proponer posturas restrictivas de la protección, sino de aquilatar qué situaciones deben protegerse y cuáles no. Con la dificultad añadida, como ya se ha reiterado, de que las legislaciones autonómicas pueden diferenciarse bastante entre ellas, dentro de las reglas básicas que aporta el texto refundido del EBEP. No se trata simplemente, a modo de ejemplo, de la regulación más laxa o más rígida que puedan elaborar a partir de las reglas generales del art. 10 de dicho texto refundido en torno a los funcionarios interinos, sino de las normas que puedan incorporar sobre cambios de jornada, períodos de inactividad, reducciones o suspensiones de jornada y otros supuestos que puedan guardar cierta analogía con las situaciones legales de desempleo de los trabajadores regulados por el ET. Y no solo en las normas de desarrollo generales, sino en ciertas normativas de urgencia o coyunturales que se aprueben en época de restricciones presupuestarias en las Administraciones Públicas, como muestran las sentencias que se han comentado.

Es evidente que esta normativa debe debatirse con cuidado en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público, como ordena el art. 100 del texto refundido del EBEP. Porque el enunciado de unas concretas situaciones legales va a influir decisivamente en cómo se van a desarrollar por parte de las Comunidades Autónomas las medidas sustantivas que pueden producir pérdida o disminución de rentas retributivas. Con todo, las situaciones

legales de desempleo no pueden concebirse como reactivas a todo el bosque de supuestos que pueden plantear las diversas legislaciones de desarrollo.

Y un último argumento se refiere a los funcionarios de carrera. Seguramente sigue siendo razonable que no exista una situación legal de desempleo que ampare los supuestos de extinción de estos vínculos funcionariales, extinción que se concibe actualmente como bastante excepcional. Pero, a la par que se plantea la cobertura de situaciones distintas de la de cese en el caso de los funcionarios interinos, se hará necesario un planteamiento idéntico en el caso de los de carrera. Como se ha sugerido anteriormente, la normativa valenciana de urgencia que reducía temporalmente la jornada a los interinos y temporales, pero no así a los fijos, tiene un encaje discutible en la Directiva 1999/70/CE, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. El cual, como ya ha expresado una muy nutrida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también ampara las relaciones administrativas o estatutarias[9]. Si ello es así, podrá entenderse que resulta de dudosa pertinencia plantear situaciones de desempleo distintas para unos y otros colectivos.

[9] Véase, a modo de ejemplo, asunto C-177/14, *Regojo Dans*, sentencia de 9 julio 2015.

Incapacidad Temporal: Límites del principio de oficialidad y el juego de las reglas de prescripción y retroactividad

Temporary Disability: Limits the principle of officialdom and the game rules of prescription and retroactivity

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UCM

Resumen

El principio de oficialidad en la gestión de la incapacidad temporal, tan solo opera cuando se dan los requisitos de acceso a la protección y se tramitan los correspondientes partes médicos. En otro caso, es necesaria la colaboración obligatoria del beneficiario mediante la correspondiente solicitud. Cuando la prestación del servicio se realiza al margen de la legalidad y se produce un accidente, todos los parámetros se alteran.

La solicitud extemporánea sobre un derecho no reconocido y no prescrito, activa el criterio de la retroactividad trimestral, que aplicado en su literalidad legal conduce a resultados absurdos.

Para evitar el resultado no deseado, acudimos de *lege ferenda* a la búsqueda de soluciones mediante la aplicación del principio de alta de pleno derecho, vinculado *ope legis* a un singular principio de oficialidad.

Palabras clave

Incapacidad temporal, principio de oficialidad, prescripción, retroactividad, alta de pleno derecho.

Abstract

The principle of officialdom in the management of temporary disability, only operates when the access requirements are given protection and the relevant medical reports are processed. In another case, the mandatory cooperation of the beneficiary with the corresponding application is necessary. When the service occurs outside the law and an accident occurs, all parameters are altered.

The late request for a right unrecognized and prescribed enable the criterion of quarterly retroactivity, which applied in its legal literalness leads to absurd results.

To avoid unwanted result, we turn to ferenda lege finding solutions by applying the principle of full-fledged high, linked ope legis to a singular principle of officialdom.

Keywords

Temporary disability, principle of officialdom, prescription, retroactivity, social security registration "every right".

1. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto aquí analizado parte de la situación de un trabajador que, prestando servicios para una Comunidad de Bienes, sufre un accidente de tráfico (19.05.2003), sin estar dado de alta en la Seguridad Social. Esta situación deriva en la falta de reconocimiento de relación laboral inicial, por lo que el trabajador presenta demanda ante el Juzgado de lo Social reclamando dicho reconocimiento, el cual se le otorga en primera instancia (Juzgado nº 3 Toledo, 22.06.2004) y se confirma, posteriormente, por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (20.04.2006).

Solicitada la declaración de invalidez, el INSS reconoce la calificación de gran invalidez por accidente no laboral (con informe de la Inspección de Trabajo) "sin derecho a prestaciones por carecer aquél de cotizaciones previas en la fecha en la que aconteció el suceso".

Esta resolución es recurrida por la parte actora en el sentido de pretender la catalogación del accidente de tráfico sufrido, como un accidente de trabajo, reconocimiento que otorga la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo en fecha 26.06.2008, confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha en fecha 22.01.2010. Consecuentemente, la gran invalidez declarada inicialmente sin derecho a prestaciones, por deberse a una contingencia común, pasa a ser calificada como accidente de trabajo, con derecho a prestación y con fecha de efectos de 16.06.2007.

Una vez reconocida al trabajador, por tanto, la gran invalidez con derecho a prestaciones motivada por accidente de trabajo, aquél solicita en fecha 01.03.2012 las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales referida al período transcurrido entre la fecha del accidente y la fecha de reconocimiento de la gran invalidez, al no haber podido recibir el trabajador esa prestación en el momento debido, por encontrarse inmerso en el proceso judicial de reconocimiento de los requisitos que hubieran dado lugar a aquélla.

La solicitud de prestaciones de incapacidad temporal aludida, es respondida por la Mutua de A.T. y E.P, Ibermutuamur, desestimando la pretensión al entender que han transcurrido los plazos de prescripción y caducidad recogidos en los artículos 43 y 44 de la LGSS, respectivamente.

Ante la negativa de la mutua, el actor presenta demanda contra dicha resolución, que es resuelta por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo (31.10.2012), en el sentido de reconocer el derecho del trabajador a percibir las prestaciones de incapacidad temporal entre el 19.05.2003, fecha del accidente de trabajo, y el 16.06.2007, fecha de efectos de la declaración de gran invalidez, cuyo pago habrá de anticipar Ibermutuamur.

Contra esta sentencia, la mutua Ibermutuamur presenta recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, el cual estima, dando lugar a su posterior sentencia (03.10.2013) en la que se revoca la sentencia de fecha 30 de octubre de 2012 del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo, en el sentido de desestimar la demanda presentada por la parte actora, absolviendo a los demandados (mutua Ibermutuamur, INSS y TGSS) de las pretensiones contenidas en aquélla, esto es, del pago de las prestaciones de incapacidad temporal en el referido período.

La parte actora presenta recurso de casación para la unificación de doctrina contra la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de fecha 03.10.2013 alegando infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en los arts. 43.1 y 44.2 de la LGSS. Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 26.10.2009.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Cuestión planteada ante el Tribunal Supremo

La sentencia aquí analizada anuncia explícitamente cuál es la cuestión controvertida, a saber, determinar si en el caso de un trabajador por cuenta ajena que sufrió un accidente de tráfico prestando servicios para su empresa, la cual no había procedido a darle de alta en la seguridad social (cuestionada la laboralidad inicialmente, con posterioridad se reconoce por

sentencia), es exigible o no la solicitud de la prestación de incapacidad temporal, cuyo pago se litiga, por parte del trabajador, y, consecuentemente, si es de aplicación el plazo de prescripción de cinco años ex. art. 43 LGSS. y, en su caso, determinar la existencia o no de caducidad de la acción conforme a lo establecido en el art. 44.2 LGSS.

2.2. Bases de la sentencia recurrida

Nos encontramos así, ante una doble determinación de la existencia o no de dos figuras: la prescripción y la caducidad, enunciadas ambas en la LGSS.

Respecto de la primera, la prescripción recogida en el artículo 43 LGSS, la sentencia recurrida aplica dicho artículo, determinando que la acción no había prescrito por darse una situación interruptora –cual es la actuación inspectora de la Inspección de Trabajo– y, por tanto, estima el primer motivo recogido en el art. 43.1 LGSS. Dicho lo cual, no sucede así con el segundo motivo de igual precepto, pues "*los efectos del reconocimiento del derecho a prestación por IT solo alcanzarían a los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, es decir, tres meses antes del 01-03-2012, fecha en que el actor ya tenía reconocida la situación de GI y estaba percibiendo la prestación correspondiente, y evidentemente la situación de IT se encontraba agotada",* y, sigue argumentando la sentencia, ya en relación con la caducidad, "*a esta razón ha de añadirse que a mayor abundamiento, según el art. 42.2 LGSS, en caso de prestaciones periódicas el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento, lo que aplicado al presente supuesto significa que en la hipótesis de que el derecho a la IT hubiese durado hasta la fecha de efectos de la gran invalidez (16-06-2007), resulta que al momento de la solicitud de aquella prestación (01-03-2012) habría caducado el derecho al percibo de cada mensualidad de IT".*

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

3.1. Cuestiones previas

Sin perjuicio del juego de las argumentaciones jurídicas realizadas por la sentencia y que más adelante comentaré, el juicio de valor doctrinal debe venir precedido por varias cuestiones relevantes.

El trabajador prestaba su actividad al margen de la legalidad, tanto en materia laboral, como de seguridad social, por tanto desprovisto de cualquier tutela.

En la referida situación, la actualización de un siniestro hace explosionar los parámetros de ilegalidad, adquiriendo virtualidad la realidad prestacional que condiciona la calificación jurídica de la misma y todos sus efectos derivados.

La conducta ilícita y reprochable del empresario deja al trabajador accidentado "solo ante el peligro" y le convierte en protagonista de su propio destino.

A partir del siniestro comienza el calvario judicial, calificación de la relación jurídica, calificación del siniestro, como laboral o no, búsqueda del aparato protector, vinculación de la protección a la calificación del siniestro….Calvario al que además se incorporan, como

sujetos añadidos con talante no pacifico, las entidades encargadas de proporcionar la protección del trabajador.

El ordenamiento de la seguridad social fue desde antiguo especialmente sensible con estas situaciones, previendo que "los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones" (art. 125.3 LGSS.94, hoy incorporado al art. 166.4 LGSS.15). Alta de pleno derecho de la que deriva la automaticidad absoluta de las prestaciones, lo que quiere decir que adquiere relevancia de primer orden la protección del trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades derivadas y de los sujetos imputados.

Aunque con buena intención, el precepto de la LGSS se quedó corto, en la medida en que limita indirectamente el espacio protector, al referirse a "…los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del régimen general...", dejando fuera (o exigiendo una primera o previa calificación para su integración en…) a los trabajadores instalados en la marginalidad por decisión y conveniencia del empleador.

No obstante lo anterior, el espíritu del "alta de pleno derecho" debe ser interpretado como principio informador.

3.2. Doctrina general

La Sentencia que comentamos, apoyada en otras precedentes, fija la siguiente doctrina: El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal, viene condicionado por el previo cumplimiento de las condiciones generales y particulares exigidas (afiliación, alta, cumplimiento del periodo previo de cotización, en su caso) y una vez presentados los correspondientes partes médicos de baja y confirmación. Fuera de estos supuestos es obligatoria la colaboración documental del beneficiario en la gestión de la contingencia, mediante la presentación de la correspondiente solicitud de la prestación.

3.3. Aplicación de la doctrina al caso concreto

El presente caso –según afirma la sentencia– aun tratándose de un trabajador por cuenta ajena, cabe entenderlo incluido en la excepcionalidad de la no aplicación del principio de oficialidad establecido en la jurisprudencia de la Sala puesto que no concurren los presupuestos y finalidad del mismo , al tratarse de un supuesto de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo en trabajador por cuenta ajena no dado de alta en la seguridad social, habiéndose cuestionado previamente la existencia de relación laboral y la calificación del accidente de tráfico como laboral. Puesto que no cabe exigir en el presente caso a la Entidad gestora o a los obligados al pago de la prestación económica de IT que debían abonarla desde que tuvieran conocimiento de su existencia y no cabe afirmar que dicha prestación económica no estaba condicionada a la previa solicitud del beneficiario.

3.4. Excepción al principio de oficialidad y su aplicación analógica

Siguiendo la doctrina del TS, la sentencia identifica los supuestos que excepcionan la aplicación del principio de oficialidad, singularmente referida a los trabajadores por cuenta propia. Así, afirma que, el principio de oficialidad tiene sentido aplicarlo a las prestaciones

derivadas de enfermedad común en trabajadores por cuenta ajena puesto que ellos no tienen obligación alguna de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia pero no cuando se trata de trabajadores autónomos que han incumplido de forma manifiesta con sus obligaciones, con lo que ello supone de indefensión para la indicada Entidad Colaboradora en cuanto que sin aquella comunicación queda inhabilitada para llevar a cabo una adecuada gestión de dicha prestación cual tiene legalmente encomendada en los casos en que el trabajador autónomo haya optado por la cobertura de la prestación de IT.

Identificada la excepción, la sentencia entiende que la aplicación del criterio general de dicho precepto a las situaciones de IT de estos trabajadores por cuenta propia es la que resulta más adecuada a la finalidad perseguida por el precepto, imponiendo por tanto al trabajador la obligaciones específicas de comunicación de su situación a la Entidad Gestora, en definitiva, la solicitud de la prestación.

No parece razonable, asimilar las situaciones referidas. En un supuesto nos encontramos con un trabajador por cuenta propia que incumple sus obligaciones con la entidad gestora o colaboradora. En otro, con un trabajador situado por su empleador extramuros de la legalidad. Ambas fotografías, al menos, dificultan la identidad indubitada que la sentencia aprecia.

Con la cautela de la complejidad del supuesto, resulta curioso que ninguna de las entidades actuantes y de las instancias judiciales, se hubieran pronunciado sobre la situación y prestación de incapacidad temporal, previa a la declaración de invalidez permanente. Parece como si la Gran Invalidez declarada hubiera caído del cielo. Más aun cuando, como sabemos, "…la incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal..." (Art. 136.3 LGS.94).

3.5. La solicitud y el juego de la prescripción

Después del larguísimo clavario del trabajador que fue declarado gran invalido, la opción de la sentencia por exigir "solicitud" de la prestación de incapacidad temporal, reconduce el problema al espacio de la prescripción (art. 43.1 LGS.95, hoy art. 53.1 LGS.15, "*El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud*"), y su posible interrupción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 43.3 LGS.94.

El resultado final es el siguiente: aplicando el art. 43 LGSS.94 y aunque se entiende que la acción no había prescrito por haberse interrumpido, queda desestima la pretensión actora aplicando el extremo del precepto en el que se dispone 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 ", puesto que en los tres meses anteriores el trabajador ya tenía reconocida la situación de GI y estaba percibiendo la prestación correspondiente, y evidentemente la situación de IT se encontraba agotada.

Acudir a los viejos y clásicos institutos de la prescripción y caducidad y aplicarlos, como suele ser común, en su sentido más ortodoxo –son institutos "sin alma"–, puede conducir, como en este caso, a un resultado trampa, que además choca con la realidad, la función protectora de la contingencia y nos sitúan en el plano de los absurdo.

Si se entiende que el derecho no ha prescrito, en base a las sucesivas interrupciones, y aplicamos la retroactividad de tres meses prevista en la norma, parece razonable entender, que los tres meses refieren al tiempo en que la prestación estaba viva, y no a los inmediatos a la solicitud, que nadie solicito, como es lógico, y que son de imposible reconocimiento al ser el trabajador titular de una pensión de gran invalidez y la incapacidad temporal agotada desde hace años. La solicitud, como determinante del *dies a quo* del cómputo trimestral, debe ir referida a una prestación viva, en otro caso, la solicitud sirve para marcar el plazo de prescripción quinquenal y si el reconocimiento no ha prescrito, la retroactividad debe, a mi juicio, situarse en los tres últimos meses de vigencia de la incapacidad temporal.

La valoración anterior trae su causa de una interpretación causal del juego de la prescripción y la retroactividad. El reconocimiento del derecho puede ser imprescriptible o sometido a plazo. La retroactividad opera sobre el efecto económico derivado, de forma que respetando el "derecho", limita el impacto económico del reconocimiento. Es una regla de salvaguarda y, al tiempo, penalizadora de la petición prestacional extemporal. Aunque los supuestos pueden ser infinitos, parece razonable entender como regla general, que el precepto va referido a una "prestación vida", donde reconocimiento del derecho y efectos económicos se ajusten a la realidad protectora y produzcan efectos en el espacio de la lógica.

Cuando la prestación temporal se extinguió y la solicitud es extemporánea, no cabe aplicar la regla general que conduce a lo absurdo. Puede entenderse que, si bien el derecho está vivo, por ser superior el plazo prescriptivo que la duración de la contingencia, la finalidad protectora perdió su esencia, reconvirtiendo en su caso el derecho prestación en un mecanismo indemnizatorio. Puede entenderse, que el conocimiento y la falta de actuación de las entidades responsables, es una especie de "irregularidad continuada", donde no cabe aplicar la regla general…

3.6. A mi juicio hubiera sido posible otra solución

El punto de partida es que no parece razonable que ninguna institución se hubiera pronunciado sobre el reconocimiento de la incapacidad temporal de la que deriva la invalidez, cuando todos (INS, Mutua e instancias judiciales) tuvieron conocimiento del proceso. La falta de pronunciamiento de las instituciones competentes no puede ir en contra del trabajador y en favor del empresario incumplidor y de la mutua que debió anticipar.

Como sabemos, el "alta de pleno derecho" abarca al conjunto de prestaciones que derivan del riesgo profesional, por tanto también a la incapacidad temporal. Podríamos decir también que, el reconocimiento *ex lege* de la situación de alta de pleno derecho impone a las instituciones competentes una especie de "oficialidad" en el reconocimiento de las prestaciones y sus consecuencias (especialmente en materia de responsabilidad y anticipo), ya que cuando se produce el hecho causante el trabajador esta fuera del sistema (falta de alta y cotización). El criterio de la oficialidad adquiere plena eficacia cuando queda declarado que la relación es laboral y el accidente de trabajo. A partir de ese momento surge con toda

su fuerza la obligación *ope legis* –y por tanto no vinculada a la actuación (solicitud) del beneficiario– de la entidad (en este caso la mutua) responsable. En este orden, la falta de reconocimiento es imputable a la mutua, conocedora de la situación y parte en los procesos, sin que pueda vincularse la falta de reconocimiento a la falta de solicitud, en términos de colaboración singular y obligatoria del trabajador afectado. En este caso no se puede decir como afirma el TS que "…con lo que ello supone de indefensión para la indicada Entidad Colaboradora en cuanto que sin aquella comunicación queda inhabilitada para llevar a cabo una adecuada gestión de dicha prestación…", ya que la entidad competente era "conocedora activa" e incumplió de forma continuada la obligación *ope legis* de reconocimiento y pago (anticipo) de la prestación

Evitar el razonamiento descrito u otro similar con idéntica finalidad y acudir a la lógica ortodoxa y direccionada, del juego de la solicitud y la prescripción, constituye una muerte anunciada.

Finalmente, el supuesto de hecho y la constatación de una realidad social donde se incrementan los espacios de "prestación de servicios al margen de la legalidad", plantea la necesidad de incorporar reformas legislativas que permitan dar prioridad a la tutela –previa al calvario judicial– del trabajador sin derechos.

Prestación de protección por cese de actividad de trabajadores autónomos económicamente dependientes. Comentario a la STS de 27 de octubre del 2015

Provisión of protection due to cessation of activity by economically dependent autonomous workers. Comentary on the STS of october 27th of 2015

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (FALEMAN@UCO.ES)

Resumen

El presente comentario analiza el régimen de protección por cese de actividad de los trabajadores económicamente dependientes al hilo de las consideraciones vertidas mediante la STS de 27 de octubre del 2015. El eje del asunto aborda el alcance de la prestación por cese cuando, una vez producido éste, falta un mes de cotización, procediendo además el TRADE a abonar las cantidades pendientes de liquidación sin esperar la invitación al pago por parte de la Mutua. El análisis examina los antecedentes fácticos de la sentencia y las fundamentaciones vertidas al efecto desde una vertiente crítica y analítica.

Palabras clave

Trabajador económicamente dependiente (TRADE). Prestaciones por cese de actividad. Invitación al pago.

Abstract

The commentary analyzes the provision of protection due to cessation of activities by the economically dependent workers in line with the current considerations expressed by the STS of October 27 of 2015. The key element of this matter is to clarify the scope of the benefits whenever the contract is due. A month before the contract expires the TRADE will pay the unsettled amount without waiting for the payment invitation from the Mutua. The analysis examines the factual record of the sentence and the rationale expressed into effect from a critical aspect.

Keywords

Economically dependent worker. Provisions due to activity cessation. Payment

1. INTRODUCCIÓN

1. Los trabajadores autónomos, y en particular los TRADES, constituyen un complejo paradigma institucional cuyos anclajes materiales se trasladan inexorablemente al tratamiento de dichas categorías por el derecho positivo. Como sabemos, las tendencias deparan un horizonte de paulatina ampliación material de tales figuras. Así lo reconocía el legislador cuando les dio carta de naturaleza en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (Exposición de Motivos, punto II.2) y así lo confirma el escenario en ciernes con evidencia persuasiva. En efecto, los ecosistemas industriales combinan la formación de estructuras mega-empresariales trenzadas en red con millones de grupos reducidos de pequeños emprendedores, y el trabajo por cuenta propia no ceja de ampliar sus radios de acción en disfavor –o a costa incluso– del trabajo por cuenta ajena. En el caso de España, para mayor abundamiento, confluyen unas características estructurales y problematizaciones idiosincrásicas que refuerzan tales tendencias de "autonomización laboral". Entre lo primero destaca la dominancia de las pequeñas unidades económicas en

nuestro tejido empresarial y productivo, y entre lo segundo sobresalen unas cifras elevadísimas de paro y de desempleo juvenil cuyas respectivas problemáticas se atajan a través del auto-emprendimiento y el "emprendizaje".

Ahora bien, las acciones de política normativa tienden a canalizar dicha "*fenomenología autonomizadora*" desde el prisma institucional de la creación de empleo y la activación económica, lo cual lleva a descuidar las estructuras materiales de protección de los trabajadores autónomos como macro-colectivo y como centros particulares de imputación jurídica. Ello, a su vez, incumple el deseo, reiteradamente subrayado por el legislador nacional y las instancias internacionales, de brindar a los trabajadores autónomos un estatuto protector de las contingencias más perentorias de su actividad laboral; pero por añadidura, y muy especialmente además, aleja las propensiones de política del derecho en pro de una paulatina aproximación de dichos perfiles al estatuto jurídico de los trabajadores asalariados[1].

La STS de 27 de octubre del 2005[2] participa de estas consideraciones preliminares. Tal resolución aborda, en unificación de doctrina, el problema de la acción protectora de los TRADES por cese de actividad, y como veremos recaba una exégesis sobremanera restrictiva de los requisitos legales que dan acceso a dicha prestación, fundamentalmente dos: el período de carencia y hallarse al corriente en el pago de las cuotas. El fallo hace gala de una correcta construcción hermenéutica e hilvana un sólido eje fundamentador, tal como examinaremos en el punto 3 de este trabajo, sin embargo, y más allá de las consideraciones críticas o analíticas colacionables al respecto, la sentencia debe asimismo analizarse desde un plano general y proyectivo de política legislativa. La facilitación de las prestaciones por cese, o "paro de los autónomos", viene siendo una pretensión de política normativa reiteradamente reivindicada por dicho colectivo, primero por las tendencias de extensión subjetivo-material antes mentadas, y segundo porque los trámites de sustanciación de las prestaciones suelen encallarse en el seno de las Mutuas. Me refiero a la hipótesis, nada descabellada, de que las MATEPSS muestren a los trabajadores autónomos una escasa disposición facilitadora de trámites rituarios cuando éstos activen los cauces de acceso a tales beneficios. Muy al contrario, cabe pensar, con verosimilitud, que ciertos trámites se vean envueltos en una trabazón de esfuerzos voluntaristas, lo que, a nuestro modesto entender, no sintoniza con la esencia de las categorías aquí manejadas, amén de hipotecar las vías de acción institucional en clave de futuro.

La protección social de los TRADES ha venido siendo objeto de importantes transformaciones reguladoras. Como sabemos, desde el 2 de enero de este año resulta

[1] La Exposición de Motivos de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, reguladora del sistema específico de protección por cese de actividad, exhortaba a los poderes públicos a avanzar en el establecimiento de "*reglas equitativas de juego, es decir, el marco propicio para lograr la equiparación efectiva del trabajo autónomo respecto del trabajo por cuenta ajena, también en materia de protección social"* (Punto I.2). Las recomendaciones de aproximación institucional del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia se remontan a mediados del pasado siglo. La Recomendación nº 67 de la OIT exhortaba al aseguramiento de los trabajadores independientes contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte en igualdades condiciones que los trabajadores asalariados. Y también se ha hecho eco de ello la propia UE, por ejemplo, mediante la Directiva 86/613/CEE, de 11 de diciembre, o la Recomendación del Consejo de 8 de febrero del 2003 sobre mejora de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos.

[2] Sala de lo Social, Sección 1ª. Jur/2015/280807. Dictada en unificación de Doctrina. Ponente Exmo Sr. Souto Prieto.

aplicable el nuevo régimen implementado a través del RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la LGSS. Este texto actualiza e integra las previsiones previstas en los anteriores arts. 5.3 y 6.2 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, regulador del sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, cuyo texto queda derogado en su completitud, salvando solo el contenido de dos Disposiciones Adicionales de aquella norma y las reglas transitorias de carácter reglamentario[3]. Como sabemos, el sistema de protección se instrumenta a través del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, o RETA, el cual les dispensa un haz de prestaciones cuando se produce la situación de cese total –definitivo o temporal– en la actividad que originó el alta en dicho régimen pese a poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo. El nacimiento de la prestación requiere un amplio listado de circunstancias materiales, previéndose un régimen singular respecto de la acreditación jurídica del cese de actividad de los TRADES, matices que en perspectiva histórica siguen un recorrido de paulatina flexibilización[4].

[3] Caso del RD. 1541/2011, de 31 de octubre, que desarrollaba la ley 32/2010, de 5 de agosto, reguladora del sistema específico de protección por cese de actividad, o del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Viene bien recordar que el régimen de la Ley 32/2010 fue a su vez alterado mediante la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, cuyo texto modificó la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Con todo, el punto 18º de la Disposición Derogatoria del actual texto refundido, como decimos, abole el contenido de la mentada Ley 32/2010, salvo las previsiones previstas en la Disposición Adicional 10ª y 11ª del referido texto. Sendas Disposiciones integran, respectivamente, un mandato programático de estudio de la prestación económica por cese de actividad y unas reglas de cotización reductoras para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante. En lo que aquí concierne, interesa el primer exhorto, mandatado al Gobierno, de elaborar en veinticuatro meses un estudio sobre la evolución del sistema de protección por cese de actividad "teniendo en cuenta los principios de solidaridad financiera, sostenibilidad y carácter contributivo, así como sobre el modelo de gestión de la prestación". La referida Disposición Ad. 10ª termina diciendo que "En caso de que quede acreditada la viabilidad financiera, se realizará una propuesta de incremento de la duración de la prestación por cese de actividad". Por lo demás, el tratamiento zigzagueante dado a estos temas está muy alejado de una política normativa coherente y elemental, ahora bien, si despejamos el confusionismo e improvisación que ha hecho gala el (auto)legislador Popular durante este período de sesiones, es una cláusula ratificadora del deseo de reforzar paulatinamente las estructuras jurídicas e institucionales de las categorías aquí analizadas.

[4] Las reglas ordenadoras se sintetizan en los siguientes términos. Destaca, por un lado, las exigencias materiales requeridas para el nacimiento de la protección, cuyos extremos abarcan los siguientes aspectos: en primer lugar, acontecido el cese, el trabajador autónomo debe estar afiliado, en situación de alta y tener cubiertas las contingencias profesionales y la de cese de actividad; debe solicitar la baja en el régimen especial correspondiente fundamentándola en el referido cese de actividad; tenerse cubierto el período mínimo de cotización (doce meses, continuados e inmediatamente anteriores a la situación); encontrarse en situación legal de cese de actividad, suscribir el compromiso de actividad, y acreditar una disponibilidad activa de reincorporarse al mercado de trabajo, todo ello a efectos del seguimiento de acciones formativas, de orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora; no haber cumplido el trabajador la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo no tener acreditado el período de cotización requerido para ello; y finalmente, hallarse al corriente en el pago de las cuotas, sin perjuicio de la posibilidad de la invitación al pago, entendiéndose, además, que la regularización del descubierto produce plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección. El hecho causante se entiende producido el último día del mes en que tenga lugar la situación legal de cese de actividad. Dados los requisitos descritos, la acción protectora comprende, primeramente, y en efecto, la prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad; el órgano gestor también abona la cotización por contingencias comunes al régimen correspondiente durante la percepción de dicha prestación económica; y asimismo caben medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora. El cese de los TRADES debía ajustarse a las reglas generales antes descritas, con singulares matices respecto de la acreditación del cese legal de actividad ex art. 9 RD. 1541/2011, de 31 de octubre ex arts. 2.1, 3 y 4 del mentado reglamento.

2. Precisamente, entre los requisitos antedichos, la sentencia aborda el problema del ingreso voluntario del descubierto de cotización a efectos de cubrir el periodo de carencia de la prestación por cese de actividad. Sin embargo, y como decíamos, el fallo debe asimismo considerar otros aspectos estructurales. Y es que, en efecto, el régimen jurídico de las prestaciones de los trabajadores autónomos, y en particular las reglas protectoras por cese de actividad, vienen sufriendo un tratamiento *accidentado*, *saltuario* y *lagunoso* que, por ello mismo, añade dificultades suplementarias al funcionamiento de tales prestaciones, amén de complejizar la hermenéutica institucional de una figura jurídica defectuosamente regulada.

La primera aseveración se infiere del tratamiento dado a dicha categoría en nuestro ordenamiento en clave histórica. Como ya avanzamos, las reglas rectoras se encuentran en el reciente texto refundido (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), con dos importantes secciones. Primero el título IV (arts. 305 y ss), cuya sección aborda el régimen especial de seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, y cuyo contenido reserva además una cláusula específica a la acción protectora de los TRADES (art. 317). En segundo lugar, y muy especialmente, el Título V otorga un tratamiento unitario a la prestación por cese de actividad. Dicho Título contempla un marco de disposiciones comunes y generales (Capítulo I, ex arts. 327 y ss) y unas reglas especiales para un elenco de situaciones (Capítulo II). Pues bien, el artículo que principia dicha sección (art. 333 TRLGSS) regula "ex professo" el régimen del cese de actividad de los trabajadores económicamente dependientes.

Las otras dos adjetivaciones a la que aludíamos se infieren, en primer término, de lo dispuesto en los párrafos 3º y 4º del art. 333 TRLGSS en conexión con las directrices programáticas de la Disp. Adic. 4ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio. El párrafo 3º del art. 333 TRLGSS aborda los medios acreditativos del cese, los cuales siguen una trayectoria "dulcificadora" de los requisitos formales comunicativos[5]. El párrafo 4º, por su parte, difiere a un reglamento el desarrollo del régimen de la documentación presentable por los TRADES para acreditar la situación legal de cese. Paralelamente, y como decíamos, la Disp. Adic. 4ª de la 20/2007, de 11 de julio, mandató al Gobierno la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad "en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida", colacionando en dicha delegación dos importantes previsiones: primero "que estén garantizados los principios de contribuitividad, solidaridad y

[5] A modo de ejemplo, el párrafo a) del art. 333.3 TRLGSS, regulador del cese por terminación de la duración convenida en contrato o conclusión de la obra o servicio, solo requiere una "comunicación ante el registro correspondiente del servicio público de empleo", exigencia que ya fue dulcificada por la Ley 35/2014 de MATEPSS eliminando el registro en el SEPE del contrato con el cliente principal. El art. 9.3 del RD. 1541/2011, de 31 de octubre, regulador del sistema específico de protección por cese de actividad, abordaría específicamente en su art. 9 la situación del cese de los TRADES, estableciendo en el párrafo 3º "in fine" una importante garantía para salvaguardar el régimen de las acreditaciones, y así: "En los supuestos de las letras c), d), y e) en caso de no producirse la comunicación por escrito, el trabajador autónomo podrá solicitar al cliente, dejando la debida constancia, que cumpla con dicho requisito, y si transcurridos diez días hábiles desde la solicitud el cliente no responde, el trabajador autónomo económicamente dependiente podrá acudir al órgano gestor informando de dichas situación, aportando copia de la solicitud realizada al cliente y solicitando le sea reconocido el derecho a la protección por cese de actividad". Del mismo modo, la Disposición Adicional 1ª del mentado reglamento añade lo siguiente: "Sin perjuicio de la documentación que se recoge en este real decreto, el solicitante de la protección por cese de actividad podrá acompañar a su solicitud cualquier documento que estime oportuno para acreditar la concurrencia de la situación legal de cese de actividad ante el órgano gestor correspondiente. En definitiva, y como venimos sosteniendo, se trata de un canon que aúna un doble propósito de seguridad jurídica y de facilitación institucional de las prestaciones.

sostenibilidad financiera", y segundo que "ello responda las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos". Aparte de todo esto, la precitada Disp. Ad. 4ª añadió un tercer canon en clave programática, exhortando al gobierno la consideración de las particularidades institucionales de la prestación por cese respecto de las situaciones próximas a la edad de jubilación, de manera que el referido tratamiento "garantice, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación…que el nivel de protección sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta ajena".

Por lo expuesto colegimos que el cese de actividad de los trabajadores autónomos y de los TRADES no debe examinarse desde un prisma cortoplacista, circunscrito, esto es, a las estrictas situaciones de paro de dichos perfiles laborales, sino desde una óptica sistémica y proyectiva respecto de la trayectoria profesional y de salida del mercado de trabajo que envuelven a dicho universo de trabajadores. Conviene retener los cánones y consideraciones descritas hasta ahora porque, en primer término, contextualizan el sentido y el alcance de la resolución objeto de comentario y también porque, visto todo ello desde un plano "perspectivista", infiere una visión proyectiva de la trayectoria que pueda ser objeto dicha figura jurídica y sus posibles líneas de reforma. Como tendremos ocasión de analizar, la STS de 27 de octubre del 2015 gira alrededor de la liquidación voluntaria de una cuota de cotización adeudada por el TRADE que ingresa inmediatamente después de producido el hecho causante y sin esperar al mecanismo de invitación al pago. Este presupuesto llevará al Alto Tribunal a rechazar el reconocimiento del derecho a la prestación por cese de actividad cuando dicha cuota corresponda al período mínimo de carencia, esto es, doce meses continuados e inmediatamente anteriores al referido cese. Veamos antes los antecedentes fácticos de dicha resolución.

2. ANTECEDENTES

1. La STS de 27 de octubre del 2015 estima el recurso de casación interpuesto por la Mutua ASEPEYO contra una resolución dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana (sentencia de 15 de abril del 2014). Los antecedentes fácticos provienen, a su vez, del recurso de suplicación incoado por el actor contra una sentencia emitida por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia (sentencia de 16 de julio del 2013), en respuesta a la demanda interpuesta por el referido actor, a la postre TRADE, contra la precitada Mutua, el INSS y el SPEE; todo ello, como venimos diciendo, en un asunto sobre prestación por cese de actividad de autónomos.

2. Los antecedentes materiales del litigio se remontan al 1 de octubre del 2008. En esa fecha el actor cursó su correspondiente alta en la Seguridad Social y en el RETA bajo la modalidad de trabajador autónomo económicamente dependiente y respecto de la actividad de transporte de mercancías. El 29 de febrero del 2012 causa baja en dicho régimen y cesa en dicha actividad de transporte. El 13 de marzo del 2012 solicita a la Mutua la prestación por cese de actividad de carácter indefinido amparándose en la rescisión de la relación contractual del cliente por causa justificada. El 2 de abril del 2012 ASEPEYO le deniega la prestación por no tener cubierto en el momento del hecho causante el período mínimo de cotización de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese ex arts. 4.1 b) y 8 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, otrora reguladora de la prestación por cese de actividad. Cuando aconteció el hecho causante el actor mantenía en descubierto la cuota del mes de septiembre del 2011, la cual fue empero abonada con recargo el 6 de marzo del 2012.

3. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda interpuesta por el actor contra la Mutua, el SPEE y el INSS, absolviéndoles de las pretensiones formuladas contra tales órganos. La desestimación se fundó en el requisito previsto por el art. 4 de la Ley 32/2010 de "hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social", y en el incumplimiento de la invitación al pago prevista en el mentado precepto, según la cual "si en la fecha de cese de actividad no se cumpliera este requisito, el órgano gestor invitará al pago al trabajador autónomo para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales ingrese las cuotas debidas". La sentencia fue empero recurrida en suplicación ante el TSJ de la Comunidad Valenciana, cuyo tribunal dictó sentencia el 15 de abril de 2014. En su virtud, el TSJ estima la pretensión actora, revoca el fallo del Juzgado de lo Social nº 5 y declara el derecho del actor a percibir de la ASEPEYO la prestación por cese de actividad correspondiente al período cotizado, condenando por todo ello a la Mutua "a su abono por el tiempo y cuantía que se determine".

4. ASEPEYO, por su parte, recurre la sentencia del TSJ e incoa el correspondiente recurso de casación en unificación de doctrina amparándose en un doble orden de fundamentaciones. Primero colaciona, como resolución contradictoria de la sentencia recurrida, el fallo dictado por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía –Málaga– de 27 de febrero de 2014 (recurso nº 1733/2013). Y en segundo término, alega infracción del vetusto art. 28 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, la Disp. Ad. 39ª de la LGSS, la Ley 32/2010 y el RD 1541/2011 de desarrollo de dicha norma.

3. FUNDAMENTACIONES JURÍDICAS

1. El "tema decidendum" de la STS de 27 de octubre del 2015 y las fundamentaciones jurídicas colacionables alrededor suyo estriba en dilucidar si un trabajador económicamente dependiente tiene derecho a percibir la prestación por cese de actividad de una mutua aseguradora faltándole, empero, un mes de cotización y procediendo a abonar el mismo sin esperar el requisito de la invitación al pago previsto al efecto normativamente. La construcción argumental del fallo se lleva a cabo mediante una comparación fundamentadora de las dos sentencias de contraste: la proveniente del TSJ de Valencia (S de 15 de abril del 2014) y la sostenida por el TSJ de Andalucía (S de 27 de febrero del 2014). Como ya se adelantó, la sentencia recurrida declaró el derecho del trabajador a percibir la prestación con cargo a la mutua, haciendo caso omiso de la falta de periodo de carencia, motivo aducido por ASEPEYO para denegar la pretensión. El falló razonó explícitamente el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, señalando en este sentido que el ingreso voluntario por el trabajador sin esperar a la invitación de la mutua viene a ser un elemento que subsana la falta de cotización de la única mensualidad adeudada. En cambio, la sentencia de contraste del TSJ de Andalucía/Málaga niega el derecho a la prestación por no tenerse cubierto el periodo de carencia cuando se produjo el hecho causante.

Ante dicha tesitura, el Supremo da prevalencia y acoge la doctrina del TSJ Andalucía. Razona el Tribunal que la norma reguladora del derecho a la prestación por cese de actividad reproduce sustancialmente la regulación prevista en este régimen especial respecto de las exigencias para tener derecho a las prestaciones en el RETA. Lo hace además colacionando, entre otras apoyaturas, los arts. 28 y 30 del Decreto 2530/1970, otrora regulador del régimen

especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia, o los arts. 4 y 8 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto[6]. Entre las condiciones de acceso, vendrán pues a dominar dos códigos jurídicos. Primero, el hecho de tener cubierto el período mínimo de cotización –requisito de carencia– exigido para el acceso a la protección. Y segundo, que el trabajador se halle al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en las fechas en que se entienda causada la correspondiente prestación.

2. Para proporcionar una mayor solidez argumental, el Supremo recaba la transitividad concausal de los requisitos sustantivos del cese profundizando en la naturaleza de los mismos y en sus respectivas conexiones estructurales. Para el Alto Tribunal "*se trata de dos requisitos distintos*" (F.J 4º) trabando al efecto una causación gradual de orden silogístico. Al primero de esos requisitos le confiere un mayor rango jurídico pues le atribuye la naturaleza de condición "*principal*", y esta premisa no es otra que la cobertura del período de carencia. Ciertamente, el fallo otorga a dicho presupuesto una mayor valencia material pues, según señala el Supremo, es el elemento "que realmente origina el derecho a la prestación". Visto de ese modo, el segundo presupuesto se erige entonces en "*una especie de requisito complementario para hacer efectiva esa protección*", que no va a devengarse, en el caso de las periódicas, "hasta que tenga lugar el ingreso de las cuotas adeudadas". La naturaleza complementaria del segundo requisito hace que este código "*sólo tiene sentido cuando aparece cumplido el primero: reunir (el) período de carencia, y por ello se regulan de diferente manera, produciendo su incumplimiento también diferentes consecuencias".*

Una vez anudada técnicamente la relación causal de sendos requisitos, y dada la prevalencia del primero de ambos, el fallo añade otras consideraciones que refuerzan la doctrina asentada con dicha resolución. Recuerda el Alto Tribunal que, en caso de incumplimiento del requisito de hallarse "al corriente" en el pago de las "cuotas exigibles", la norma habilita una vía excepcional de cumplimiento retrasado de la mentada exigencia habida cuenta que, respecto del régimen de cotizaciones, "el derecho a las prestaciones surge propiamente con el cumplimiento del período de carencia mientras que el (requisito) de hallarse al corriente en el pago de las cuotas exigibles *modula la percepción efectiva de la prestación a la que en principio se tendría derecho por tener carencia suficiente*". Frente a ello, la falta de cotización mínima generadora del derecho "*no admite subsanación posible*

[6] Recabamos el contenido del art. 28 colacionados por la sentencia, subrayando los fragmentos más relevantes del RD. 2530/1970. Condiciones del derecho a las prestaciones. 1. "Las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen especial causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, sin perjuicio de las particulares exigidas para una de éstas, reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en este régimen o en situaciones asimiladas al alta en la fecha en que se entienda causada la prestación. 2. *Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones* a que se refieren los apartados a) a e) del número uno del artículo anterior, con excepción del subsidio de defunción, *que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adecuadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada.* Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un veinte por ciento, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas".

con posterioridad al hecho causante, salvo el supuesto excepcional de que el beneficiario tuviese autorizado un aplazamiento del pago" ex art. 28 y 30 RD 2530/1970 y arts. 4 y 8 de la Ley 32/2010[7].

Por último, el Supremo colaciona otras resoluciones del mismo Tribunal, como la Sentencia de 18 de diciembre de 1992 (R. 1238/92), cuyos extremos integra en el fallo a modo de argumento "ex abuntantia". Dicha sentencia, igualmente emitida en unificación de doctrina, abordó el problema de las cotizaciones en descubierto en el RETA sin existir requerimiento previo de la entidad Gestora al pago. Aunque se trataba de un supuesto referido a prestaciones distintas, se trae empero al caso porque abordó el dilema de su cómputo a efectos de acreditar la carencia necesaria para lucrar la prestación. En aquella ocasión la sala recabó la apoyatura de los arts. 28.3.c del RD. 2530, de 20 de agosto, y la reforma del mismo mediante el RD. 497/86, de 10 de febrero, y acabó sosteniendo que el ingreso ulterior de las cuotas en descubierto "no produce el efecto convalidador de la falta de carencia". En estos términos, el Supremo adoptaría al final una exégesis doblemente restrictiva e imperativa, tesis que en definitiva extrapola a nuestra sentencia de 27 de octubre del 2015. Para el Alto Tribunal, el hecho que la entidad gestora invite al interesado a materializarlo en plazo lleva a entender que *"**nunca** el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de carencia"*, pues, de admitirse la tesis contraria, estaríamos ante *"una injusta compra de pensiones sin el menor riesgo de aleatoriedad"*.

4. UNAS BREVES CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1. A lo largo de estas páginas hemos visto una línea jurisprudencial rigorista de los requisitos de acceso a las prestaciones por cese de actividad pero, llegados a este punto, conviene sintetizar las razones que llevan al Supremo a sostener esa postura hermenéutica, toda vez que, además, no parece sintonizar con las líneas de política legislativa que vislumbra el estatuto jurídico de los trabajadores autónomos y su aproximación tendencial con los trabajadores por cuenta ajena. Según adelantamos al comenzar este comentario, el trabajador autónomo constituye, en efecto, un paradigma en ascenso, y sus piezas institucionales operan a modo de vasos comunicantes pese a la heterogeneidad material y jurídica existente entre las mismas. En este sentido, construcciones, como las trenzadas por la sentencia de 27 de julio del 2015, ayudan poco a avanzar en las pautas de desarrollo

[7] En efecto, y recabando una exégesis restrictiva, el Supremo declara lo siguiente (subrayamos las apoyaturas confirmatorias de dicha hermenéutica judicial): "Así resulta con claridad de lo dispuesto en los citados arts. 28 y 30 del Decreto 2530/70, y en lo que se refiere a la prestación por cese de actividad de que ahora se trata, en los arts. 4 y 8 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, *preceptos todos ellos en donde no se deja duda alguna en orden a que para la carencia* "solo serán computables las cotizaciones realizadas antes del día 1 del mes en que se cause la prestación por las mensualidades transcurridas hasta la misma y las correspondientes a dicho mes que se ingresen dentro de plazo" (art. 30); y para la de hallarse al corriente en el pago de las cuotas exigibles (art. 28), *el mecanismo subsanador de la invitación al pago de las pendientes sólo se produce si estuviese* "cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate". Exigencias que se reproducen en el también citado cuando, en relación con la carencia exigida en la letra b) del art. 4 de la misma, se dice que de los periodos de cotización efectuados dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad "al menos, doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese"; y que cuando no se hallen al corriente en el pago de las cuotas restantes a la fecha de dicho cese de actividad, podrá acudirse al mecanismo de la invitación por el ente gestor *pero sólo si* "tuviera cubierto el periodo mínimo de cotización para tener derecho a la prestación".

institucional que auspicia la fenomenología venidera de tales perfiles profesionales, eso sí, plantea una interesante dogmática donde reflexionar teoréticamente y en clave de política del derecho.

Tal como vimos en el epígrafe anterior, la sentencia traba una construcción argumental alrededor de las condiciones de acceso al régimen de beneficios por cese de actividad por parte de sujetos que son responsables del ingreso de sus propias cuotas, independientemente de la prestación en sí, dado que para todos ellos rige lo dispuesto en la Disposición Adicional 39 de la derogada LGSS ("requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones"), canon que se trae además a colación en la sentencia comentada. El Supremo vertebra las apoyaturas jurídicas mediante una concatenación causal de los códigos sustantivos que vehiculan el acceso a las referidas prestaciones, aunque para ello traba la cadena de razonamientos sobre un eje cartesiano: el requisito de carencia.

En efecto, y según vimos antes en el punto 2, el actor se pone al corriente de las cuotas después de acontecer el hecho causante, a saber: el cese en la actividad del TRADE, previa falta, empero, del requisito carencial de disponer de doce meses cotizados, en su entera completitud, antes de acontecer el cese. Interpretar este elemento como falta o déficit concatena, a su vez, estructuralmente el trámite de invitación al pago de las cuotas debidas. En la relación jurídica pendía el débito de un mes de cotización, que fue abonado fuera de plazo y antes de la invitación al pago, invitación que, por mor de la dialéctica institucional de dicha categoría, no se activa debido a la falta de un mes pendiente de liquidar. La paradoja de este complejo juego con-causal, es que un instituto jurídico concebido bajo una teleonomía "voluntaria", según se auto-conceptúa el sistema de protección por cese de actividad ex art. 327 TRLGSS, tropiece con una doctrina "rigidificadora" que impide al TRADE acceder a la prestación (recordemos sic: "*nunca* el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de carencia"/ "…de admitirse la tesis contraria estaríamos ante "una *injusta compra de pensiones*"/ "…el derecho *no admite subsanación posible* con posterioridad al hecho causante"/ "...la invitación al pago *sólo* opera", etc). Y todo ello a fuer de una actuación en puridad diligente del mismo a través de su anticipación al pago.

2. En la decantación final del Supremo tuvo un peso específico, de una parte, la construcción hermenéutica de los requisitos carenciales. En efecto, considerando el carácter estricto que hace gala el régimen general de los subsidios, la falta de reunión de los requisitos sustantivos conlleva la pérdida del derecho; no en vano, comparados con las pensiones, los subsidios, vista la corta duración temporal de los mismos, deben lucrarse con los requisitos carenciales debidos. Y tampoco se da margen al abono ulterior de la cuota pendiente porque se estaría, digamos, "comprando estratégicamente" la prestación por cese de actividad del TRADE. Aparte lo anterior, y como decíamos, cabría hipostasiar consideraciones valorativas de los riesgos de viabilidad del sistema de protección, aunque en este caso fuesen motivos no explicitados "ex professo" en la sentencia objeto de comentario[8].

[8] No es baladí que el art. 22 del RD. 1541/2011, de 31 de octubre, que desarrollaba la Ley 32/2010, de 5 de agosto, reguladora del sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, contuviera unos cánones referidos expresamente a la viabilidad financiera del mentado sistema, inclusive con reglas de reservas de estabilización patrimonial de las mutuas intervinientes en dicho modelo de protección. Por lo demás, la preocupación a la que aludimos vino a ser un argumento colateral en la STSJ de la Comunidad Valenciana, cuyo *(...)*

A nuestro modesto entender, el abono posterior al hecho causante de una sola mensualidad no debería haber impedido la obtención del subsidio o ayuda. Varias apoyaturas pueden respaldar esta tesis. Primero una interpretación sistemática respecto de la Disp. Adic 39 de la anterior LGSS, que, como ya adelantamos, se colacionó por la propia sentencia. Dicha Disposición, no lo olvidemos, traslada a la Mutua un requisito *de gestión instrumental*, que se materializa mediante la invitación al pago de cuotas a los RETA que no estén al corriente de las mismas. Aquel canon no hacía distingos de ninguna prestación, "ergo a fortiori" cabe el axioma "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus". Tampoco debe desdeñarse una exégesis teleonómica en pro de la paulatina aproximación institucional de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, de cuyas tendencias hemos dado puntuales consignas en estas páginas. Así las cosas, y considerando la eclosión de un ejército exponencial de "emprendedores nomádicos", son argumentos flexibles y de facilitación de acceso a las prestaciones las pautas hermenéuticas que, en vez de posiciones rigoristas en exceso, quizás tienen mejor encaje con tales pautas de proyección institucional venidera. Es más, en perspectiva histórica, se abre paso una paulatina dulcificación reguladora de esta categoría jurídica, tal como hemos tenido ocasión de comprobar en este comentario[9].

Todos estos razonamientos nos llevan, pues, a acoger la tesis de la STSJ de la Comunidad Valenciana, cuyo fallo inicial sí abrió al TRADE la posibilidad de ponerse al corriente antes incluso de la invitación al pago de la gestora. Los referidos descubiertos, por lo demás, no eran abundantes dado que tenían un carácter puntualísimo; tampoco habían sido reiterados en el tiempo, y en ningún caso superando los doce meses de carencia estricta marcados por la regulación de la ayuda.

tenor transcribe la STS de 27 de octubre del 2015 en su FJ 1º "in fine", y así: "interpretar de otro modo dicho mecanismo para estos trabajadores supondría una *diferenciación inasumible* desde el punto de vista de la acción protectora de la Seguridad Social".

[9] Vid notas nº 4 y 5.

Orden Jurisdiccional competente en materia prestacional. Pronunciamiento sobre actos de encuadramiento y sus consecuencias derivadas: los coeficientes reductores. Comentario a la STS núm. 4218/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de dos de Octubre de dos mil quince (Id. CENDOJ: 28079130042015100286)

Pronouncement on acts of straddle and the derivative consequences: the coefficients reducers

FRANCISCO VILA TIERNO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Resumen

Se analiza en el presente estudio, la difícil delimitación entre los órdenes jurisdiccionales cuando se discute una cuestión relativa a Seguridad Social. Y aunque la ordenación mediante la LRJS –derivada de la distinción previa de la LOPJ entre jurisdicciones– había pretendido resolver tal controversia, lo cierto es que cuando entran en juego situaciones en las que acto administrativo y reconocimiento de prestaciones, no resulta clara esta distinción. Al análisis de esta materia competencial se destinan las siguientes líneas.

Palabras clave

Orden Jurisdiccional, competencia, Seguridad Social, actos administrativos, prestaciones sociales.

Abstract

It is analyzed in the present study, the difficult delimiting among the jurisdictional orders when a question relative to National Health Service is discussed. And though the arrangement by means of the LRJS – derivative of the previous distinction of the LOPJ among jurisdictions – had tried to solve such a controversy, certainly the thing is that when they are situations in which administrative act and recognition of social security benefits, this distinction isn´t completely clear. The following lines are destined to the analysis of this matter competencial.

Keywords

Jurisdictional Order, competence, National Health Service, administratives acts, social security benefits

1. PRECISIONES APRIORÍSTICAS

En principio, la redacción del art. 2 o) LRJS parece dejar manifiestamente claro que la competencia para conocer cuestiones relativas a materia prestacional se reserva al Orden Social. Sin embargo, no cabe hacer una lectura aislada de tal precepto, puesto que el mismo debe hacerse en relación con el art. 3 f) de la misma Ley. En este último, se relacionan que cuestiones litigiosas en materia de Seguridad Social están excluidas del conocimiento por este Orden Jurisdiccional.

El origen de esta distinción se encuentra en la propia Constitución Española. En este sentido, el art. 122 CE se refiere, de manera expresa, al mandato al legislador, mediante la LOPJ, para concretar la constitución y funcionamiento de los Tribunales, lo que, "según ha declarado el TC, en el significado de estos términos – «constitución de los Juzgados y

Tribunales» – se incluye la institución de los diversos órdenes y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso; es decir la determinación de cuántos y cuáles hayan de ser y los criterios básicos que fijen sus respectivas competencias"[1]. Así, por tanto, las competencias que corresponden a los diferentes órganos judiciales, en relación a la materia, debe venir predeterminada por una Ley orgánica, que no es otra que la mencionada[2].

A ese mandato, obedece, precisamente, el art. 9 LOPJ, cuando, de manera respectiva, en sus apartados cuarto y quinto, delimitan el alcance del orden Contencioso-administrativo y del Social.

Bien es cierto, no obstante, que se tratan de cláusulas genéricas de atribución competencial que requieren su concreción. A estos efectos, será la Ley Ordinaria, en su caso, la LRJS, la que especifique, de manera más explícita, las competencias que se corresponden con la rama social del Derecho[3]. Y, en el marco de la misma, se incluye, obviamente, las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social.

El problema es que el funcionamiento de las Entidades Gestoras, en su condición de Administración Pública, se apoya sobre actos sujetos a Derecho Administrativo y que, en consecuencia, son susceptibles de impugnación mediante la correspondiente vía jurisdiccional (contencioso-administrativo)[4].

Fruto de ello es la ya tradicional división del conocimiento, en ámbitos judiciales distintos, de asuntos relativos a Seguridad Social[5]. Y, precisamente, este "fraccionamiento"

[1] LASAOSA IRIGOYEN, E. "La extensión de la jurisdicción social en materia de seguridad social en el presente". Revista española de Derecho del Trabajo num.159/2013 parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2013. Cita al respecto: SSTC 224/1993, de 1 de julio (RTC 1993, 224), 254/1994, de 21 de septiembre (RTC 1994, 254) y 213/1996, de 19 de diciembre (RTC 1996, 213).

[2] Vid. al respecto, STC 198/1989, de 27 de noviembre.

[3] Así, de manera extensa, en STC 121/2011, de 7 de julio: "*es asimismo doctrina de este Tribunal que no toda la materia competencial debe estar residenciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del propio art. 9 LOPJ puede deducirse que, siempre que se respete el diseño o la definición in abstracto que de cada uno de los órdenes jurisdiccionales haya efectuado el legislador orgánico, cabe que el legislador ordinario "concrete las materias objeto del conocimiento de tales órdenes" o "atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los enunciados genéricos de la LOPJ", produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –ley orgánica y ley ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el art. 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita (en el mismo sentido, STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3)*.

d) Del diseño anterior resulta un sistema en el que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece los criterios generales de atribución y las leyes ordinarias concretan esos criterios en cada ámbito específico. Una función de concreción de los enunciados del art. 9 LOPJ que es cumplida primordialmente por las normas procesales de cabecera de los diferentes órdenes jurisdiccionales (Ley de enjuiciamiento civil, Ley de enjuiciamiento criminal, Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y Ley de procedimiento laboral), sin perjuicio de que pueda también llevarse a cabo en otras normas procesales".

[4] "*En el art. 9.4 se opta por combinar dos requisitos cumulativos, uno de tipo subjetivo y otro formal: de un lado, que la reclamación impugne una actuación cuya autora haya sido la Administración; y del otro que la actuación discutida se halle sujeta al Derecho administrativo*": LASAOSA IRIGOYEN, E. Op. cit.

[5] Fruto de este tradicional estado de la cuestión podemos remontarnos a artículos que venían discutiendo sobre el particular de acuerdo con la normativa anterior, vid. v.gr. CRUZ VILLALÓN, J: «El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social», en VV. AA.: Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público, CGPJ, Madrid, 1993.

no siempre resulta pacífico, puesto que pueden suscitarse de manera habitual, dudas en cuanto al Orden Judicial competente.

En esta línea, dos son los elementos contrapuestos que parecen resolver esta controversia: por una parte, la materia objeto de debate y, por otra, el acto administrativo como determinante de la atribución competencial. Esto es, frente a un criterio estrictamente material se sitúa otro de naturaleza formal. De este modo, una cuestión objeto de debate judicial podría sustraerse del Orden Social, aun cuando se refiera a un supuesto relacionado con la Seguridad Social, si tiene su origen en un acto administrativo. Si bien, con los límites que la propia Ley establece, puesto que se arbitra esta exclusión aunque con un alcance reducido a las materias del citado art. 3 f) LRJS[6].

Este es el esquema que puede trazarse, pero que se aplicaría, no de manera pacífica y, planteado para una situación que podríamos denominar simple. La complejidad se incrementa y se pone en duda la corrección de la solución planteada cuando la situación analizada es, sin embargo, de un contenido más extenso.

Tal es el caso, v.gr. de un acto administrativo que, sujeto a revisión en lo contencioso por estar expresamente incluido en la relación del art. 3 f) LRJS –por exclusión del Orden Social– y tener cabida en ámbito de la LJCA –definido en sus arts. 1 y 2–, resulten anudadas una serie de consecuencias de carácter prestacional, esto es, dentro del marco competencial de lo Social (art. 2 LRJS).

Las dudas que se suscitan son, por tanto, si la valoración judicial del acto administrativo implica de manera automática el reconocimiento de los efectos en la esfera de la Protección Social que le sean propios o, si por el contrario, una vez analizada la validez o eficacia del acto administrativo, correspondería a la jurisdicción Social el razonamiento sobre su aplicabilidad y alcance.

Precisamente a este debate responden tanto las siguientes líneas como la sentencia que aparece de inicio referenciada.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

El objeto central y de fondo que se discute en este asunto es si un trabajador debía estar o no incluido en el Régimen Especial del Mar. Y, en este sentido, se parte de una Resolución de la Subdirección General de la Seguridad Social, de 10 de octubre de 2012, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Social de la Marina en Vigo, de 28 de junio de 2012, por la que se denegó la solicitud de encuadramiento del actor en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Los hechos que se describen son:

[6] En este sentido: LASAOSA IRIGOYEN, E. Op. cit. Vid. tb. FERNÁNDEZ-MEJÍAS CAMPOS, M.T. "Novedades en el ámbito procesal de la Seguridad Social: La atribución al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo de la impugnación de los actos de inscripción, afiliación, altas y bajas por la Ley núm. 52/2003 de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de seguridad social". Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.14/2004 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2004 (BIB 2004\1731).

-Prestación para empresas que suceden a la Empresa Estatal de Estiba y Desestiba

-tareas de las citadas empresas que coincide con esta actividad y con otras (p.ej. de carácter administrativo);

-identificación de funciones del trabajador con las propias de estiba y desestiba.

La conclusión, por tanto, en la sentencia que resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto contra dicha Resolución de 10 de octubre de 2012, es la reconocer la inscripción del solicitante en dicho Régimen.

Hasta ese punto, no se plantean mayores problemas, puesto que su conocimiento se desarrolla en la Jurisdicción Contenciosa-administrativa, a la que está expresamente atribuida. No obstante, el fallo de aquella sentencia indica lo siguiente:

"…anulamos dichos actos por ser contrarios a derecho, declarando el del actor a figurar encuadrado en dicho régimen especial, como estibador portuario, en los períodos referidos en el segundo fundamento de esta sentencia, a todos los efectos, incluida la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación…"

Y éste, solo éste, es el motivo sobre el que se apoya el Recurso de Casación que interpone la Administración recurrente.

Amparándose en el art. 88 LJCA se alega exceso de jurisdicción pues tal pronunciamiento estaría reservado a la Jurisdicción Social. Y para dar respuesta a tal cuestión, dedica la Sala de lo Contencioso del TS los Fundamentos Jurídicos cuarto y quinto –esencialmente el primero de los enumerados– de la resolución judicial ahora comentada. Una respuesta, digamos que no muy extensa, y que cuyo argumento principal es el nexo causa-efecto (entre encuadramiento en el Régimen Especial y aplicación automática de coeficientes), así como el haberse expresado previamente en este mismo sentido en sendas sentencias anteriores que señala expresamente como base de su argumentación jurídica.

Analicemos, por tanto, pros y contras.

3. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PARA RESOLVER EN MATERIA PRESTACIONAL COMO CONSECUENCIA DEL FALLO RESPECTO AL ACTO ADMINISTRATIVO. EL ARGUMENTO DEFENDIDO EN LA RESOLUCIÓN ANALIZADA

El anteriormente citado fundamento jurídico cuarto resuelve en tres párrafos el problema planteado. En el primero de ellos, de forma taxativa e indubitada reconoce este Orden no debe entrar a conocer cuestiones expresamente atribuidas al Orden Social:

> "*nuestra Ley Jurisdiccional establece, en el artículo 3, una delimitación negativa de las cuestiones no atribuidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Excluyendo, en el apartado a), las cuestiones "expresamente" atribuidas al orden jurisdiccional social"*.

En su segundo párrafo, se refiere al razonamiento de la recurrente que se apoya en la conexión entre el tema objeto de debate, los coeficientes reductores, y la regulación de las competencias que son reconocibles en el Orden Social, en concreto, en el marco del art. 2 o) LRJS.

> *"…Y el orden jurisdiccional social se rige al respecto por el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que atribuye, a juicio de la recurrente, a la citada jurisdicción la cuestión relativa a los coeficientes reductores, concretamente en el artículo 2,o), dentro de la extensa relación de "cuestiones litigiosas" que van del apartado a) hasta el apartado t), en la citada Ley".*

Antes de entrar en esta opción de un modo más amplio, sobre la que el Tribunal no llega a realizar un análisis en profundidad, parece preciso señalar que es desechada por el mismo, pero atendiendo a razones que no implican rebatir la misma, sino más bien, apoyarse de manera sutil en la conectividad de las materias, siendo una, precisamente consecuencia de la otra.

> *"…esa conclusión que expresa la recurrente, se opone a lo que recientemente viene declarando esta Sala Tercera. Así es, mediante Sentencia de 22 de abril de 2015 (recurso de casación nº 3314 / 2014), declaramos no haber lugar a la casación interpuesta por la Administración ahora recurrente, respecto de la impugnación de un auto dictado en ejecución de sentencia, que declaró que el encuadramiento lleva aparejada en ese caso la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación. Y en Sentencia de 7 de julio de 2014 (recurso de casación nº 3514 / 2012) declaramos la conexión esencial entre el encuadramiento y los mentados coeficientes reductores, cuando declaramos que «La razón de la exclusión del régimen especial obedece a la propia lógica del sistema pues la inclusión de un trabajador en el RETM, especialmente en cuanto al régimen de jubilación en virtud de los coeficientes reductores, se justifica por las especiales circunstancias relacionadas directamente con el trabajo marítimo y pesquero»".*

La construcción del Fallo de la Sentencia gira, como vemos, en torno a las dos referencias jurisprudenciales que se citan. Ello justifica que cualquier reflexión al respecto debe partir del examen en profundidad de las razones que aquéllas sustentaban para llegar a la conclusión que pretende reiterar ahora esta nueva sentencia judicial.

En primer término, respecto a la STS de 22 de abril de 2015, debe afirmarse que en la misma en ningún caso se entra a debatir directamente sobre esta cuestión. Es cierto que se discute si la resolución judicial recurrida se excede o no en su pronunciamiento al referirse a los coeficientes reductores, pero no por el hecho de que sea o no objeto de la jurisdicción contenciosa, sino por motivos completamente diversos.

Así, en el pronunciamiento judicial, en un principio, no se disponía nada sobre tales coeficientes, aun cuando el actor recibe una resolución favorable reconociendo su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar por su condición de estibador portuario (coincide, en síntesis, con buena parte de lo analizado en la sentencia

ahora comentada). El actor, sin embargo, manifiesta su disconformidad con lo ejecutado y el órgano judicial, mediante Auto, reconoce la aplicación de aquellos. Ello atendiendo a dos razones: coincide con lo reclamado en el *petitum* de la demanda y entiende que ello se deriva del art. 1 c) RD 1311/2007.

En este sentido, mientras que la Administración recurrente entiende que se está decidiendo sobre hechos futuros cuya valoración corresponderá a la solicitud de jubilación que se solventaría, en su caso, por la jurisdicción Social, la sentencia resuelve en sentido contrario, si bien, sin llegar a entrar en uno de los motivos alegados. Vayamos por partes.

El recurso de la Administración se apoya en dos motivos distintos (tal y como se reflejan en el Antecedente de Hecho Cuarto de la Sentencia, reproducido en el fundamento jurídico 10º). El primero de ellos alude al art. 87.1 c) LJCA –aunque el recurrente de manera errónea como señala el Tribunal indica el 88.1 c)– por entender que el Auto dictado en ejecución resuelve cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta. Pero además, hay un segundo motivo al amparo del 88.1 a) LJCA, exactamente por las mismas razones que se invocan en la sentencia que ahora nos ocupa, esto es, por exceso de jurisdicción.

El Tribunal razona –y no discutimos ese razonamiento porque no constituye el objeto de nuestro análisis– que en el *petitum* de la demanda se pedía tanto el encuadramiento como la aplicación de los coeficientes reductores y la sentencia que obtiene el actor es favorable a todas sus pretensiones, entendiéndose que se incluye, por tanto, esta última pretensión también como satisfecha. A eso reduce el TS el objeto del debate en el recurso de casación, estimando, en consecuencia, sin mayores justificaciones, que no prospera el segundo motivo de impugnación[7].

En este sentido, reduce el estado de la cuestión a un problema de congruencia, pero desestima la posibilidad de entrar a valorar el exceso de jurisdicción. Todo ello resulta de especial relevancia, por cuanto que ahora se invoca para el fallo de la presente sentencia el pronunciamiento previo de aquélla.

No obstante, no existe un paralelismo entre ellas. Cierto es que si la Sala se ha pronunciado en un determinado sentido debería motivar un cambio en la apreciación y, por ende, un Fallo diferenciado. Y cierto es que se tratan de situaciones análogas. Pero no es menos cierto que lo debatido se aborda desde enfoques netamente diferenciados. Aquella sentencia, en lo coincidente con la presente, parte de un auto que reconocía lo esencial para la resolución judicial más reciente: la conexión entre encuadramiento y coeficientes de reducción. Pero mientras que en la actual resolución se dice que no prosperó la casación contra dicho Auto, lo que no se dice es que la razón para ello es el reconocimiento de que el Fallo debe ejecutarse de manera exacta, de acuerdo a lo pedido por el actor y teniendo presente el objeto de la Litis en el proceso. Precisamente como se indica que sí fue objeto de petición desde el inicio por el demandante y en esos términos precisos, y la sentencia es

[7] Literalmente: "Conforme a lo expuesto se inadmite el motivo de casación del artículo 88.1.a) de la LJCA" sin que se añadan argumentos distintos a lo ya expresado.

favorable a tal petición, corresponde su ejecución en sus justos términos. Pero para nada se entra a dilucidar si ello corresponde a uno u otro Orden Jurisdiccional.

La sentencia más reciente –de 2 de octubre de 2015 y ahora analizada–, sin embargo, no trata sobre la exactitud o no de lo ejecutado, sino que entra de lleno y de forma directa sobre la posibilidad de incluir en el fallo un pronunciamiento sobre los coeficientes reductores. Esto es, algo que ni de lejos se había planteado la anterior sentencia. Que ni se plantea, ni valora, ni reflexiona. Y es que aquella, insistimos, tiene su origen en una sentencia que aplica de manera automática esa conexión encuadramiento-coeficientes –y, mientras que eso es cuestionado por la recurrente, en Tribunal prefiere obviar ese extrema en favor de argumentos que le parecen de mayor trascendencia–. Esto significa que ahora se discute propiamente si existe o no exceso de jurisdicción. Un debate que no puede cerrarse por la aplicación de un precedente que es inexistente.

Ya puede resultar significativo que la invocada STS de 22 de abril de 2015 no afrontara este planteamiento, pero más aún que ahora se resuelva al amparo de aquélla entendiendo que ello estaba expresamente resuelto –cuando no lo estaba–.

Pero es más, el argumento sustantivo sobre el que se sustentaba la sentencia entonces recurrida, es la estricta interpretación del art. 1 c) RD 1311/2007 que, a la sazón, se limita a indicar entre los beneficiarios de la aplicación de los coeficientes reductores en el Régimen Especial del Mar a los Estibadores Portuarios, así como el porcentaje aplicable[8]. De ahí que se derive su automaticidad es algo, cuanto menos, cuestionable.

Refiriéndonos, por otra parte, a la también invocada Sentencia de 7 de julio de 2014, no parece que la misma sea determinante para atribuir la competencia a la jurisdicción contenciosa –en materia prestacional, concretamente de acceso a la pensión de jubilación– cuando ésta resuelve sobre la impugnación del acto administrativo relativo al encuadramiento en el Régimen Especial del Mar. Y es que la misma, reitera la conexión entre encuadramiento y coeficientes reductores, lo que resulta un hecho incontrovertido, pero del que no cabe deducir, de manera directa, mayores conclusiones, y menos aún la competencia que por ley corresponde a otra jurisdicción[9].

[8] Art. 1 c) RD 1311/2007: "Estibadores portuarios. Trabajos correspondientes a las actividades que integran el servicio portuario básico de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, relacionadas en el artículo 85.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, o en el correspondiente de la legislación vigente en cada momento: 0,30.
A los efectos previstos en este real decreto se considera estibador portuario al trabajador que preste sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de una empresa estibadora, así como al que preste sus servicios a través de una sociedad estatal de estiba y desestiba, o entidad que la sustituya, de acuerdo con el artículo 2.1.h) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o al definido como tal en la legislación vigente en el período correspondiente, cuando realice los trabajos especificados en el párrafo anterior".

[9] Esta sentencia resuelve excluir a un trabajador del Régimen Especial del Mar por entender que las tareas desarrolladas por el mismo no se correspondían con las propias de la Estiba y Desestiba y, únicamente, de manera incidental en su fundamento jurídico noveno, al hilo de la argumentación jurídica para el fallo, dispone que "*Teniendo en cuenta lo expuesto y valorando lo certificado por la empresa, cabe entender que el demandante en la instancia, en efecto, realizaba labores de dirección y coordinación de tareas de estiba y desestiba, incluso in situ , pero no ejecutaba directamente tareas de estiba y desestiba, carga y descarga y trasbordo. Una cosa es, por tanto, (...)*

En síntesis, el TS en la Sentencia ahora analizada, se pretende concluir si la Jurisdicción Contenciosa puede resolver un tema en materia prestacional por su conexión con el acto administrativo. Para ello se apoya en dos sentencias previas que se refieren al encuadramiento de trabajadores que realizan labores relacionadas con la Estiba y Desestiba de Buques, pero en ninguna de ellas se introducen criterios suficientes para entender que cabe tal posibilidad. Siendo el mayor argumento que la Sala de lo Contencioso ya se había pronunciado con anterioridad en esos mismos términos y, a falta, concretamente de esos precedentes, no parece que existan elementos sólidos para mantener tal conclusión.

En cualquier caso, es preciso discernir cuales son los razonamientos para defender, si cabe, que la competencia se reserva en ese punto a la Jurisdicción Social.

4. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL PARA ESTA MATERIA

Ya se ha invocado con anterioridad la aplicación de los arts. 2 y 3 de la LRJS. Frente a estos, podría justificarse, sea por economía procesal, sea por evitar el llamado peregrinaje jurisdiccional y al amparo de las propias normas adjetivas que la resolución anudada de dos cuestiones que son claramente conexas, en virtud de lo cual si el conocimiento de la que supone el origen del hecho causante se atribuye al orden contencioso, este se reserva, en el mismo proceso, un pronunciamiento sobre la segunda, no de forma separada, sino como la propia consecuencia de la anterior.

No obstante, doctrina y jurisprudencia han intentado ser explícitos al separar las competencias propias de uno y otro Orden de manera que aquello que es estrictamente Seguridad Social está al margen de la jurisdicción contenciosa[10].

En este difícil propósito, resulta absolutamente clarificadora la STS (Sala de lo Social) de 10 diciembre 2014 (RJ\2014\6771), porque repasa de un modo detallado los lindes actuales entre jurisdicciones. Como primer elemento de referencia, se pone de manifiesto que la LRJS abandona criterios basados únicamente en la propia naturaleza del acto.

Y es que se determina que son "*los Juzgados y Tribunales del orden social quienes tienen asignado legalmente, en desarrollo del art. 9.5 LOPJ el conocimiento, como regla, de todas "las reclamaciones en materia de Seguridad Social" incluido el control jurisdiccional de los actos de las Administraciones públicas (entre ellas, la Administración de la Seguridad Social), singulares o plurales (no las disposiciones generales -art. 3.a LRJS) sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, dejando aparte el control de los actos prestacionales que igualmente le incumbe (arg. ex arts. 1, 2.0 y 2.f LRJS)*".

quien ejecuta la labor propia del estibador, su concreta labor, y otra quien la dirige y coordina. La razón de la exclusión del régimen especial obedece a la propia lógica del sistema pues la inclusión de un trabajador en el RETM, especialmente en cuanto al régimen de jubilación en virtud de los coeficientes reductores, se justifica por las especiales circunstancias relacionadas directamente con el trabajo marítimo y pesquero". Pero en ningún momento entra a valorar a que Jurisdicción compete decidir sobre la aplicación de los coeficientes reductores.

[10] Vid. al respecto, v.gr. ORELLANA CANO, A. M. "Las competencias en materia de Seguridad Social en la ley reguladora de la jurisdicción social", Revista del Ministerio de Empleo y SS, núm. 99, 2012, págs. 131-157.

De este modo, las excepciones a esa regla general están tasadas y su interpretación debe ser restrictiva y, en este punto, nos interesa señalar que las reseñadas en el art. 3 f) LRJS, son las que, en materia de Seguridad Social quedarían sujetas al Orden Contencioso.

Así, debe entenderse, insiste el TS, que de "*la aplicación de la normativa y de los principios expuestos… se constituye, como regla, a los Juzgados y Tribunales del orden social como los competentes para el control jurisdiccional de los actos de la Administración de la Seguridad Social, especialmente en materia prestacional*".

Idea que queda reforzada en los mismos términos por el pronunciamiento del TS a través del Auto de 24 de septiembre de 2014.[11].

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones al análisis de la sentencia se resumen en dos opiniones doctrinales que han resuelto la materia. Así, en este orden:

> a) Como se ha manifestado, "*en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), a través de la cual se atribuye a la jurisdicción social la función de garantía de los derechos en las relaciones de trabajo, así como en el proceso social, unificando competencias que, con anterioridad, estaban divididas en órdenes jurisdiccionales diferentes. Por ello, en lo que afecta a la Seguridad Social, la LRJS atribuye a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de las pretensiones que, entre otras materias, versen sobre las prestaciones de la Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades y funciones que incidan en tales prestaciones*.
>
> *En base a esa atribución genérica a favor del orden jurisdiccional social, para el TS, como regla general, han de ser los jueces y Tribunales de dicho orden*

[11] En el mismo, como ha tenido ocasión de comentar la doctrina, "ante las… posibles interpretaciones del apartado f) del artículo 3º LRJS, el TS, se inclina por… atribuir la competencia controvertida al orden jurisdiccional social, considerando que la LRJS efectúa, con carácter general, una atribución a dicho orden de las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social, por lo que las restricciones a esa «atribución general de competencia» han de ser interpretadas de forma restrictiva y aplicadas en el literal que establezca la propia disposición legal"; PANIZO ROBLES, J.A y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. "El TS resuelve ante qué jurisdicción se resuelven las demandas sobre infracciones en materia de afiliación/alta en el Régimen General de la Seguridad Social (Auto del TS de 24 de septiembre de 2014)". Revista de Información Laboral num.10/2014 parte Art. Doctrinal, LEX NOVA, Valladolid. 2014. Atiende el Auto a un asunto que no se corresponde exactamente con la materia ahora analizada, pero sirve a título de ejemplo para señalar como se separa entre ambas jurisdicciones atendiendo al carácter del objeto de la impugnación. En relación al particular añaden: "*Siguiendo la doctrina fijada por el TS, aunque las demandas que se sustancien contra resoluciones administrativas referentes a la afiliación, altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social (cuyo conocimiento en el ámbito judicial corresponde al orden contencioso-administrativo), sin embargo las cuestiones que se deriven de actas de infracción dictadas como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social en las materias mencionadas han de ser impugnadas en el ámbito jurisdiccional social, cuando la infracción no lleve aparejada una liquidación de cuotas, ni previamente se haya suscitado controversia en torno al importe de las cuotas que se liquidan. En sentido contrario, y de estar presente cualquiera de estas circunstancias, la competencia sobre la impugnación de las actas de infracción entraría en la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo*".

quienes tengan asignado el conocimiento de todas las reclamaciones en materia de prestaciones de Seguridad Social, incluido el control de los actos de la Administración de la Seguridad Social, ya que las excepciones a esta atribución general han de estar tasadas legalmente (como sucede con los actos de gestión recaudatoria) y, asimismo, deben ser objeto de una interpretación estricta, siguiendo, entre otras, la doctrina reciente que viene aplicándola Sala Especial de Conflictos de la Competencia del TS –Auto de 24 septiembre 2014, conflicto 16/2014–"[12]

De todo ello, debe concluirse que, sea cuál sea el argumento esgrimido, y dada la prioridad que se da a la Jurisdicción Social para el conocimiento en materia de Prestaciones de Seguridad Social, no parece, por más que vaya conectado a un acto de los expresamente relacionados en el art. 3 f) LRJS, que pueda atribuirse su enjuiciamiento al Orden Contencioso-administrativo, puesto todo aquello que tenga naturaleza prestacional, se ha reservado, de manera exclusiva a aquélla.

b) Cierto es, que no obstante, los problemas no se han eliminado, como puede suceder en los supuestos en los que el acto de encuadramiento se encuentre unido a otro que "*incide en el ámbito protector o de cobertura; en tales casos podría producirse un desgajamiento en el régimen procesal de dos actos conectados que derivan de un mismo hecho, de forma que, el acto de afiliación habría de impugnarse ante el orden contencioso-administrativo previa la interposición del recurso de alzada, mientras que el acto por el que se reconozca o deniegue el derecho a la prestación correspondiente, habría de impugnarse ante el orden social previa la interposición de la correspondiente reclamación previa, por lo que, se produciría una división de la contienda y desvanecimiento del principio de economía procesal que bien pudiera haberse evitado si el legislador hubiera acometido una delimitación más precisa y detallada de tales situaciones, articulando excepciones a la regla general. No obstante, tales situaciones pueden ser salvadas mediante el mecanismo procesal de las cuestiones prejudiciales*"[13].

Poco más habría que añadir…

[12] PANIZO ROBLES, J.A. "Si la Administración de la Seguridad Social me practica en la pensión unos embargos o retenciones de forma inadecuada ¿a quién recurro? El Tribunal Supremo nos da la solución (STS de 10 diciembre 2014 [JUR 2015, 59961)". Revista de Información Laboral num.3/2015 parte Art. Doctrinal, LEX NOVA, Valladolid. 2015, publicación on line (BIB 2015\529).

[13] FERNÁNDEZ-MEJÍAS CAMPOS, M.T. Op. cit.

El tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal

Fraudulent Conduct in Temporary Incapacity: Judicial Interpretation

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Resumen

Este trabajo analiza algunos de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con el fraude en la obtención y percepción de la prestación de incapacidad temporal, así como lo que han señalado en relación con actuaciones del trabajador durante el transcurso de la incapacidad que supongan transgresión de la buena fe contractual. Ello con la finalidad de concretar cuáles son los criterios de actuación de esos Tribunales en la lucha contra el fraude en la incapacidad temporal

Palabras clave

incapacidad temporal, trangresión de la buena fe contractual, fraude, absentismo, sentencias

Abstract

This paper analyzes some of the most relevant pronouncements of judgements in Spanish Supreme Court and High Courts of Justice in relation to the fraud in the temporary incapacity benefit. Moreover, what these Courts have pointed out in relation to worker`s actions in contractual good faith breach. This in order to specify performance criteria of these Courts against the fraud in temporary incapacity.

Keywords

temporary incapacity, contractual good faith breach, fraud, absenteeism, pronouncements of judgements

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 175 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece como causas de pérdida o suspensión de la prestación de incapacidad temporal la actuación fraudulenta para obtener o conservar dicha prestación, el trabajo por cuenta propia o ajena de éste, el rechazo o abandono del tratamiento que le fuere indicado y la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS o a las Mutuas.

Desde que la Recomendación núm.13 del Pacto de Toledo manifestara la necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal y por invalidez, al objeto de frenar las causas del fraude dentro del sistema público de acceso y permanencia de las prestaciones, la búsqueda de un mecanismo de gestión y control de las mismas que resulte eficaz frente a ese fraude ha sido objeto de constante preocupación por el legislador español.

Puede afirmarse que el control de las bajas médicas en aras de evitar el fraude en la percepción de la prestación de incapacidad al inicio, durante, en la prórroga o en situación de

recaída, constituye el hilo conductor de las sucesivas reformas de la Incapacidad Temporal. Así, entre las más relevantes:

-El Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por IT, además de apostar por la cooperación y coordinación entre el INSS, las Mutuas y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, procedió a regular la forma de expedición de los partes de baja y alta en aras de una mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su incidencia en la capacidad de trabajo del interesado.

-La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, introdujo una nueva causa de extinción del subsidio por IT en el artículo 131 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, cual es la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua (Art. 34 apartado 4).

- La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 intervino en la evaluación de los efectos de la IT transcurrido el plazo legal ordinario de duración de esta situación.

-El Real Decreto 1430/2009, de 11 septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal, desarrolló el procedimiento para acudir a la inspección médica en caso de disconformidad con el alta médica formulada por la Entidad Gestora.

-La Ley 35/2010 amplió el espacio de control por parte del INSS de tal forma que los Inspectores de este Instituto tendrán las mismas competencias que la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir el alta médica a todos los efectos y no sólo a los de prestación económica.

-Y, recientemente, en sustitución del Real Decreto 575/2007, el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración, y su Orden de desarrollo, la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, nacen con vocación de minorar trámites burocráticos en la expedición de los partes médicos de baja, de confirmación y de alta.

Regulación de la Incapacidad Temporal en continuo cambio, ampliamente analizada por la doctrina jurídica[1], que, en mi opinión, demasiado centrada en el control del fraude, ha

[1] Algunos de los más recientes: PANIZO ROBLES, J.A.: "La culminación del nuevo control "económico" de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (Con ocasión de la Orden/ESS/1187/2015, de 15 de junio*)", Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm 388, julio 2015, págs. 125-152; "Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal: el Real Decreto 625/2014", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm 377-378 (agosto-septiembre 2014), págs.99-142. LÓPEZ INSÚA, B.: Recortes *(...)*

relegado el interés por un reforzamiento de los derechos de los trabajadores que acceden a la misma. No obstante, podría afirmarse que ha contribuido a evitar el fraude en la obtención y disfrute de esta prestación derivada de contingencias que hayan dado lugar a daños físicos. Si bien, en incapacidades que cursan por procesos tales como depresión o ansiedad existe un margen de subjetividad que puede dificultar la detección de simulaciones que tratan de eludir los mecanismos de control instaurados por el legislador. Y ello aunque el Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal del INSS recoja una duración estándar para un número considerable de procesos relacionados con la depresión, la ansiedad o determinadas fobias.

Esa simulación en la incapacidad, que aboca al fraude en la consecución o continuación de la prestación, puede definirse como aquella actitud que recurre a aparentar o exagerar desde el punto de vista clínico el padecimiento de una patología justificante de la incapacidad, obteniendo con ello los correspondientes partes de baja y confirmación[2]. La causa de esta simulación podría estar en la falta de motivación del trabajador, debido a determinados modelos organizativos, estilos de mando etc., que producen una inadaptación al puesto de trabajo, siendo más frecuente en aquellos trabajadores que realizan trabajos más monótonos y menos cualificados; también en la cercanía de la extinción de la relación laboral o la prestación de desempleo. Si bien, no siempre es así. La simulación, en otras ocasiones, sirve para justificar algunos compromisos extralaborales, como son enfermedades de familiares, cuidado de hijos pequeños, fiestas, pluriempleo, etc, que provoca "que se pierda el concepto de baja como certificado médico de incapacidad, pasando a ser un mero permiso administrativo para ausentarse del puesto de trabajo, expedido a demanda del trabajador"[3].

Es así que la actitud del trabajador cumple un papel esencial en la efectividad de la gestión de la prestación, a riesgo de que vea extinguido su derecho a la misma, tenga que reintegrarla (arts. 26, 47.1.c y 47.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social –LISOS–), o sea despedido por transgresión de la buena fe contractual conforme al artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 20/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Una actitud que puede distanciarse de la simulación si el empresario, más allá de la adopción de diferentes medidas de control del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo (art. 20.3 del ET) y del derecho que le ofrece el artículo 20.4 del ET

en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-LABORUM*, núm 5, 2015, págs.75-96; "El control del uso correcto del subsidio por incapacidad temporal: los supuestos de pérdida o suspensión", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm 384, marzo 2015, págs. 95-126; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", *Temas Laborales* núm 118, 2013, págs.113-151. OLARTE ENCABO, S.: "Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo", *Aranzadi Social, Revista Doctrinal Vol.3*, núm. 20, 2011, págs. 63-87. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de incapacidad temporal (I), Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica núm 1, 2011, págs.487-508 y El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de incapacidad temporal (II), *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm 2, 2011, págs.473-504

[2] INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES: *Informe sobre el fraude en España*, IEF, 1994, pág. 261.

[3] ASOCIACIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO (AMAT): *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes*, pág. 41 (www.amat.es).

para verificar el estado de salud que sea alegado por el trabajador para justificar sus faltas de asistencia, adopta medidas para prevenir el absentismo y apuesta, a su vez, por una adecuada gestión de la prevención de riesgos como parte de la política empresarial, tal y como demanda la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Distancia que también pueden marcar los convenios colectivos con medidas que ayuden a evitar simulaciones de incapacidad dirigidas, en realidad, a disponer de permisos para asuntos personales, o tipificando como falta ciertas conductas como tratar de confundir al médico de la empresa o autolesionarse[4].

Este trabajo analiza algunos de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con el fraude en la obtención y percepción de la prestación de incapacidad temporal, así como lo que han señalado en relación con actuaciones del trabajador durante el transcurso de la incapacidad que supongan transgresión de la buena fe contractual. Ello con la finalidad de concretar cuáles son los criterios de actuación de esos Tribunales en la lucha contra el fraude en la incapacidad temporal.

2. EL FRAUDE PARA LA SEGURIDAD SOCIAL

Para analizar si ha habido fraude que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo no se presume sino que ha de acreditarse por quien lo invoca y sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados[5], los Tribunales españoles recurren a indicios que resume la STSJ Andalucía-Granada núm 1828/2013, de 16 de octubre, con base en pronunciamientos de algunas sentencias del Tribunal Supremo:

1) Que se formalice un contrato laboral, no con la intención de desarrollar una actividad laboral efectiva a cambio del correspondiente salario, sino con el exclusivo propósito de obtener una prestación de seguridad social a la que de otra forma no se tendría derecho.
2) Que se suscriba un contrato de trabajo, para una labor que objetivamente no podrá desarrollarse o bien, ausencia de adecuación de la capacidad del trabajador para la realización del trabajo para el que ha sido contratado.
3) Que existan dolencias y lesiones previas anteriores al inicio del contrato laboral que se agraven por la nueva actividad.
4) Las dolencias y lesiones preexistentes incapacitan por sus propias características al desarrollo de la nueva actividad.

En relación con el indicio de la intencionalidad de la formalización del contrato de trabajo los Tribunales Superiores de Justicia han aclarado, en mi opinión con acertado criterio en aras de la protección de los derechos de los trabajadores que ello conlleva, que una cosa es la contratación de mero favor, sin contenido de prestación real de trabajo y, otra, la existencia de vinculaciones laborales buscadas para mantener o conseguir en su momento

[4] Vid, a este respecto, el estudio de SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: "La protección de la incapacidad temporal en la negociación colectiva", *Cívitas- Revista Española de Derecho del Trabajo* núm 125.
[5] Por todas, SSTS de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009/3252) y de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008/3292)

el acceso a prestaciones del Sistema pues ello no es sino el ejercicio de un derecho de rango constitucional, como es el del acceso al trabajo (artículo 35) y a la seguridad social (artículo 41), a través de la suscripción de un contrato de trabajo que sea real, aunque la motivación principal del trabajador sea, no ya tanto la salarial, como la de conseguir, en su momento, las condiciones que permitan el acceso a las prestaciones. Esta última intención no tiene por qué constituir fraude salvo que venga acompañada de otros indicios.

Sobre la base de este último argumento, la STSJ de Andalucía-Granada núm 1937/2014, de 23 de octubre, considera que no hay fraude por connivencia de empresa contratante (una cooperativa) y trabajadora, tal como había considerado la Inspección de Trabajo, cuando aquélla contrata a ésta con una dolencia de rodilla a finales de enero, trabaja cuatro días del mes de febrero quitando hierba y causa baja médica por esa patología de la rodilla. El Tribunal hace constar que no queda acreditado que esa dolencia no le permitiera desempeñar la actividad para la cual fue contratada. Argumento citado que también se refleja en la STSJ de Castilla-León-Valladolid, núm 1834/2010, de 10 de diciembre, en la que un trabajador contratado a través de una ETT para desempeñar su actividad en una empresa para la que había trabajado en distintos períodos de tiempo es baja a los dos días del último contrato. Este contrato lo firmó conociendo la fecha de la operación por la dolencia causa de la baja, dolencia de la que ya había sido intervenido años antes. La sentencia alega, además, la continuidad en el desempeño de servicios para la misma empresa sin incidencias tras la primera intervención quirúrgica.

Tampoco se considera que haya fraude en la petición de la prestación de IT por una trabajadora gestante de alto riesgo que causa baja el mismo día de comienzo del contrato de trabajo por un proceso de lumbalgia. La Mutua alega que era conocida la imposibilidad para el desempeño del puesto de trabajo y que, por tanto, la trabajadora accede al trabajo con la única finalidad de lucrar la prestación; si bien, la sentencia considera que no queda acreditado ese conocimiento (STS Andalucía-Granada, num 127/2013, de 5 de junio).

Por su parte, la STSJ de Extremadura, núm. 605/2014, de 26 de noviembre también considera que no puede apreciarse fraude en un supuesto en el que una trabajadora suscribió un contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción del 25/02/2013 al 11/03/2013 y un día después, el 26/02/2013 causa baja por contingencias comunes. Había transcurrido más de un mes y medio desde la finalización del tratamiento contra una enfermedad de la que había sido tratada con quimioterapia y radioterapia, no consta que entretanto estuviera incapacitada para el trabajo y, además, el día 7 de marzo, el oncólogo, a la vista de su dolencia, le recomienda no trabajar.

Tampoco queda acreditado el fraude en el caso de una trabajadora que, tras darse de baja en el Régimen Especial de Autónomos es contratada temporalmente y, en ese mismo mes, comienza un proceso de baja por depresión. Señala la sentencia que no se aprecia porqué hay que dudar de la intención de la interesada cuando, en realidad, le hubiera bastado con prolongar unos días más su alta en el RETA para acceder a la prestación. La contratación temporal no era necesaria para generar el derecho del que se trata (STSJ de Castilla-La Mancha, núm 518/2014, de 25 de abril).

Por el contrario, sí que se considera que hay actuación fraudulenta para obtener indebidamente la prestación de incapacidad temporal cuando un trabajador es contratado por

un conocido en un momento en que no suele contratar a nadie, sólo por tres días, con una patología seria e incompatible con un trabajo como el ofrecido, después de llevar muchos meses sin trabajar, cobrando primero un subsidio de incapacidad temporal y, posteriormente, renta agraria que agota antes de encontrar un nuevo trabajo (STSJ Andalucía-Granada, núm 1922/2014, de 23 de octubre).

También comete fraude aquella trabajadora embarazada con una patología cardiaca y quiste ovárico que es contratada con un contrato temporal de 10 días por un Ayuntamiento para desempeñar tareas de limpieza viaria en el marco de un "plan de empleo para prestación de servicios esenciales", trabajo totalmente desaconsejado por sus circunstancias y por el que cursa baja tres días después de la contratación. El Tribunal considera que, en este caso, el contrato laboral no respondía a una real prestación de servicios sino sólo al objetivo de conseguir prestaciones de Seguridad Social. Era un mero instrumento formal para lograr el subsidio de IT que, de otro modo, la trabajadora no podría haber conseguido (STSJ Andalucía-Granada, núm 883/2015, de 16 de abril).

La existencia de dolencias y lesiones previas anteriores al inicio del contrato laboral que se agraven por la nueva actividad o incapaciten para la misma ha sido un argumento recurrente para denegar la prestación con base en el fraude de ley.

Con una explicación detallada sobre lo que implica la existencia de patologías previas en la determinación del fraude, la STSJ Andalucía-Sevilla, num 988/2014, de 4 de abril determina que es fraudulenta la actuación de una trabajadora, con patología preexistente al alta, que es contratada como vendedora con un contrato que acaba cuando se le da la baja sin que impugnara esa decisión empresarial y, además, esta actividad es ajena a la que ha sido la actividad de la demandante durante su vida laboral. Respecto a las patologías previas señala, no obstante, con base en otras sentencias de esa Sala, que no es necesariamente indicativo de fraude el hecho de padecer una enfermedad con carácter preexistente al alta laboral, toda vez que sería preciso acreditar que la prestación de servicios no se hubiera realmente producido, aunque fuese en condiciones de dificultad y penosidad por parte del trabajador. No se puede afirmar "que cuando se tiene cierta patología no se pueda iniciar un trabajo ante la perspectiva de tener que causar baja posteriormente por causa de la misma, siendo lo verdaderamente significativo, el hecho de que el trabajo efectivamente se haya prestado".

La STSJ de Islas Canarias –Santa Cruz de Tenerife–, núm 288/2015, de 15 de abril considera que no hay fraude en un caso de incapacidad temporal cuya causa derivaba de la agravación de la patología de base padecida por el trabajador –por la que era beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual– porque no existía al momento de suscribir el nuevo contrato de trabajo y no era previsible que se desencadenara al comienzo de la relación laboral. Recalca, además, que el objeto de la incapacidad temporal es la agravación transitoria de la patología de base, y no esta patología de base misma.

Aunque la Mutua denegara la prestación derivada de incapacidad temporal alegando que el motivo de la baja es anterior al alta en el RETA, considerando que se trata de una enfermedad preexistente y que su actuación fue premeditada para obtener el subsidio de incapacidad temporal, la STSJ de Murcia, num 488/2011, de 20 de septiembre, recuerda que el fraude de ley "requiere la probanza de hechos inequívocamente reveladores de la intención

fraudulenta" que no se ha producido en el caso tratado. Acogiendo lo que dice la sentencia de instancia, el Tribunal señala que el hecho de que el actor ya fuera tratado de una Infarto Agudo de Miocardio no implica que no pueda darse de alta en el RETA o que no tenga derecho a causar baja médica si dicha patología o sintomatología vuelve a aparecer a lo largo de su vida laboral teniendo en cuenta, además, que no existe ningún documento que le impida reincorporarse a su actividad. Como señala la STSJ Castilla-León-Valladolid núm 1691/2010, de 23 de noviembre "el que el trabajador sufriese de una dolencia previa no es causa para rechazar la atención prestacional debida a la enfermedad que se manifiesta posteriormente a su alta y que despliega su efecto incapacitante con posterioridad"; ello, salvo que se acredite fraude, que no se produce en este caso pues el alta del trabajador en el RETA se inicia con desarrollo de trabajo efectivo y, además, antes de darse de alta en este Régimen solicitó el pago único de la prestación por desempleo, cosa que sólo puede tener lógica si se "pretende subvenir los costes de una actividad que se va a llevar a cabo realmente".

En relación con la imposibilidad de realizar el trabajo, la STSJ de Extremadura, núm 525/2012, de 29 de octubre manifiesta que no se desprende la imposibilidad previa de realizarlo por parte de un trabajador diagnosticado de deterioro cognitivo unos años antes, pues hasta la fecha de la baja había desempeñado sus funciones con normalidad.

Tampoco hay fraude en un supuesto de problemas de salud derivados de la fecundación in vitro a la que había sido sometida la trabajadora. No existía en el momento de inicio de su contratación "concreción ni certeza de adecuadas intervenciones específicas que el tratamiento de fecundación in vitro implica en la mujer que impidieren su acceso al mercado de trabajo". El Tribunal establece, sobre la base de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que denegar la prestación en este caso podría constituir discriminación directa basada en el sexo (STSJ Andalucía-Granada, núm 1959/2011, de 8 de septiembre).

Sin embargo, incurre en fraude el trabajador que, cuando se dio de alta en el RETA, ya padecía la patología que posteriormente originó la baja, conocía que estaba en lista de espera para su tratamiento quirúrgico y sabía, por tanto que, en cuanto le operaran, pasaría a situación de incapacidad temporal (STSJ Andalucía-Sevilla núm 1848/2014, de 26 de junio). En mi opinión, puesto que queda acreditado que había estado de alta en el Régimen General desde 2005, en distintos períodos, el último hasta tres días antes de su alta en el RETA, el Tribunal podía haber utilizado el argumento de que el trabajador tan sólo pretendía un acogimiento adecuado del sistema de Seguridad Social y considerar, así, su actuación como no fraudulenta.

3. EL FRAUDE PARA EL EMPRESARIO: LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

3.1. Breve referencia al significado de la transgresión de la buena fe contractual

El trabajador, conforme al artículo 5.a) del ET, debe cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo conforme a las reglas de la buena fe y diligencia. El empresario, por su parte, sobre la base del artículo 20.3, puede controlar ese cumplimiento adoptando medidas –que, como indica el propio artículo, deberán garantizar la consideración debida a la dignidad del trabajador– tales como el recurso a los reconocimientos médicos para verificar el estado de salud que justifica su incapacidad temporal (art. 20.4) y cuya

negativa puede dar lugar a la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario; el recurso a detectives privados[6], cuyos informes son aceptados en juicio como prueba testifical impropia, que sólo adquiere valor procesal como tal si es ratificada por sus firmantes y cuya valoración queda a la libre apreciación del juez de instancia[7]; acordar, con los representantes de los trabajadores la inclusión de faltas por vulneración de la buena fe contractual en los convenios colectivos que se negocien; o, incluso, obtener pruebas a través de las redes sociales, uso permitido, sobre el que ya hay sentencias al respecto también en relación a la temática objeto de estudio[8]. Mecanismos, todos ellos, que permiten detectar conductas como la simulación del estado de salud, la falta de interés por la recuperación o la utilización de la baja para llevar otra actividad incompatible con el estado de salud que transgreden la buena fe contractual y que pueden dar lugar a despido disciplinario sobre la base del artículo 54.2.d) del ET.

La transgresión de la buena fe contractual[9] constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la correcta ejecución del contrato, previstos legalmente en los artículos 5.a. y 20.2 del ET. Respecto a la buena fe, en concreto, se ha señalado que es consustancial al contrato de trabajo, pues su naturaleza genera derechos y obligaciones recíprocos, que se traduce en una exigencia de comportamiento ético, acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de los derechos subjetivos, y que se concreta en valores que pueden traducirse por lealtad, honorabilidad, probidad y confianza. La transgresión de la misma no necesita producir un concreto daño, sino, simplemente, quebrantar los valores citados, por lo que, a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa, –aunque sea un elemento a considerar y ponderar en orden a su gravedad–, no se enerva la transgresión, para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo. Tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta, entendido como conciencia y voluntad en su realización, pues basta con que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar

[6] Que, conforme al artículo 48.1. de la Ley 5/2014 de Seguridad Privada pueden ser contratados para la obtención y aportación de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con el ámbito laboral. Conforme al artículo 48.3, el detective tiene prohibido utilizar medios personales, materiales o técnicos que puedan atentar contrar el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos. Además, debe trabajar respetando los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art. 48.6). En el caso, así, de la incapacidad temporal, sus informes deben centrarse en la capacidad o no para trabajar.

[7] Por todas, sobre la base de doctrina judicial previa, STS de 15 de octubre de 2014 (Rec.1654/2013) o STS 13 de marzo de 2012 (rec. 1498/2011) que recuerda que será prueba admisible mientras sea prueba proporcionada y no atente a los derechos fundamentales del trabajador.

[8] Vid., STSJ Madrid de 23 de enero de 2012 (La Ley 21899/2012) en un caso de despido disciplinario de un trabajador de baja por cuadro ansioso depresivo secundario a efecto adverso en ambiente de trabajo declarado procedente admitiendo como prueba para acreditar la transgresión de la buena fe del trabajador imágenes, comentarios y actuaciones del mismo en su perfil de Facebook y que el empresario había constatado ante notario; en sentido similar la STSJ de Galicia, de 16 de noviembre de 2012 (La Ley 191107/2012) en un caso de depresión neurótica en el que ni siquiera pudo desvirtuarse esa prueba con la aportación, por parte del trabajador, de un informe del médico de cabecera en el que establece la necesidad de salidas de casa y relaciones con otras personas para proceso curativo (Vid. más sentencias analizadas y reflexiones al respecto en AA.VV: *IV Informe Adecco sobre Absentismo*, AMAT, pags. 78-92).

[9] Por la claridad de su exposición e integración de doctrina judicial anterior, se explican las características de esa transgresión siguiendo la STSJ de Valencia núm 4133/2003, de 12 de noviembre y la STS de 19 de julio de 2010 (Rec. 2643/2009).

cometida la infracción de la norma. En definitiva, la confianza entre las partes se quiebra por la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, en la medida en que se hacen tambalear los cimientos de esa confianza.

3.2. Transgresión e incapacidad temporal en la jurisprudencia

3.2.1. La falta de unificación de doctrina

La calificación de conductas realizadas durante la incapacidad temporal a efectos de considerarlas o no transgresoras de la buena fe contractual y causa de despido disciplinario no es materia propia de unificación de doctrina, salvo supuestos excepcionales ante la dificultad, conforme ha establecido el Tribunal Supremo en numerosos Autos, de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales. En estos casos, la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha recordado que el artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social o, en su caso, el artículo 217 del Real Decreto Legislativo 2/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, exige para la viabilidad del recurso de casación en unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial –una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo–. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señalan los preceptos citados, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (SSTS de 24 de enero de 2012 (Rec. 2094/2011) o 28 de diciembre de 2011 (Rec. 676/2011), entre otras).

Si bien es cierto que resulta difícil unificar supuestos de transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal, no lo es menos que el Tribunal Supremo, en algunas ocasiones, ha sido, en mi opinión, demasiado estricto en la interpretación de los requisitos para acceder a esa unificación. Así, el Tribunal Supremo ha llegado a rechazar la casación en dos supuestos de baja por depresión en cuyo transcurso los trabajadores se dedicaron a impartir clases, de pintura en un caso y de baile en otro, porque en este último caso, quedaba acreditado que una psicóloga aconsejó a la actora la práctica del baile como distracción y, en el otro, sin embargo, se acreditaba que la actividad de pintura no facilitaba la superación del síndrome depresivo porque el actor venía desarrollando dicha actividad antes de la incapacidad temporal y la continuó practicando una vez superada dicha situación. El Auto es el de 20 de octubre de 2005 (Rec. 5505/2004) y las sentencias objeto de contradicción las SSTSJ de Cataluña, de 29 de julio de 2004 y de 2 de mayo de 2002.

En el Auto de 5 de octubre de 2006 (Rec. 4947/2005) vuelve a ponerse en contradicción la sentencia en que se autoriza impartir clases de baile, la del TSJ de Cataluña, de 2 de mayo de 2002, con la dictada por el TSJ de Andalucía-Málaga de 31 de marzo de 2005, en la que se consideran incompatibles con la situación de IT las actividades de coger el teléfono para dar citas, abrir la puerta y atender a clientes que desarrolla una trabajadora durante su baja por cuadro depresivo en el despacho de abogados de su pareja. Queda más clara la falta de contradicción, pues las respectivas actividades desarrolladas por cada una de las actoras son diferentes –una lúdica, otra "semilaboral"– de manera que la repercusión sobre la situación de baja y su virtualidad para poner en evidencia la capacidad para trabajar es también desigual.

Otro Autos a considerar son el de 5 de julio de 2005 (Rec. 2743/2004).–en el que las sentencias a constrastar parten de causas por bajas diferentes, una por depresión y otra por esguince cervical, patologías distintas y actividades desarrolladas durante la baja también distintas "que no sólo puede tener alguna repercusión sobre la evolución del proceso patológico, sino, lo que es más importante, a efectos de apreciar la concurrencia de la transgresión de la buena fe contractual en la que se funda el despido"–; o más recientemente, el ATS de 21 de enero de 2016 (Rec.2200/2015) que señala que los hechos en cuestión no son los mismos ni la normativa sectorial en la que se discute su encaje tiene el mismo alcance[10].

3.2.2. Los criterios

Como se ha señalado, la Jurisprudencia relacionada con la transgresión de la buena fe contractual en relación con la incapacidad temporal es muy casuística. No obstante, pueden extraerse unos criterios jurisprudenciales que pueden resumirse como sigue:

Los trabajos realizados en una situación de baja son contrarios a la buena fe contractual siempre que tengan una cierta intensidad como para considerar a ese trabajador "capaz" y puedan, de algún modo, afectar a la correcta curación del mismo. Debe valorarse la afección que dichas actividades tienen en el proceso de curación, así como la gravedad y culpabilidad que deben acompañar a toda infracción cuya sanción prevista es el despido.

Estos trabajos, si tienen carácter esporádico y no suponen un volumen excesivo de actividad, al igual que las actividades de entretenimiento, sean deportivas o sean culturales, pueden ser beneficiosas para el tratamiento de la dolencia, especialmente si se refiere a procesos relacionados con depresión o, aunque algunas sentencias consideran que esas actividades tienen que autorizarse por prescripción de un especialista en Salud (en Medicina o Psicología).

La Jurisprudencia ha señalado, además, que en los casos de pluriactividad puede ser normal que el trabajador esté incapacitado para las actividades cubiertas por uno de los Regímenes y no para las cubiertas por el otro, con lo que se acepta la percepción de la prestación de IT por uno de los regímenes mientras se trabaja en el otro. Así, la STS u.d. de

[10] Otros, ATS de 4 de diciembre de 2012 (Rec. 846/2012), 4 de julio de 2012 (Rec 7/2012), 15 de junio de 2010 (Rec. 4358/2009) o ATS de 5 de julio de 2005 (Rec. 4683/2004), todos ellos en sentido similar y a propósito de casos que tienen que ver con procesos de depresión o ansiedad, los más abundantes en recursos de casación para la unificación de doctrina en la temática objeto de estudio.

19 de febrero de 2002 (Rec. 2127/2001) señala que "negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador que ejerce pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de desprotección. Y, además, semejante conclusión, sería contraria al espíritu y finalidad protectora de la Seguridad Social y al efecto útil de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los distintos regímenes de Seguridad Social". La STS de 7 de abril de 2004 (Rec. 1508/2003) señala, por su parte, y sobre la base de la sentencia citada que, a mayor abundamiento, el mero hecho de figurar en alta en el RETA mientras se está de baja laboral por enfermedad en el Régimen General sin desempeñar función alguna en las actividades cubiertas por el RETA es un supuesto totalmente compatible con la percepción de la prestación por IT. No obstante, habrá que tomar en consideración el juicio médico que determinará si las lesiones padecidas pueden provocar un "efecto incapacitante" para un solo trabajo o para varios; incluso, según la naturaleza de las lesiones, el trabajo en otras actividades puede ser "conveniente" o "perjudicial" para el correcto desarrollo del proceso curativo[11].

3.2.3. Algunos casos relevantes

El desempeño de trabajos idénticos al que cursa la incapacidad temporal es claramente una transgresión de la buena fe contractual. Así lo pone de manifiesto la STSJ de Aragón, núm 3/2006, de 4 de enero, que declara procedente el despido de una trabajadora, de profesión camarera, por haberse comprobado que estando de baja en su trabajo con el diagnóstico de trastorno de ansiedad con predominio de reacciones de carácter depresivo, prestó servicios como camarera en otro establecimiento y esto aunque lo hizo durante un breve espacio de tiempo (3 días durante hora y media cada día).

En esta línea resulta curiosa, por los hechos concurrentes, la STSJ de Cataluña núm 1859/2004, de 4 de marzo, en la que un trabajador de baja por depresión inicia una terapia de medicina alternativa en un Monasterio de Budismo Tibetano y acaba desempeñando funciones similares a las que desempeñaba en su puesto de trabajo. El Tribunal manifiesta que si se ha dedicado a actividades administrativas similares a las que desempeñaba en su puesto de trabajo, se entiende que ha superado el proceso de incapacidad y debería haberse incorporado al trabajo pues estas actividades requieren un nivel de dedicación, esfuerzo físico y psíquico equiparable al que exigiría el ordinario desempeño de su puesto de trabajo. Su comportamiento evidencia, así, clara y rotundamente la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo y acreditan una simulación de enfermedad o la prolongación de la misma. Queda con ello de manifiesto la grave trasgresión de la buena fe contractual que el comportamiento del trabajador supone.

La incidencia que pueden tener los trabajos en el proceso de curación de la patología se ha visto reflejada en sentencias como la STSJ de Cataluña, de 7 de julio de 2005 que revoca la decisión de instancia que considera improcedente un despido basándose en un parte médico que recomendaba que el trabajador, conductor de ambulancia, afecto de un síndrome ansioso-depresivo, estuviera en activo colaborando en el negocio de ultramarinos que tenía

[11] Por todos, TORTUERO PLAZA, J.L.: "Reflexiones acerca de la incapacidad temporal", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* núm. 10, 2006, págs. 15 y 16.

su esposa. Concluye la sentencia que la actividad que estaba llevando a cabo en ese negocio, por su nivel de exigencia y estrés –invertía en ella prácticamente toda una jornada laboral diaria–, resultaba incompatible con la situación de incapacidad temporal.

También puede señalarse la STSJ Murcia, núm 2/2013, de 21 de enero, en la que se declara transgresión de la buena fe contractual la conducta de un trabajador que estando en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por cervicalgia condujo habitualmente, incluso furgonetas de gran tamaño, paseó dos veces diarias sus perros de raza bóxer, caracterizada por su gran fortaleza, cargó pesos, realizó una mudanza y permaneció de pie durante largos períodos de tiempo. O la STSJ de Galicia, de 14 de diciembre de 2012, Rec 4803/2012, que consideró que el trabajador había quebrantado los deberes de fidelidad, lealtad, probidad y confianza al manipular objetos pesados, desplazar mangueras para el riego, cavar la tierra, subir a andamios….todas ellas incompatibles con la situación física de "otros traumatismos y los no específicos" que determinó su incapacidad.

En este contexto, la STSJ del País Vasco, núm 300/2012, de 7 de febrero, considera no contradictorio la deambulación autónoma e independiente de un trabajador de baja por un proceso de artrosis en el tobillo algunos días y no otros (causa determinante de su despido por considerar que era, así, una baja fingida que transgredía la buena fe contractual) ya que desde meses antes tenía aconsejado no usar muletas, lo que no impide que ocasionalmente pueda usarlas al presentar dolores postoperatorios que, incluso, dieron lugar a que le practicaran una serie de infiltraciones. Además, queda acreditado la prescripción del médico del Servicio Vasco de Salud para continuar con la incapacidad temporal pues no se había recuperado física y suficientemente desde el punto de vista laboral.

Por su parte, la STSJ de Navarra núm 170/2010, de 16 de junio, en un caso de pluriempleo con parte de baja laboral para uno solo de los trabajos, recuerda que lo decisivo es si la ocupación en la otra empresa es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia su aptitud laboral y, por tanto, la simulación de una enfermedad en perjuicio de la empresa. En el caso se trataba de un trabajador que cursó baja por un proceso relacionado con la movilidad de su hombro y continúo trabajando para la otra empresa como repartidor de pan. La sentencia considera que no hay transgresión de la buena fe pues sólo tenía que manejar bolsas o cajas de pan con un peso aproximado de 2 ó 3 kilos, lo que "indudablemente no implica realización de esfuerzos ni adopción de posturas mantenidas o repetidas de elevación, separación o rotación de hombro".

En relación con las que tienen que ver con la realización de actividades lúdicas y la incidencia de estas en el proceso de curación o que acrediten simulación, puede citarse la STSJ Madrid, núm 939/2005, de 16 de noviembre que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social correspondiente sobre nulidad de despido porque quedó acreditado que el mismo se había realizado como reacción a la reclamación por el recurrente de unos derechos que le correspondían tras cursar un proceso de IT por depresión. Para justificar el despido la empresa se basaba en la acreditación de que el trabajador estuvo trabajando en una sociedad lúdica que regentaba su esposa en el transcurso de la IT. A este respecto, el Tribunal manifestando, además, que las actividades que desarrollaba el trabajador mejoraban su depresión, declara que es una actividad que no ha puesto en peligro el proceso de recuperación, no pudiendo considerarse que haya existido trasgresión de la buena fe contractual.

A este respecto, se ha considerado que entrenar con habitualidad a equipos de futbol, pero con un entrenamiento más de coordinación, lúdico y no de exigencia física, por parte de un trabajador incurso en un proceso de incapacidad temporal con dolencias lumbares y pancreatitis no implica transgresión de la buena fe contractual (STSJ núm 1054/2010, de 13 de abril). Tampoco transgrede esa buena fe que un trabajador de baja por ansiedad, juegue al golf (STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2012).

Por el contrario, sí que se considera que ha habido transgresión de la buena fe contractual en un viaje a Madrid en avión, entrada en el parque de atracciones y recorrido de bares hasta altas horas de la madrugada de una trabajadora en incapacidad temporal (STSJ Asturias núm 1333/2013, de 4 de junio). O en el caso de un viaje para acudir como testigo a una boda (para la que pidió permiso y le fue denegado) y asistencia al restaurante del enlace cuando el proceso de incapacidad temporal era causado por diarrea y gastroenteritis de origen infeccioso (STSJ Cataluña núm 4128/2013, de 11 de junio).

Por último, para acabar este recorrido casuístico, la STSJ de Murcia, núm 860/2004, de 19 de julio manifiesta que si la empresa conocía y permitía la actividad que estaba desarrollando el trabajador, ya no existe esa simulación.

4. CONCLUSIONES

Lo argumentado supra da una visión general de cómo y qué parámetros jurisprudenciales se utilizan para controlar el fraude en la incapacidad temporal tanto en el ámbito de la relación laboral individual como en el ámbito de la Seguridad Social.

No obstante, el fraude en la incapacidad temporal no sólo puede y debe controlarse con modificaciones en la normativa relacionada con su gestión y con la Jurisprudencia. Son necesarias medidas que incidan en el absentismo con carácter previo a que este se haga efectivo.

Una política de prevención de riesgos centrada en evitar situaciones de estrés, bourn-out o acoso en la empresa es importante para evitar procesos de incapacidad temporal, especialmente en lo que se refiere a situaciones relacionadas con ansiedad o depresión.

Importante es, a su vez, que las empresas dispongan de protocolos de actuación en caso de absentismo y articulen, como se ha señalado, medidas que eviten el mismo. Medidas que, en la mayoría de los casos, irán anudadas a la propia dinámica de las actuaciones en prevención de riesgos.

Diseñar los horarios de trabajo desde la flexibilidad de entrada y salida; relanzar el teletrabajo con la finalidad de evitar conflictos con las exigencias y responsabilidades externas al trabajo; fomentar un estilo de mando con empatía hacia los trabajadores, crear oportunidades para la interacción social; comprobar que las exigencias de trabajo sean compatibles con las capacidades y recursos del trabajador y permitir su recuperación después de tareas físicas o mentales particularmente exigentes; fomentar el trabajo en equipo o eliminar el trabajo monótono y repetitivo (estableciendo rotaciones en una cadena de montaje, por ejemplo) como una de las medidas para conseguir incrementar las oportunidades de desarrollo de las habilidades y conocimientos en la realización del trabajo, serían sólo algunas de las propuestas a valorar.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

Requisitos del Asesoramiento en las Prestaciones del Seguro No Contributivo Alemán de Desempleo

Requirements for Advice to Benefits of German Non Contributory Unemployment Insurance*

BETTINA WEINREICH
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE LA AGENCIA FEDERAL DE EMPLEO
CAMPUS DE SCHWERIN (MECKLEMBURGO-POMERANIA OCCIDENTAL)

Resumen

Sobre la base de que el asesoramiento al beneficiario es una prestación del sistema alemán de seguridad social, este trabajo estudia dicha prestación en el marco de las prestaciones no contributivas por desempleo, analizando la jurisprudencia sobre el tema dictada por el Tribunal Federal alemán de Seguridad Social.

Palabras clave

Seguridad Social comparada, Alemania, Desempleo, Prestaciones no contributivas, Asesoramiento

Abstract

On the basis that the advice to beneficiaries is a particular benefit in the German system of social security, this work studies such benefit in the frame of non contributory unemployment benefits, analyzing the case-Law on the subject issued by the German Federal Court of Social Security.

Keywords

Comparative social security, Germany, Unemployment, Non contributory benefits, Advice

1. INTRODUCCIÓN

Las prestaciones del seguro no contributivo a que se refiere el Libro Segundo del Código de Seguridad Social (SGB II) sirven es cierto –en el apartado correspondiente–, con carácter preferente, para garantizar el mínimo existencial reconocido por el Estado a aquellas personas aptas para el trabajo, que no reciben ingresos laborales que aseguren su subsistencia, o no reciban ingresos laborales suficientes, y en consecuencia, no estén en posición de mantenerse financieramente ellas y, en su caso, sus familias. A diferencia del sistema de seguro del Libro Tercero del Código de Seguridad Social (SGB III), que sólo protege a los trabajadores desempleados, el cual encara la protección de seguridad social frente al desempleo de modo parecido a una relación de seguro, los parados aptos para el trabajo y los miembros de sus familias estarán asegurados por el Libro II del Código de Seguridad Social cuando todos los ingresos familiares no alcancen para garantizarse la subsistencia. En Alemania, había en junio de este año 3.289.847 de estas comunidades (familiares) necesitadas de ayuda, con 6.127.167 personas en conjunto, de las que 4.401.653 eran titulares del derecho a prestaciones aptos para el trabajo[1]. Esto permite entrever qué

* Traducción al castellano, desde el alemán original („Anforderungen an eine Beratung bei Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende"), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

[1] Arbeitsmarkt in Zahlen - Statistik der Grundsicherung für Arbeitsuchende, Stand: Juni 2015; en: www.arbeitsagentur.de/Statistik nach Themen/ Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)/ Bedarfsgemeinschaften und deren Mitglieder.

variados tienen que ser los procedimientos administrativos en los ámbitos nucleares de la gestión y el aseguramiento no contributivo, lo que de nuevo plantea la cuestión de qué gestores de prestaciones están obligados a actuar en el marco de su deber legal de asesoramiento.

2. IMPORTANCIA DEL DEBER DE ASESORAMIENTO

En el aparentemente complejo sistema de prestaciones de seguridad social de Alemania, no bastan sólo reglas legales y diferentes folletos informativos para indicar a la persona concreta qué derechos y deberes tiene, en especial qué derechos a prestaciones de seguridad social[2]. El sistema de prestaciones que garantiza (no sólo monetariamente) la existencia en Alemania se considera cada vez más complicado, organizativamente disgregado y no transparente. En relación con la información sobre posibles derechos, así como respecto del otorgamiento material de prestaciones de seguridad social por el gestor de prestaciones, el ciudadano es dependiente, y en consecuencia, tiene que recibir asesoramiento competente especializado. En la práctica, a menudo se infravalora este importante ámbito. Los derechos y deberes que se derivan de los más variados fundamentos jurídicos son frecuentemente incomprensibles no sólo para los titulares del derecho a prestaciones, sino también para quienes trabajan en la gestión de prestaciones, en especial, de prestaciones de seguridad social basadas en el desempleo, de manera que lamentablemente las capacidades personales en el ámbito jurídico del Libro II del Código de Seguridad Social sólo rinden a condición de que se valoren debidamente las exigentes tareas en el ámbito del asesoramiento[3].

3. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER DE ASESORAMIENTO

Con la promulgación del parágrafo 14 del Libro I del Código de Seguridad Social, según el cual todos tienen derecho al asesoramiento sobre sus derechos y obligaciones, el deber de asesoramiento ha experimentado un reconocimiento legal en todos los ámbitos del Derecho de la Administración de la Seguridad Social, pudiendo también exigirse judicialmente frente al gestor de prestaciones. Quien demanda asesoramiento no tiene por qué invocar un interés jurídico especial al asesoramiento[4]. Esto se desprende del tenor literal de la ley, que prescinde de dicha «restricción de acceso». Además de ello, los deberes especiales de asesoramiento no resultan modificados por el parágrafo 14 del Libro I del Código de Seguridad Social.

Un deber completo de asesoramiento del gestor de prestaciones de seguridad social se corresponde, ante todo, con las solicitudes expresas de asesoramiento y de información[5]. En consecuencia, no existe el deber del gestor de prestaciones de averiguar sólo aquellos posibles titulares del derecho que podrían tener derechos en un momento futuro, para

[2] Cfr. BT-Drs. 7/868, pág. 25.
[3] *Merten* en: *Eichenhofer/Wenner* (Editores), SGB I, IV, X, § 14, marg. 7.
[4] *Reinhardt* en: *Krahmer/ Trenk-Hinterberger* (Editores), LPK-SGB I, § 14, marg. 10; otra opinión, cfr. BT-Drs. 7/868, pág. 25.
[5] Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 17.08.2000, referencia B 13 RJ 87/98 R.

informarles de los requisitos de concesión[6]. Además, del parágrafo 14 del Libro I del Código de Seguridad Social no se deriva ninguna obligación de invadir tan ampliamente la esfera privada protegida por el derecho de autodisposición de la información, sin una concreta causa, y de investigar tan ampliamente sus circunstancias vitales, como para que pueda darse un aviso eventualmente útil para poner en marcha un procedimiento administrativo. Dicha obligación sólo se considera y tiene en cuenta, en lo posible, en casos excepcionales de modificaciones legales con consecuencias graves –como la inminente pérdida total del derecho–[7]. De esta construcción jurídica se desprende que no se necesita ningún motivo externo a la relación jurídica ya existente de seguridad social[8]. El asesoramiento por el gestor competente de prestaciones debe facilitar a la persona los conocimientos y fundamentos decisorios, que necesita para una completa defensa de sus derechos y para el cumplimiento correcto de sus obligaciones. Y de ahí que el gestor de prestaciones tenga que advertir de todas las posibilidades organizativas existentes, de manera que se coloque al que busca consejo en la posición de poder tomar su decisión con un conocimiento completo de todas sus consecuencias[9].

Además, existe el deber de asesoramiento cuando, con motivo de la tramitación de un concreto asunto basado en una relación jurídica de seguridad social, es evidente para aquellos trabajadores la posibilidad organizativa existente, que defendería un titular sensato de prestaciones, cuando fuese conocida por él, lo que también se denomina deber de asesoramiento *espontáneo*[10]. En este caso, hay que valorar la cuestión de si la posibilidad de organización existe únicamente al amparo de circunstancias objetivas. Existe, por ejemplo,

- Cuando se desprende de la conducta del solicitante, que no está suficientemente informado sobre las posibilidades legales[11],

- Cuando con ocasión de una entrevista entre el ciudadano y el gestor de prestaciones o, en su caso, en el marco de la tramitación de un concreto acto por el gestor de prestaciones, es claro que el titular del derecho a prestaciones pertenece a un ámbito personal al que se aplica una regulación legal importante para sus derechos[12],

- Cuando no está claro si el titular del derecho a prestaciones tiene recursos suficientes para aprovechar también realmente la posibilidad,

[6] Cfr. Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Renania del Norte-Westfalia, Sentencia de 25.10.2013, referencia L 14 R 250/13.
[7] Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 16.12.1993, referencia 13 RJ 19/92, citada por: Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Hesse, Sentencia de 23.08.2013, referencia L 5 R 359/12.
[8] *Hase* en: BeckOK § 14 SGB I, marg. 3.
[9] *Wippermann-Kempf*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, pág. 61.
[10] Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 08.02.2007, referencia B 7a AL 22/06 R; Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 05.08.1999, referencia B 7 AL 38/98 R; Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 31.10.2007, referencia B 14/11b AS 63/06 R; Tribunal de Seguridad Social de Karlsruhe, resolución de 21.12.2011, referencia S 13 AS 3059/11; Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Hamburgo, Sentencia de 08.06.2011, referencia L 5 AS 29/09.
[11] Cfr. Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 28.11.1979, referencia 3 RK 64/77.
[12] Cfr. Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Hesse, Sentencia de 23.08.2013, referencia L 5 R 359/12.

- Cuando a pesar del asesoramiento jurídico, se comporta de forma evidentemente inadecuada, o cuando resultan evidentes para él perjuicios inminentes de especial gravedad[13],

- Cuando su defensa es tan notoriamente adecuada que presuntamente la aprovecharía un tercero diligente[14].

Dicho deber de asesoramiento *espontáneo* se relaciona con el principio jurídico general, según el cual en el marco de una relación jurídico-pública, los deberes de aclaración aumentan en la misma medida en que las posibles consecuencias tengan importancia creciente para el solicitante. Esto se subraya en relación con la regla del parágrafo 17, apartado 1, núm. 1, del Libro I del Código de Seguridad Social, según el cual los gestores de prestaciones están obligados a advertir a todo titular de los derechos a prestaciones de seguridad social que le correspondan, de modo temporáneo, completo y tan rápido como sea posible[15]. Pero ello no significa que este deber vaya tan lejos como para tener que avisar de *todas* las posibilidades de organización jurídicamente posibles y no prohibidas. A los gestores de prestaciones no se les impone el cometido legal de tener que lograr que el asesor alcance, dentro del sistema de prestaciones de seguridad social, el respectivo «óptimo» económico, sino únicamente de que deban servir para conducir a las prestaciones de seguridad social previstas, según la intención del legislador[16].

4. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DEL DEBER DE ASESORAMIENTO

El contenido del deber de asesoramiento a que se refiere el parágrafo 14 del Libro I del Código de Seguridad Social es el asesoramiento *completo* sobre todas las cuestiones jurídicas de seguridad social que son, o que podrían ser, útiles en el futuro, para los demandantes, a efectos de calibrar sus derechos y deberes[17]. Resulta difícil, y no válida con carácter general, la cuestión de responder qué «completo» tiene que ser el asesoramiento por parte de los gestores de prestaciones. Sobre ello, debería haber conformidad acerca de que el correspondiente gestor de prestaciones está obligado a asesorar a la concreta persona, según las circunstancias individuales, y ciertamente teniendo en cuenta la situación de intereses atribuibles al titular del derecho al asesoramiento, el conocimiento ya disponible, la complejidad del conjunto normativo, así como la dificultad de la situación fáctica y jurídica[18]. La medida de la extensión del asesoramiento es el contenido de la petición de asesoramiento, así como el déficit de información individual. Los gestores de prestaciones tienen que presentar alternativas y realizar advertencias en el caso concreto, que den motivo para consideraciones adicionales y, también, para plantear cuestiones ulteriores, según las circunstancias. Dado que las cuestiones planteadas requieren pericia de la que frecuentemente no dispone la persona necesitada de asesoramiento, el gestor de prestaciones no puede limitarse a responder cuestiones concretas o solicitudes delimitadas, sino que tiene

[13] Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Hamburgo, Sentencia de 11.09.2013, referencia L 2 AL 94/10.
[14] Cfr., por ejemplo, Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Hesse, Sentencia de 06.12.2013, referencia de L 7 AL 141/12.
[15] Tribunal de Seguridad Social de Lüneburg, Sentencia de 09.11.2006, referencia S 25 AS 163/06.
[16] Cfr. Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Baviera, Sentencia de 30.11.2012, referencia L 15 VK 9/09.
[17] Cfr. BT-Drs. 7/868, pág. 25.
[18] *Lilge*, SGB I, § 14, marg. 24.

que esforzarse en investigar la concreta petición de quien busca consejo y –desde el punto de vista de un apoyo omnicomprensivo– examinar si existe, sobre la concreta cuestión planteada, motivo para advertir sobre las posibilidades de organización, beneficios o perjuicios que estén en conexión con la petición[19]. Y de ahí que no baste la mera advertencia sobre un texto legal o sobre folletos informativos[20].

4.1. Límites del deber de asesoramiento

Según opinión común, el deber de asesoramiento está limitado por el hecho de que cada gestor de prestaciones sólo tiene que asesorar en su ambito. Supuesto, en el marco de la entrevista sobre asesoramiento, que resulte que podría afectarse la cartera de prestaciones de otro gestor de prestaciones, a los gestores de prestaciones de las personas que buscan el consejo, les incumbe el deber de remitir a la persona que necesita consejo a los gestores competentes de prestaciones, pues la solicitud de consejo es una solicitud de prestaciones de seguridad social[21]. Pero en vista del estrecho engranaje entre los gestores de prestaciones de seguridad social en el ámbito del aseguramiento de la subsistencia, con frecuencia no basta sólo con advertir a los usuarios con necesidad de asesoramiento, y recomendarles que se dirijan al respectivo gestor de prestaciones[22]. Aquí, no pocas veces, el deber de asesoramiento se liga a la relación jurídica de seguridad social existente, que, para evitar perjuicios a los usuarios, también exige un asesoramiento que va más allá del propio ámbito jurídico de la seguridad social.

El deber de asesoramiento del gestor de prestaciones de seguridad social sñolo se extiende, en principio, a la concesión de derechos dentro del sistema de prestaciones de seguridad social, no al sistema de aseguramiento existente al margen de este sistema de prestaciones, con los derechos y pretensiones que se deriven del mismo, como por ejemplo, los derivados de la protección jurídica a los funcionarios[23], y especialmente, no a los derechos a que se refieren códigos ajenos o que caen quizá en la competencia de otra jurisdicción[24]. No obstante, también pueden jugar un papel en el marco del asesoramiento las cuestiones derivadas de otros ramos del aseguramiento social, o de fuera del Derecho de la Seguridad Social, como por ejemplo, en el caso de las cuestiones relativas a en qué medida es posible proteger su patrimonio ante la obligación de tener que utilizarlo[25].

4.2. Forma y modo de asesoramiento

Sobre la forma y modo del asesoramiento decide la autoridad competente de acuerdo con su propio juicio. Para ello, puede tomar en consideración diferentes puntos de vista, como por ejemplo, la complejidad de la necesidad de asesoramiento, la importancia

[19] Tribunal de Seguridad Social de Offenburg, Sentencia de 15.12.2006, referencia 3 O 185/06.
[20] *Reinhardt* en: *Krahmer/ Trenk-Hinterberger* (Editores), LPK-SGB I, § 14, marg. 15.
[21] *Merten* en: *Eichenhofer/Wenner* (Editores), SGB I, IV, X, § 14, marg. 10.
[22] Tribunal Superior de Estado federado de Düsseldorf, NZA-RR 1997, 33.
[23] Cfr. Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 20.12.2001, referencia B 4 RA 38/01 R; Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 24.07.2003, referencia B 4 RA 13/03 R.
[24] Tribunal de Seguridad Social de Karlsruhe, resolución de 21.12.2011, referencia S 13 AS 3059/11.
[25] Tribunal de Seguridad Social de Sajonia-Anhalt, Sentencia de 27.06.2013, referencia L 5 AS 309/09; BT-Drs. 15/1749, pág. 31; Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Renania del Norte-Westfalia, Sentencia de 20.11.2006, referencia L 20 AS 89/06.

financiera, u otra, del asesoramiento para los afectados, si está disponible un folleto informativo relativo al asunto, la capacidad de comprender y la conducta del afectado, así como la carga económico-administrativa[26]. Pero, supuesto que el usuario desee una cita, ésta no puede rechazarse con la advertencia de que el nuevo plan fiscal de los usuarios no prevé ninguna cita[27]. Y de ahí que el gestor de prestaciones tenga que reaccionar ante la petición de asesoramiento.

4.3. Vinculabilidad del asesoramiento

Las informaciones y consejos que se den durante la entrevista de asesoramiento por parte del gestor de prestaciones, en principio, no tienen la vinculabilidad propia de un acto administrativo. En este caso, no se trata de una actuación jurídico-administrativa, a través de la cual el gestor de prestaciones decide unilateralmente (soberanamente) sobre sus relaciones jurídicas con la persona que busca consejo, en base a un supuesto de hecho determinado. Por eso, el gestor de prestaciones tampoco está obligado a comportarse en congruencia con un asesoramiento deficiente[28]. No obstante, en su caso, se toma en consideración el derecho a la efectividad del ordenamiento de seguridad social, el cual tendría repercusiones jurídicas en la situación, como en el supuesto de que el gestor de prestaciones se hubiese comportado intachablemente.

5. EL DEBER ESPECIAL DE ASESORAMIENTO EN EL ÁMBITO DEL LIBRO II DEL CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL

El deber de asesoramiento en el marco del seguro no contributivo se apoya, especialmente, en la concepción legal del Libro II del Código de Seguridad Social, que debe asegurar una asistencia completa por medio de un entrevistador personal. El parágrafo 14, apartado 1, inciso 1, del Libro II del Código de Seguridad Social subraya que los gestores de prestaciones a que se refiere el Libro II del Código de Seguridad Social asisten completamente a los titulares de prestaciones aptos para trabajar, con el objetivo de reinsertarlos en el trabajo, en cuyo caso la actuación de apoyo no puede limitarse a la mera reinserción en el mercado de trabajo. El nombramiento del entrevistador personal debe asegurar una gestión competente del caso, crear una relación de confianza entre el usuario y el gestor de prestaciones, y servir a la eficiencia del asesoramiento[29]. En consecuencia, el entrevistador personal es una parte de la gestión del caso, respecto de la cual se impone la idea de un asesoramiento de alto nivel, que quiere fijar la posición especial de la persona necesitada de ayuda en un proceso estructurado de modo cooperativo, y que especialmente quiere innovar a través del reforzamiento de las competencias individuales de la persona necesitada de ayuda, para modificar su situación[30].

El mandato de apoyar a los titulares de derechos a prestaciones «completamente con el objetivo de su reinserción laboral» requiere, en vista del parágrafo 3, apartado 1, inciso 2, núms. 1-4, del Libro II del Código de Seguridad Social, un análisis inclusivo, para averiguar

[26] Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Baviera, Auto de 09.08.2013, referencia L 7 AS 472/13 B ER.
[27] Tribunal de Seguridad Social de Duisburgo, Auto de 02.08.2013, referencia S 35 AS 732/10.
[28] *Lilge*, SGB I, § 14, marg. 45.
[29] Cfr. BT-Drs. 15/1516, pág. 54.
[30] Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 22.09.2009, referencia B 4 AS 13/09 R.

los aspectos que resulta relevante comunicar[31]. Sobre la base de la orientación conceptual del parágrafo 14 del Libro II del Código de Seguridad Social, existe un deber amplio de asesoramiento y de aclaración, legalmente regulado para los entrevistadores personales, según el cual hay que hacer constar la concreta situación de necesidad del titular del derecho a prestaciones, de manera que se planifique y se lleve a cabo de manera constructiva, con la activa colaboración del titular del derecho a prestaciones, una oferta individual[32].

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ASESORAMIENTO DEFECTUOSO U OMITIDO

Consecuencia jurídica para el caso de que se asesore defectuosamente, o no se asesore en absoluto, al titular del derecho a prestaciones, es la de tomar en consideración el derecho a la efectividad del ordenamiento de seguridad social. El derecho a la efectividad del ordenamiento de seguridad social tiene como requisito que el gestor de prestaciones de seguridad social haya violado el deber que le incumbe, sobre la base de la ley o de una relación jurídica de seguridad social, especialmente a asesorar e informar[33]. Además, es necesario que el deber violado incumba al gestor de prestaciones de seguridad social precisamente frente al titular del derecho a prestaciones, y en consecuencia, otorgue a éste el correspondiente derecho subjetivo; que la violación ilícita del deber haya producido un perjuicio al menos equivalente (junto a otras condiciones), y que el deber violado se oriente a proteger a los afectados precisamente frente a los perjuicios registrados (conexión con el objetivo de protección)[34]. Finalmente, el perjuicio registrado a través de la conducta administrativa ilícita tiene que poder ser reparado por medio de una actuación oficial admisible. La corrección por medio del derecho a la efectividad no puede contradecir el correspondiente objetivo legal[35]. El derecho a la efectividad del ordenamiento de seguridad social se orienta a la realización de una actuación oficial, para dar efectividad a la situación posible y jurídicamente admisible, que existiría si el gestor de prestaciones de seguridad social hubiera cumplido reglamentariamente sus deberes accesorios derivados de la relación jurídica de seguridad social[36]. El derecho se orienta, por último, al mantenimiento del originario derecho a la prestación, de manera que la prestación de seguridad social no pueda exigirse más allá de lo que dispone la legislación de seguridad social, porque el derecho a la efectividad del ordenamiento de seguridad social no es precisamente ningún derecho de indemnización de daños totalmente independiente de la culpa de quien cometió el error administrativo[37]. Y de ahí que, con el derecho a la efectividad del ordenamiento de seguridad social basado en un asesoramiento

[31] Cfr. *Berlit* en: *Münder* (Editor), LPK-SGB II, § 14, marg. 8 ss.
[32] BT-Drs. 15/1516, pág. 44.
[33] Cfr., por ejemplo, Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 11.03.2004, referencia B 13 RJ 16/02 R; Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 18.01.2011, referencia B 4 AS 99/10 R.
[34] Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Renania del Norte-Westfalia, Sentencia de 02.08.2013, referencia L 14 R 633/12.
[35] Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 18.01.2011, referencia B 4 AS 29/10 R; Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 31.10.2007, referencia B 14/11b AS 63/06 R.
[36] Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Sajonia, Sentencia de 21.06.2012, referencia L 3 AS 607/11; Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 19.12.2013, referencia B 2 U 14/12 R.
[37] Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Baviera, Auto de 15.03.2013, referencia L 7 AS 71/13 B PKH.

defectuoso, sólo pueda producirse el resultado de que se dé efectividad a la situación que corresponda, mediante una actuación oficial legalmente admisible[38].

Con el derecho a la efectividad cabe sanar, sobre todo, inobservancias de plazos (registro de solicitudes con retraso, o posposición de la eficacia de una solicitud registrada[39], pago de cotizaciones, presentación de documentos) que se basan en la conducta ilícita del gestor de prestaciones[40]. En cambio, el gestor de prestaciones de seguridad social no puede fingir o eliminar[41], a través de actuaciones oficiales lícitas, circunstancias fácticas erróneas o hechos dañosos que existan fuera de la relación jurídica de seguridad social, como por ejemplo, la notificación del desempleo o la comunicación de la demanda de empleo en el ámbito de la política pasiva de empleo[42]. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Seguridad Social, el derecho a la efectividad del ordenamiento de seguridad social también puede derivarse del asesoramiento defectuoso imputable a otras autoridades, cuando esta otra autoridad está incluida por el legislador, a efectos de unidad funcional, en el reparto de tareas incluidas en el procedimiento que tenía que realizarse por el gestor de prestaciones de seguridad social[43]. Así, por ejemplo, tiene que imputarse al gestor comunal la conducta defectuosa de una oficina de empleo[44].

7. CONCLUSIÓN

Los límites del deber de asesoramiento son difíciles de determinar al detalle en el caso concreto, aun cuando los tribunales se esfuerzan en dar más vida cualitativa al deber de asesoramiento. Pero esto no puede llegar a olvidar que el deber de asesoramiento, con independencia del supuesto de hecho de su origen, plantea en la práctica una parte importante de problemas relacionados con su extensión y su contenido. Y de ahí que haya que exigir a los entrevistadores personales capacidades y conocimientos especiales de Derecho formal y material, y con ello, que puedan realizar una función de alto nivel cualitativo.

[38] Cfr. Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 18.01.2011, referencia B 4 AS 29/10 R.
[39] Cfr. *Mönch-Kalina* en: JurisPK-SGB I, § 14, marg. 57; Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Hamburgo, Sentencia de 11.09.2013, referencia L 2 AL 94/10.
[40] Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Baviera, Sentencia de 27.03.2013, referencia L 11 AS 809/10.
[41] Cfr. Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Sajonia-Anhalt, Sentencia de 14.06.2012, referencia L 1 R 23/10.
[42] Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 31.01.2006, referencia B 11a AL 15/05 R.
[43] Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 13.12.1984, referencia 11 RA 68/83; Tribunal Federal de Seguridad Social, Sentencia de 24.07.1985, referencia 10 RKg 18/84.
[44] Tribunal de Seguridad Social de Estado federado de Berlín-Brandenburgo, Sentencia de 29.07.2008, referencia L 14 B 818/08 AS ER.

Crónica legislativa de Seguridad Social y materias conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

Laborum

1. -*MAYORES*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 6 DE FEBRERO DE 2013, SOBRE LA COOPERACIÓN DE INNOVACIÓN EUROPEA SOBRE EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SALUDABLE (2012/2258(INI)) (DOUE C 24, 22-1-16)

Mediante esta Resolución, el Parlamento Europeo celebra la propuesta de la Comisión de una cooperación de innovación europea que promueva un nuevo paradigma en el que el envejecimiento se considere una oportunidad de futuro en lugar de una carga para la sociedad. Destaca, además, que esta oportunidad no debe quedar limitada a las innovaciones técnicas (TIC) y a su potencial para el mercado interior y para las industrias y empresas de la UE –las soluciones TIC deben ser de uso fácil y estar orientadas al usuario final, en particular, las personas de edad avanzada–; y considera que también debe incluir una estrategia clara e inequívoca dotada de objetivos sociales que fomente y reconozca formalmente la relevancia de las personas de edad y el valor de su experiencia y de su aportación a la sociedad y la economía, sin estigmas ni discriminación.

Destaca que la participación en igualdad de condiciones también es un derecho fundamental de los miembros de mayor edad de la sociedad; señala que las oportunidades de trabajo y de voluntariado, así como las medidas de protección social, son fundamentales para garantizar un envejecimiento activo y saludable; subraya que las personas mayores necesitan distintas formas de apoyo y cuidado y que los servicios y las soluciones deben, en consecuencia, orientarse siempre a las personas y responder a la demanda; y señala también la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo, a fin de garantizar que los trabajadores de mayor edad puedan conservar su empleo o tengan acceso a oportunidades laborales.

Hace hincapié en la necesidad de crear las condiciones marco adecuadas para que las personas puedan participar en el mercado de trabajo y seguir siendo productivas, tanto mediante la mejora de la flexibilidad del mercado laboral a través de la introducción de cuentas de vida laboral y posibilidades de tiempo parcial, como mediante el establecimiento de diferentes formas de contratos de trabajo adaptados a los trabajadores de mayor edad, así como normas flexibles de transición a la jubilación, como pensiones parciales o años de bonificación, velando por que siempre exista una protección social adecuada. Respalda la propuesta de la Comisión de adoptar la definición del envejecimiento activo y saludable formulada por la OMS y destaca que un envejecimiento activo y saludable abarca la totalidad de la vida y que las especificidades del contexto de la UE deben formar parte de la definición, y más concretamente las prioridades de la UE en relación con unas condiciones medioambientales saludables y ecológicamente sostenibles, con la sensibilización sanitaria, con la prevención y la detección precoz, seguida de un diagnóstico correcto y un tratamiento eficaz, con la buena información sobre la salud, con la salud en línea, con el ejercicio físico, con la seguridad alimentaria y una nutrición adecuada, con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y con los regímenes de seguridad social y los sistemas de protección social; señala que la edad avanzada no está vinculada por defecto a la enfermedad y a los problemas de salud y que, por tanto, no ha de asociarse o equipararse a la dependencia o la discapacidad.

El Parlamento Europeo señala que se debe considerar la salud como una materia horizontal, incorporando las cuestiones de salud a todas las políticas pertinentes de la UE,

incluida la seguridad social y la protección social, la política económica y de empleo, la igualdad de género y las políticas de contrarias a la discriminación o no discriminatorias. Y, en esta línea, recuerda a la Comisión que las restricciones y limitaciones en relación con la atención sanitaria, los servicios de asistencia, la protección y la seguridad sociales, aprobadas y aplicadas por la Comisión y/o los Estados miembros con objeto de cumplir con los ahorros financieros y presupuestarios y los recortes en el gasto (sanitario y social) fijados a raíz de la actual crisis económica y financiera no deben interferir en modo alguno con la dignidad y las necesidades humanas básicas, ni afectarlas negativamente; haciendo hincapié en que dichos ahorros y recortes agravarán la salud global de las personas, las desigualdades en el ámbito de la salud, las desigualdades sociales y la exclusión social, poniendo en peligro la solidaridad intergeneracional e intrageneracional. Por ello, pide a los Estados miembros que desarrollen un Pacto entre Generaciones que incluya una estrategia clara e inequívoca para salvaguardar la cohesión social, mejorar la salud global de las personas y abordar las desigualdades en las condiciones de salud; destacando, en este contexto, la necesidad de una financiación adecuada a escala local, regional, nacional y de la UE para apoyar a las PYME y a las empresas de la economía social; y poniendo en duda la suficiencia de los recursos disponibles de la cooperación de innovación europea sobre el envejecimiento activo y saludable que provienen de las partes interesadas.

En la Resolución, el Parlamento Europeo analiza los distintos Pilares de la Propuesta de la Comisión: Pilar 1: Prevención, detección y diagnóstico temprano; Pilar 2: Atención y tratamiento; Pilar 3: Envejecimiento activo y vida autónoma; así como las Cuestiones horizontales a todos ellos.

2. -*MIGRANTES*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE MARZO DE 2013, SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES, EL IMPACTO SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO Y LA DIMENSIÓN EXTERNA DE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UE 2012/2131(INI) (DOUE C 36, 29-1-16)

En esta Resolución, el Parlamento Europeo pone de relieve que desde el año 2012 la población europea en edad laboral está disminuyendo y que, sin inmigración, en los próximos diez años se reducirá en 14 millones de personas; y que, a pesar de que en la UE se registra una tasa de desempleo cercana al 10 % (es decir, que 23,8 millones de personas no tienen trabajo), esta escasez de personal cualificado ya es perceptible y aumentará en los próximos años y que, por ejemplo, en 2015, quedarán vacantes entre 380 000 y 700 000 puestos de trabajo en el sector de las tecnologías de la información. Pone de manifiesto también que la tasa de empleo de los nacionales de terceros países de edades comprendidas entre los 20 y los 64 años se sitúa en diez puntos porcentuales por debajo de la media correspondiente a los nacionales de la UE y que, además, muchos inmigrantes ocupan puestos de trabajo que están por debajo de su grado de cualificación o trabajan en situación de precariedad. Destaca, asimismo, que los cambios demográficos y la creciente competencia a nivel mundial implican que la UE debe abordar aquellas cuestiones que pudieran obstaculizar la inmigración y, además, fomentar la innovación social. Considera que el empleo es la clave para una integración adecuada, y que los Principios para la Integración de la UE recalcan que el empleo de calidad, sostenible por cuenta ajena o por cuenta propia es una parte fundamental del proceso de integración y que desde el año 2000 cerca de una cuarta parte de los nuevos puestos de trabajo han sido creados gracias a la contribución de

los inmigrantes, que encuentran cada vez más en el trabajo por cuenta propia la vía de acceso al mercado laboral, pero que también son más propensos a sufrir dificultades económicas. En este contexto, el Parlamento Europeo considera que los Estados miembros deben facilitar más información en relación con estos grupos y aumentar el grado de sensibilización en la materia mediante la creación de un sitio web de «ventanilla única» dirigido a las personas que aspiran a convertirse en empresarios que facilite información sobre las oportunidades y los desafíos, ayudas europeas y nacionales, y sobre organizaciones y organismos que facilitan asistencia en el ámbito del trabajo por cuenta propia. Indica que la integración es un proceso continuo y bidireccional que requiere la participación tanto de los nacionales de terceros países como de la sociedad de acogida.

Por todo ello, solicita a los Estados miembros que combatan con determinación la discriminación de la que son objeto los ciudadanos de terceros países y otros ciudadanos de la UE, en especial en lo que se refiere a la discriminación formal e informal en la búsqueda de empleo y en el puesto de trabajo; que adopten medidas decididas para luchar contra la discriminación y el racismo en el marco de la crisis económica y financiera y del incremento del desempleo que genera. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen el respeto de los niveles de remuneración y de los derechos consagrados en los convenios colectivos en los países de acogida también en relación con los inmigrantes; y solicita a los Estados miembros que controlen el cumplimiento efectivo de estos principios con el fin de evitar el dumping salarial y social, y que adopten pautas comunes en lo que se refiere a la lucha contra la discriminación relacionada con el trabajo y medidas para mitigar el impacto negativo que pudiera tener el sistema legislativo sobre la vida de los inmigrantes, así como que apoyen la activación de políticas que pudieran conducir a un crecimiento más rápido y a una reducción de las desigualdades y de la brecha salarial. Pide, por tanto, que se adopte a escala local, nacional y europea un enfoque holístico, similar al relativo a la cuestión de género; solicitando la introducción del «principio de integración de las cuestiones relacionadas con la integración», de modo que se tengan en cuenta las cuestiones relacionadas con la integración en todas las medidas de carácter político, legislativo y financiero.

Pide a la Comisión, en este contexto, teniendo en cuenta que la inmigración y la política relativa al mercado laboral deben ir de la mano, que refuercen y concedan la prioridad a las relaciones entre las demandas del mercado laboral, la migración circular, el desarrollo y la política de exterior y de vecindad. Y pide a los Estados miembros, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad, que se abra una vía a la legalización de las personas sin papeles que se ganan la vida trabajando, y que se aborden rápidamente y de manera competente las solicitudes para la renovación de las decisiones relativas al estatuto y la documentación de modo que los migrantes irregulares pueden participar en la vida social, política y económica del Estado miembro en cuestión. Solicita, por lo tanto, que se alcance un enfoque unificado y recíproco de la UE para la coordinación de la seguridad social en relación con terceros países que abarque a todos los ciudadanos de la UE y de terceros países, sin perjuicio de los derechos de los nacionales de terceros países derivados de acuerdos de asociación y desarrollados por el Tribunal Europeo de Justicia. Propone que se considere un «régimen 28» opcional y voluntario para los inmigrantes y los ciudadanos de la UE en otros países de la UE; acoge con satisfacción la creación de la tarjeta sanitaria europea y sugiere que se extienda y simplifique aún más su utilización; y subraya que el atractivo del mercado laboral europeo depende también de si las pensiones y los derechos sociales son

transferibles y de si se mantendrá su validez ante un eventual regreso. Finalmente, destaca la adopción de la Directiva del permiso único que hace posible la portabilidad de las pensiones para nacionales de terceros países y quienes les sobrevivan de conformidad con el Reglamento (CE) no 883/2004; y pide tanto a la Presidencia actual como a la próxima que, junto con la Comisión Europea, reanuden las negociaciones en torno a la propuesta de Directiva sobre la portabilidad de los derechos de las pensiones.

3. -*PROTECCIÓN SOCIAL*.- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE EL TEMA «PRINCIPIOS PARA UNOS SISTEMAS DE PRESTACIONES SOCIALES EFICACES Y FIABLES» (DICTAMEN DE INICIATIVA) (DOUE C 13, 15-1-16)

En este dictamen, el CESE se concentra en un aspecto de la agenda de política social: la mejora de la eficacia y fiabilidad de las prestaciones, tanto de los sistemas de protección social como de los sistemas de seguridad social y de salud. Se refiere a las «prestaciones sociales» que se financian total o parcialmente mediante impuestos o regímenes de seguros sociales y que, en virtud de la legislación social o de acuerdos de carácter paritario, forman parte, de forma verificable, del ámbito de responsabilidad de los poderes públicos en materia de política social. A este respecto, el tipo de proveedor del servicio no es determinante, pudiendo ser realizadas por administraciones públicas y municipales, seguros sociales, empresas sociales autónomas, organizaciones benéficas y empresas que revisten diferentes formas jurídicas.

Habida cuenta de que hay que encontrar un equilibrio adecuado entre las competencias de los Estados miembros, los valores comunes europeos y una competencia leal en el seno de la UE, el CESE considera que los siguientes principios deben proporcionar el impulso necesario para hacer avanzar la política social de la UE:

1. Principio de protección mínima: garantizar unas prestaciones sociales fundamentales, de carácter subsidiario, en particular para asegurar una renta mínima (minimum income) a personas que no obtienen ingresos suficientes, por ejemplo, del empleo, las pensiones y otras prestaciones sociales.

2. Principio de necesidad: desarrollo y provisión de prestaciones sociales y sanitarias modernas y profesionales para las diferentes situaciones problemáticas, por ejemplo, para familias, personas con discapacidad, enfermos, desempleados, madres o padres solos, niños, familiares con personas a cargo, refugiados...

3. Principio de adecuación: fijación de objetivos claros de política social para las prestaciones sociales, por ejemplo, igualdad de oportunidades e intergeneracional, inclusión activa, compensación de desventajas, conciliación laboral y familiar, protección frente a riesgos vitales, prevención, medidas en caso de crisis, acceso al empleo e inclusión social, pensiones de jubilación, capacitación, etc.

4. Principio de accesibilidad: garantizar las posibilidades de acceso local, temporal y financiero y sin discriminaciones a las prestaciones sociales y, en particular, a los servicios sociales. Una financiación sostenible y solidaria, la transparencia de la oferta de prestaciones y una garantía jurídica específica con posibilidades de reclamación y recurso fomentan la

accesibilidad. En caso de existir, las modalidades de copago obligatorio deberían ser equilibradas desde un punto de vista social y no suponer un freno al acceso a las prestaciones.

5. Principio de proporcionalidad: las prestaciones deberían ser necesarias y adecuadas en su forma y alcance. El coste de los recursos asignados debería guardar una proporción razonable con los resultados esperados de una prestación social.

6. Principio de solidaridad: la financiación de las prestaciones sociales debería fundamentarse esencialmente en unos regímenes de seguros sociales basados en la solidaridad y en unos sistemas fiscales justos y solidarios.

7. Principio de responsabilidad individual: las personas en busca de empleo, aquellas con dificultades de inserción profesional, etc., deberían contar con el apoyo de los servicios sociales y de unos sistemas de incentivos cuyo objetivo sea apoyar, total o parcialmente, que consigan por sí mismos sus medios de subsistencia.

8. Principio de participación: todas las prestaciones, solas o en combinación con otros servicios, deberían contribuir a ayudar a los ciudadanos a sentirse parte de la sociedad.

9. Principio de estructuración: articulación racional de la relación jurídica y financiera entre los usuarios, los servicios sociales públicos o autónomos según el sistema, la administración social pública o los seguros sociales.

10. Principio de autodeterminación del usuario: los usuarios no son objetos pasivos sino coproductores de las ayudas y ciudadanos con derecho a prestaciones. Deberían tener, dentro de un marco de costes adecuado, la posibilidad de elegir entre diferentes tipos de prestaciones, por ejemplo, ambulatorias o estacionarias, u otras formas (por ejemplo, viviendas tuteladas).

11. Principio de seguridad jurídica: garantía jurídica de las prestaciones, en su caso mediante legislación social u otros instrumentos jurídicos análogos, basados en principios democráticos, de los que los Estados miembros se han dotado. Las normas deberían atender a los siguientes aspectos jurídico-sociales: derechos jurídicos, decisiones de carácter discrecional, deber de colaboración del usuario, descripción de las condiciones de la prestación, posibilidades de reclamación o recurso, en su caso, control público de los proveedores privados de prestaciones públicas, normas de calidad, garantías de acceso, obligaciones en materia de infraestructuras, modalidades de financiación, etc. El estatus legal y los derechos de los usuarios deberían estar garantizados, como mínimo, en lo que se refiere a los servicios sociales y sanitarios básicos.

12. Principio de defensa del interés general: especialmente las empresas y organizaciones orientadas al interés general que propician la participación, como las organizaciones sin ánimo de lucro, las empresas sociales, los servicios públicos, las asociaciones, determinados tipos de fundaciones y cooperativas, organizaciones de usuarios y otros agentes de la sociedad civil, deberían disfrutar de unas condiciones jurídicas y financieras adecuadas.

13. Principio de transparencia: el uso de fondos públicos por parte de los servicios sociales y las administraciones públicas debería organizarse de manera transparente.

14. Principio de interconexión: la realidad cotidiana de las personas, el cambio de trayectoria vital, las nuevas formas de estructuras familiares, el envejecimiento y la inmigración exigen prestaciones integradas e interconectadas.

15. Principio de igualdad de condiciones: los usuarios, las administraciones sociales y los servicios sociales deberían tener derechos y deberes regulados y aplicables por ley.

16. Principio de calidad: las prestaciones sociales deberían ir acompañadas de medidas de control de calidad.

17. Principio de coordinación: la gestión de los asuntos transfronterizos en relación con la seguridad social y la protección social debería mejorarse

4. -*SALUD LABORAL*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE MARZO DE 2013, SOBRE LOS RIESGOS PARA LA SALUD EN EL LUGAR DE TRABAJO RELACIONADOS CON EL AMIANTO Y PERSPECTIVAS DE ELIMINACIÓN DE TODO EL AMIANTO EXISTENTE (2012/2065(INI)) (DOUE C 36, 29-1-16)

Pide a la UE que desarrolle, aplique y apoye un modelo de detección y registro de amianto, de conformidad con el artículo 11 de la Directiva 2009/148/CE, y que pida a los propietarios de edificios públicos o comerciales que realicen controles en los edificios para comprobar la presencia de materiales que contengan amianto; elaboren planes para gestionar los riesgos que presentan; aseguren que dicha información se ponga a disposición de los trabajadores a los que puedan afectar esos materiales. Insta también a la UE a que elabore modelos para supervisar la presencia de amianto en edificios públicos y privados, terrenos, infraestructuras, logística y tuberías; y que elabore modelos para el control de la presencia de fibras de amianto dispersadas en el aire de los lugares de trabajo, centros urbanos y vertederos, y de fibras presentes en el agua potable que se distribuye a través de conductos de amianto-cemento.

Asimismo se pide a la Comisión que se garantice la cualificación y la formación; el desarrollo de programas de eliminación; el reconocimiento de las enfermedades relacionadas con el amianto; el apoyo para grupos de víctimas del amianto; que las legislaciones nacionales tengan en cuenta la noción de salud y seguridad de los trabajadores y que esta constituya una obligación de resultado para los empleadores, en referencia a la Directiva marco 89/391/CEE; y que la inclusión del amianto crisótilo en el anexo III del Convenio de Rotterdam constituya una prioridad esencial.

5. -*CONDICIONES DE TRABAJO*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 18 DE ABRIL DE 2013, SOBRE EL IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA Y ECONÓMICA EN LOS DERECHOS HUMANOS (2012/2136(INI)) (DOUE C 45, 5-2-16)

El Parlamento Europeo reitera su profunda determinación de defender y promover los derechos humanos y libertades fundamentales – civiles, políticos, económicos, sociales y

culturales – como principio fundamental de la política exterior de la Unión Europea y soporte de todas las otras políticas, tal como queda consagrado en el Tratado de Lisboa, en particular en el contexto de la crisis financiera y económica. Destaca que los derechos humanos incluyen el derecho a la alimentación, al agua, a la educación, a una vivienda adecuada, a la tierra, a un trabajo digno, a la salud y a la seguridad social. Además, condena el hecho de que, tras el inicio de la crisis, dichos derechos se encuentren en regresión en algunos países. Considera que no hay justificación alguna para que los Estados, independientemente de su nivel de ingresos, dejen de cumplir su obligación de respetar los derechos humanos fundamentales; destaca que los gobiernos tienen, en toda circunstancia, la obligación de garantizar unos «niveles mínimos esenciales» de derechos sociales y económicos necesarios para vivir dignamente; y pide a los países en desarrollo que formulen políticas económicas que promuevan el crecimiento y el desarrollo sostenibles, creen puestos de trabajo, coloquen los grupos sociales vulnerables a la vanguardia de las respuestas políticas, y basen el desarrollo en un sistema fiscal sano que elimine el fraude fiscal, lo cual es necesario para movilizar los recursos internos de una manera más eficiente y equitativa.

6. -*DESEMPLEADOS DE LARGA DURACIÓN*.- RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO, DE 15 DE FEBRERO DE 2016, SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LOS DESEMPLEADOS DE LARGA DURACIÓN EN EL MERCADO LABORAL (DOUE C 67, 20-2-16)

Recomienda a los Estados Miembros: Apoyar la inscripción de los solicitantes de empleo y una mayor orientación hacia el mercado laboral de las medidas de integración, entre otras cosas a través de una relación más estrecha con los empleadores. Facilitar una evaluación individual a los desempleados de larga duración inscritos en los servicios de empleo. Elaborar una oferta específica de un acuerdo de integración laboral a más tardar antes de que los desempleados de larga duración lleven dieciocho meses en paro. A efectos de la presente Recomendación, se entiende por «acuerdo de integración laboral» un acuerdo por escrito entre un desempleado de larga duración inscrito y un punto de contacto único con el objetivo de facilitar la transición de dicho desempleado al empleo en el mercado de trabajo.

7. -*ASISTENCIA SOCIAL*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 4 DE JULIO DE 2013, SOBRE EL IMPACTO DE LA CRISIS EN EL ACCESO DE LOS GRUPOS VULNERABLES A LA ASISTENCIA (2013/2044(INI)) (DOUE C 75, 26-2-16)

En esta Resolución, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que exija a los Estados miembros información sobre las medidas de austeridad aplicadas y evaluaciones del impacto social de las medidas de austeridad, y que incluya recomendaciones para abordar la repercusión social y económica a medio y largo plazo de estas medidas en sus recomendaciones específicas por países. Asimismo, se pide a la Comisión y a los Estados miembros que fomenten la inversión social en los servicios sociales, como los sectores sanitario, asistencial y social, que son esenciales en vista de los cambios demográficos y las consecuencias sociales de la crisis, y que poseen un gran potencial de creación de empleo.

Considera que dejar a las personas vulnerables sin acceso a los servicios asistenciales o de atención sanitaria representa un ahorro falso, ya que puede tener una incidencia negativa

a largo plazo tanto en los costes sanitarios como en la salud individual y pública y subraya que la crisis económica y financiera, así como las denominadas políticas de austeridad impuestas a algunos Estados miembros, no deben fomentar la desinversión en los servicios nacionales de salud, pues, dada su importancia y necesidad, es necesario, por el contrario, avanzar hacia una mayor consolidación de dichos servicios para hacer frente a las necesidades de la población y, en particular, de los grupos más vulnerables.

8. -*REMUNERACIÓN*.- DICTAMEN DEL COMITÉ DE LAS REGIONES EUROPEO – NORMAS MÍNIMAS DE REMUNERACIÓN DEL EMPLEO EN LA UE (DOUE C 51, 10-2-16)

El Comité de las Regiones Europeo afirma que el derecho de todos los trabajadores a una remuneración equitativa y suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso figura en la Carta Social Europea, que ha sido aceptada por casi todos los Estados miembros de la UE. Afirma que la pobreza y la exclusión social impiden una existencia digna, por lo que minan los derechos humanos fundamentales, y propone que todos los Estados miembros garanticen una existencia digna, eventualmente mediante unas prestaciones de subsistencia, y persigan políticas, en especial en materia social y laboral, que aseguren un salario justo a lo largo del ciclo de vida laboral. Sostiene, por lo tanto, que se debe alentar a los Estados miembros a que fijen un salario justo indicativo orientado a la adopción de una mediana salarial del 60 % como indicador comparativo y a que se basen en presupuestos de referencia, entendidos estos como el conjunto de bienes y servicios que necesita una persona para vivir con un nivel digno, además de una serie de condiciones de empleo justas. Sostiene que, junto con unas condiciones de empleo equitativas y un sistema de protección social adecuado, es indispensable un salario equitativo, entre otros aspectos, para crear competencia leal entre los Estados miembros de la UE, y evitar así que los países compitan a la baja entre sí en una «carrera de mínimos» y recurran al «dumping social».

9. -*PRESTACIONES FAMILIARES*.- DECISIÓN N.° F2, DE 23 DE JUNIO DE 2015, SOBRE EL INTERCAMBIO DE DATOS ENTRE LAS INSTITUCIONES A EFECTOS DE LA CONCESIÓN DE PRESTACIONES FAMILIARES (TEXTO PERTINENTE PARA EL EEE Y PARA EL ACUERDO CE/SUIZA) (DOUE 52, 11-2-16)

Establece esta Decisión que las instituciones proporcionarán sin demora a las correspondientes instituciones de otros Estados miembros toda la información necesaria para establecer la existencia de un derecho a prestaciones familiares y calcularlo. Las instituciones darán pronta respuesta a las solicitudes de información procedentes de otro Estado miembro y, en cualquier caso, respetarán los siguientes plazos: a. dos meses siguientes a la recepción de la solicitud en el caso de que se solicite una toma de postura ante una decisión provisional sobre las normas de prioridad, como se menciona en el artículo 60, apartado 3, del Reglamento (CE) n.o 987/2009, o bien b. tres meses siguientes a la recepción de la solicitud de información en todos los demás casos. En casos excepcionales, si, por motivos justificados, la institución que recibe la solicitud de información no puede responder en los plazos establecidos en el apartado 2, letra b), notificará este particular a la institución solicitante explicando los motivos del retraso.

10. -*PENSIONES*.- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 21 DE MAYO DE 2013, SOBRE UNA AGENDA PARA UNAS PENSIONES ADECUADAS, SEGURAS Y SOSTENIBLES (2012/2234(INI)) (DOUE 55, 12-2-16)

El Parlamento Europeo señala que la crisis financiera y económica y los retos planteados por el envejecimiento de la población han puesto de manifiesto la vulnerabilidad de los sistemas de pensiones de capitalización y de reparto y recomienda un enfoque basado en varios pilares, que consista en una combinación de:

i. una pensión pública universal, por reparto;

ii. una pensión complementaria, profesional, de capitalización, resultado de un convenio colectivo en el ámbito nacional, sectorial o empresarial o resultado de la legislación nacional, accesible a todos los trabajadores afectados.

— Hace hincapié en que el primer pilar por sí mismo o en combinación con el segundo pilar (dependiendo de la disposición institucional o la legislación nacionales) debe instituir unos ingresos de sustitución dignos basados en el salario anterior del trabajador, que debe completarse, de ser posible, con:

iii. una pensión individual del tercer pilar basada en planes de ahorro privados con incentivos equitativos destinados a los trabajadores con ingresos bajos, los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores que no tengan los suficientes años de cotización en cuanto a su régimen de pensión laboral.

— En consecuencia, pide a los Estados miembros que consideren la introducción o la conservación de regímenes de este tipo o similares, que sean sostenibles desde un punto de vista financiero y social, allí donde no existan aún; y a la Comisión que garantice que las normativas actuales o futuras en el ámbito de las pensiones abran la vía hacia regímenes de pensiones con este enfoque y que lo respeten plenamente.

También reconoce el potencial de los proveedores de pensiones laborales e individuales como inversores a largo plazo, importantes y fiables, en la economía de la UE y hace hincapié en su contribución prevista para lograr los objetivos principales de la Estrategia Europa 2020 en cuanto a crecimiento económico sostenible, más y mejores empleos y unas sociedades más inclusivas socialmente. En este sentido, celebra la iniciativa de la Comisión de iniciar un Libro Verde sobre la inversión a largo plazo e insta a la Comisión a que no ponga en peligro el potencial inversor de los fondos de pensiones y que respete sus diferentes características, así como las de otros proveedores de pensiones, cuando introduzca o modifique legislación de la UE, especialmente cuando revise la Directiva relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo.

Destaca que la ejecución de reformas estructurales orientadas a incrementar la tasa de empleo y posibilitar que los ciudadanos trabajen hasta la edad legal de jubilación y a reducir el índice de dependencia económica es el principal medio para generar los ingresos fiscales y las cotizaciones sociales y de pensiones necesarios para consolidar los presupuestos de los Estados miembros y financiar unos regímenes de pensiones adecuados, seguros y sostenibles. Hace hincapié en que estas reformas deben llevarse a cabo de una manera transparente que permita que las personas prevean con tiempo los efectos que estas pueden comportar y señala el riesgo

de que el desempleo y el empleo mal remunerado, a tiempo parcial y atípico den lugar solamente a derechos de pensión parciales y fomenten así la pobreza a una edad avanzada.

El Parlamento Europeo reitera la petición de que se vinculen estrechamente las pensiones con el número de años trabajados y de cotizaciones pagadas («equidad actuarial») a fin de garantizar que los trabajadores que trabajen más y más tiempo tengan la compensación de una pensión mejor, al tiempo que se toman debidamente en consideración los periodos fuera del mercado laboral dedicados al cuidado de personas dependientes. Recomienda que los Estados miembros, consultando con los socios pertinentes, eliminen la jubilación obligatoria al alcanzar la edad de jubilación legal a fin de permitir que quienes puedan y así lo deseen elijan seguir trabajando más allá de la edad de jubilación legal o iniciar su jubilación de manera gradual, ya que ampliar el periodo de pago de cotizaciones y reducir al mismo tiempo el periodo de derecho a pensión puede ayudar a que los trabajadores reduzcan con rapidez la brecha de las pensiones.

Además, pide a los interlocutores sociales que adopten un enfoque basado en el ciclo vital para las políticas de recursos humanos y que adapten los lugares de trabajo en este sentido; que los empleadores presenten programas para promover un envejecimiento activo y saludable; y que los trabajadores aprovechen activamente estas oportunidades de formación a su disposición y que se mantengan aptos para el mercado de trabajo en todas las etapas de su vida laboral. Destaca la necesidad de mejorar la integración de los trabajadores de edad avanzada en el mercado laboral, y aboga por enfoques de innovación social a fin de posibilitar una vida laboral más larga, en particular en las profesiones más difíciles, adaptando los lugares de trabajo, creando las condiciones de trabajo adecuadas y ofreciendo una organización flexible del trabajo mediante ajustes en las horas trabajadas y en el tipo de trabajo efectuado.

Celebra el llamamiento del Libro Blanco a constituir tanto pensiones complementarias profesionales, de capitalización, accesibles a todos los trabajadores afectados como, si es posible, sistemas individuales; pero destaca, no obstante, que la Comisión debería recomendar la constitución de planes de ahorro colectivos, basados en la solidaridad, para pensiones de jubilación profesionales, preferentemente como resultado de convenios colectivos y establecidos en el ámbito nacional, sectorial o empresarial, ya que estos sistemas permiten la solidaridad dentro de cada generación y entre distintas generaciones, lo que no ocurre con los sistemas individuales. Por ello hace hincapié en la urgente necesidad de fomentar los esfuerzos para constituir, en la medida de lo posible, regímenes complementarios de pensiones profesionales. Destaca los bajos costes de funcionamiento de los regímenes colectivos (sectoriales) de pensiones laborales (preferiblemente sin ánimo de lucro) en comparación con los planes de ahorro individuales de jubilación, haciendo hincapié en la importancia de que los costes de funcionamiento sean bajos, pues incluso las reducciones de costes limitadas pueden proporcionar pensiones sensiblemente superiores.

El Parlamento Europeo reconoce la significativa heterogeneidad de los regímenes de pensiones en la UE, pero hace hincapié en la importancia de que los trabajadores puedan cambiar de empleo dentro o fuera de su Estado miembro, por lo que destaca la necesidad de garantizar la adquisición y la conservación de derechos de jubilación a los trabajadores móviles. En consecuencia, apoya el enfoque defendido por la Comisión consistente en

centrarse en salvaguardar la adquisición y la conservación de los derechos de pensión, y pide a los Estados miembros que garanticen que los derechos de pensión latentes de los trabajadores móviles sean tratados con arreglo a los de los miembros activos del régimen o los de los jubilados. Considera que la movilidad en el mercado laboral está obstaculizada por los largos periodos de garantía o por restricciones de edad no razonables, y pide a los Estados miembros que los rebajen, subrayando que cualquier medida destinada a promover la movilidad debe equilibrarse con una prestación rentable de regímenes complementarios de pensiones y debe tener en cuenta la naturaleza de los regímenes de pensiones nacionales.

También hace hincapié en que el objetivo de la revisión de la Directiva relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones profesionales (la Directiva FPE) debe ser mantener unas pensiones de jubilación adecuadas, sostenibles y seguras en toda Europa mediante la creación de un entorno que estimule un progreso adicional del mercado interior y nacional en este ámbito, mediante la disposición de una protección mejorada de los pensionistas actuales y futuros, y mediante la adaptación flexible a la considerable diversidad transfronteriza e intersectorial de los regímenes existentes. Considera que garantizar que los sistemas de la UE del segundo pilar cumplan una sólida reglamentación prudencial es fundamental para conseguir un elevado nivel de protección para los miembros y beneficiarios, así como para respetar el mandato del G-20 según el cual todas las instituciones financieras han de atenerse a unas normas y a una supervisión adecuadas.

Destaca, asimismo, la necesidad de protección de las pensiones de jubilación de los trabajadores en caso de insolvencia, de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE, y de incentivar Planes de ahorro complementarios del tercer pilar para la jubilación, que, en determinados casos, podrían resultar necesarios para poder percibir una pensión adecuada. En este sentido, insta a la Comisión a que examine la vulnerabilidad frente a las crisis de los sistemas del tercer pilar y a que presente recomendaciones con vistas a reducir el riesgo y que se eliminen los obstáculos transfronterizos, fiscales o contractuales, a las inversiones en pensiones.

Subraya especialmente el desafío de género en lo que respecta a las pensiones, considerando alarmante el número creciente de personas de edad avanzada, especialmente mujeres, que viven por debajo del umbral de pobreza. Por ello destaca que los sistemas de pensiones públicos del primer pilar deben garantizar por lo menos un nivel de vida digno para todas las personas, haciendo hincapié en que la igualdad de género en el mercado laboral es fundamental para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya que tasas de ocupación más elevadas mejoran el crecimiento económico y permiten que se abonen más cotizaciones a las pensiones. Mantiene que la equiparación de la edad de jubilación para hombres y mujeres debe acompañarse de políticas eficaces con el objeto de garantizar la misma remuneración por el mismo trabajo, una buena conciliación de la vida laboral y la asistencia a personas dependientes y subraya la necesidad de valorar la introducción de créditos de pensión por cuidados, como reconocimiento del trabajo relacionado con la asistencia a personas dependientes, que a menudo es no remunerado.

11. -*ACOSO*.- ACUERDO DE 28 DE ENERO DE 2016, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE PUBLICA EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL, AL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO, AL ACOSO DISCRIMINATORIO, Y FRENTE A TODAS LAS FORMAS DE ACOSO Y VIOLENCIA EN LA CARRERA JUDICIAL (BOE 17-2-16)

La trascendencia de los derechos constitucionales afectados por el acoso sexual, el acoso por razón de sexo, el acoso discriminatorio y el acoso y violencia en el trabajo, y el cumplimiento de las normas comunitarias y nacionales en la materia, unido a las peculiaridades específicas que, frente a otras relaciones de servicio público, presenta la Carrera Judicial, aconsejan la aprobación de un Protocolo de actuación que acomode a sus peculiaridades específicas los Protocolos de actuación frente al acoso moral y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado, a la vez que profundice en sus objetivos preventivos y erradicadores de tales ilegítimas conductas. A su vez, el Plan de Igualdad de la Carrera Judicial, aprobado el 14 de febrero de 2013 por el Pleno del CGPJ, se refiere, dentro del Eje Estratégico «Seguridad y Salud en el Trabajo», a la necesidad de «desarrollar un protocolo de actuación del CGPJ en el supuesto de acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso moral» (Punto 6.1), así como «favorecer la recuperación del proyecto profesional de jueces/zas y magistrados/as sometidos a violencia en el trabajo o en su relación de pareja», o, lo que es igual, «favorecer la integración profesional del magistrado/a víctima de acoso sexual, por razón de sexo o moral en su relación de servicio» (Punto 6.2). En desarrollo de todo ello se aprueba este Protocolo de Actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio y al acoso y violencia en la Carrera Judicial.

Dicho Protocolo establece medidas para evitar las situaciones de acoso y violencia en la Carrera Judicial (prevención primaria), los procedimientos en caso de presentarse una queja o una denuncia (prevención secundaria) y medidas para facilitar la recuperación de la víctima (prevención terciaria).

12. -*CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*.- RESOLUCIÓN DE 14 DE ENERO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE APRUEBAN EL PLIEGO GENERAL PARA LA CONTRATACIÓN Y LAS INSTRUCCIONES GENERALES DE APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 26-1-16)

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre) obliga a todas las entidades que forman parte del sector público a realizar una labor de incorporación de sus exigencias a los procedimientos de contratación pública. Por tanto, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en tanto quedan integradas en el sector público, quedan sometidas a lo dispuesto en la Ley de Contratos de Sector Público. Asimismo, el art. 94.2 TRLGSS, que regula el régimen de contratación de las Mutuas, establece que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social aprobará los pliegos generales que regirán la contratación, así como las instrucciones de aplicación a los procedimientos que tengan por objeto contratos no sujetos a regulación armonizada, previo informe del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

En cumplimiento de lo establecido en el art. 94.2 TRLGSS, a través de esta Resolución se aprueba el pliego general que regirá la contratación por parte de las mutuas –que se adjunta como anexo I–, con la finalidad de establecer determinadas disposiciones a incluir en las cláusulas que rijan algunos aspectos de la contratación que se considera necesario que tengan un tratamiento uniforme en todas las mutuas colaboradoras, sin perjuicio de las normas específicas de regulación de los procedimientos de contratación que cada mutua debe aprobar. Igualmente, se aprueban las correspondientes instrucciones generales de aplicación en relación con los procedimientos de contratación de las mutuas –que se adjuntan como anexo II–.

13. -*ENCOMIENDA DE GESTIÓN*.- RESOLUCIÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ENCOMIENDA AL INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, DURANTE EL AÑO 2016, LA GESTIÓN DEL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DENOMINADO "PREVENCIÓN10.ES" (BOE 15-2-16)

En el marco de la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social, se desarrolló y puso en marcha el servicio de titularidad de la Seguridad Social denominado "Prevención10.es". Posteriormente, en 2014, comenzaron los trabajos de adaptación de la plataforma "Prevención25.es" para que, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, pudiera ser utilizada por los nuevos potenciales usuarios de la misma, quedando posteriormente esta utilidad integrada en el Servicio "Prevención10.es".

El servicio que se dispensa a través de esta herramienta tiene como objetivos fundamentales: reducir las cargas administrativas respecto de las obligaciones de información que impone la LPRL; ayudar a las pequeñas empresas y trabajadores autónomos al mejor cumplimiento de sus obligaciones preventivas, reduciendo sus costes y simplificando su forma de cumplimiento; facilitar a las empresas que lo requieran la asunción de la actividad preventiva en los casos permitidos por la ley o, en su caso, la presencia de trabajadores designados.

El objeto de esta Resolución es encomendar al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo la prestación de asistencia a las empresas de hasta 25 trabajadores que cumplen las condiciones para que el empresario pueda asumir personalmente la actividad preventiva, por medio de internet principalmente, para que puedan realizar el plan de prevención, la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva. El servicio también comprende la asistencia a los trabajadores autónomos para facilitarles instrumentos y asesoramiento para mejorar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales.

14. -*COTIZACIÓN*.- ORDEN ESS/70/2016, 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, CONTENIDAS EN LA LEY 48/2015, DE 29 DE OCTUBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2016 (BOE 30-1-16)

Se reproducen las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social reflejados en la LPGE para 2016 y, en desarrollo de las facultades atribuidas por el art. 148 TRLGSS, se adaptan las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales será de aplicación la tarifa de primas establecida en la Disp. Adic. 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de PGE para el año 2007, en la redacción dada por la Disp. Final 8ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre. A su vez, se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización en supuestos específicos, como son los de convenio especial, colaboración en la gestión de la Seguridad Social o exclusión de alguna contingencia. También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, así como los valores límite de los índices de siniestralidad general y de siniestralidad extrema, correspondientes al ejercicio 2015, y el volumen de cotización por contingencias profesionales a alcanzar durante el período de observación, para el cálculo del incentivo previsto en el RD 404/2010, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

15. -*COTIZACIÓN*.- ORDEN ESS/71/2016, DE 29 DE ENERO, POR LA QUE SE ESTABLECEN PARA EL AÑO 2016 LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAR INCLUIDOS EN LOS GRUPOS SEGUNDO Y TERCERO (BOE 30-1-16)

A través de esta Orden se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2015, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

16. -*PREPARA*.- RESOLUCIÓN DE 9 DE FEBRERO DE 2016, DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, POR LA QUE SE PRORROGA LA VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE 1 DE AGOSTO DE 2013, MODIFICADA POR LA DE 30 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE DETERMINA LA FORMA Y PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES Y DE TRAMITACIÓN DE LAS AYUDAS ECONÓMICAS DE ACOMPAÑAMIENTO INCLUIDAS EN EL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LAS PERSONAS QUE AGOTEN SU PROTECCIÓN POR DESEMPLEO PRORROGADO POR EL REAL DECRETO-LEY 1/2013, DE 25 DE ENERO (BOE 15-2-16)

El RD-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, en su Disp. Adic. 2ª, establece la prórroga automática de la vigencia de dicho programa, por periodos sucesivos de seis meses, siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20 por ciento según la última Encuesta de Población Activa publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga.

La tasa de desempleo publicada en la EPA del cuarto cuatrimestre de 2015 ha sido del 20,90 por ciento, es decir superior al 20 por ciento, por ello, en aplicación del citado RD-ley, queda prorrogada por seis meses más la vigencia del mencionado programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo por un periodo de seis meses. Esta Resolución recoge, además, el nuevo modelo de solicitud de la ayuda económica.

17. -*RECAUDACIÓN*.- RESOLUCIÓN DE 10 DE FEBRERO DE 2016, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 16 DE JULIO DE 2004, SOBRE DETERMINACIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA DE GESTIÓN RECAUDATORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 25-2-16)

El apartado 4 del artículo 87 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (aprobado por el RD 1415/2004, de 11 de junio), modificado por RD 708/2015, de 24 de julio, habilita a la TGSS para que determine, conforme a la distribución de competencias que tenga establecida, los órganos administrativos que procederán a la inmediata restitución del sobrante al apremiado o, en su caso, a quien conste como titular del bien o derecho en cuya ejecución se haya producido, salvo que medie embargo u orden de retención, cuando como consecuencia de las actuaciones de ejecución forzosa se produjese un exceso de cobro respecto del importe de la deuda apremiada.

Por ello, mediante esta Resolución se modifica la Resolución de 16 de julio de 2004, de la TGSS, procediendo a dar nueva redacción a la instrucción séptima sobre órganos administrativos competentes para la restitución del sobrante cuando como consecuencia de las actuaciones de ejecución forzosa se produjese un exceso de cobro respecto del importe de la deuda apremiada. Además se procede a una nueva numeración de las instrucciones séptima a decimotercera para adecuar la citada modificación.

La modificación propuesta resuelve expresamente la competencia en materia de reintegro de sobrantes, resolviendo así las posibles dudas interpretativas que pudiera haber al respecto. Según la Exposición de Motivos, la determinación de dicha atribución en aquellos órganos relacionados en la instrucción quinta de la Resolución de 16 de julio de 2004, que también realizan otras actuaciones administrativas como la devolución de ingresos indebidos o el reembolso del coste de las garantías, contribuye a simplificar la gestión dotándola de mayor uniformidad, tratando de conseguir una mejora de la eficacia en la resolución de procedimientos, que afecta también en materia de resolución de recursos de alzada, puesto que la mayoría de los procedimientos que se incoan en esta materia, debido a la escala de cantidades que gradúan la determinación del órgano competente, se tramitan y resuelven en las propias direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social. Todo lo expuesto aconseja modificar ahora la repetida Resolución de 16 de julio de 2004, en el sentido y con los criterios señalados.

18. -*PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. GESTIÓN INFORMATIZADA*.- RESOLUCIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2016, DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE REGULA LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA AUTOMATIZADA DE DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE DETERMINADAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (BOE 1 MARZO 2016)

Esta Resolución tiene por objeto regular, de acuerdo con lo previsto en el art. 130 TRLGSS, la tramitación electrónica automatizada de los procedimientos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social que se relacionan, cuya gestión corresponda al INSS:

- solicitudes de prestaciones por maternidad y por paternidad
- solicitudes de prestaciones de jubilación
- solicitudes de prestaciones por muerte y supervivencia
- el reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria a efectos de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud
- otros procedimientos que puedan dar lugar a la adopción de resoluciones de forma automatizada relacionados con cualquiera de dichas prestaciones, incluidas las de modificación, suspensión o extinción del derecho a las mismas

Esta tramitación electrónica automatizada sólo será posible cuando el procedimiento no exija la aportación física de documentos por parte del interesado.

En la Resolución se identifican las aplicaciones informáticas correspondientes (INCA, BADAS, ASIA…).

En el Anexo a esta Resolución se determinan específicamente las prestaciones del sistema de Seguridad Social que pueden ser tramitadas a través de este procedimiento electrónico automatizado y los requisitos que deben cumplirse, así como los supuestos

concretos en los que la tramitación electrónica automatizada de dichas prestaciones se excluye.

19. -*CONTROL ECONÓMICO Y FINANCIERO*.- RESOLUCIÓN DE 25 DE FEBRERO DE 2016, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS NORMAS PARA ADAPTAR EL CONTROL INTERNO A LAS ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 3-3-2016)

En relación con la tramitación electrónica automatizada de las prestaciones por maternidad y paternidad del sistema de la Seguridad Social (regulada por Resolución de 23 de febrero de 2016), a la que antes se ha hecho referencia, y en cumplimiento de lo previsto en el art. 142.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (que autoriza a la Intervención General de la Administración del Estado –IGAE– a aprobar las normas necesarias para adaptar los distintos controles previstos en el Título VI de la citada Ley a las especialidades derivadas de este tipo de actuaciones), a través de esta Resolución se aprueban las normas para adaptar el control interno a las especialidades derivadas de dicha actuación administrativa automatizada.

La Resolución establece que, en el ámbito del INSS, la fiscalización previa del reconocimiento del derecho de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad que se adopten de forma automatizada, se sustituye por el control financiero permanente. Inicialmente los expedientes del reconocimiento de derecho a que afecta esta resolución son los relacionados en el Anexo de la Resolución de 23 de febrero de 2016. El resto de las fases del procedimiento de gestión de estos expedientes, es decir, el reconocimiento de la obligación, la ordenación del pago y el pago material, seguirán sometidas a función interventora. Los expedientes, relativos a las prestaciones señaladas, no contemplados en el citado Anexo, quedan sujetos a función interventora en todas sus fases. Por otro lado, la incorporación de nuevos tipos de expedientes de maternidad y paternidad al procedimiento de actuación administrativa automatizada requerirá la comunicación previa a la IGSS a efectos de recabar de la IGAE la adopción de las normas de control necesarias y, en su caso, la realización de la auditoría previa que contempla el artículo 142.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

20. -*EMPLEO. MEDIDAS URGENTES*.- LEY 2/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO (BOE 2 FEBRERO 2016).

A través de esta Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía se pretende consolidar los Programas puestos en marcha ya en el ejercicio 2014. Asimismo, se busca incidir en la creación de empleo en esta Comunidad Autónoma fomentando la contratación de personas mayores de 45 años y facilitando el retorno de las personas andaluzas que, desarrollando su actividad laboral en el extranjero, deseen incorporarse al mercado laboral andaluz.

Por otra parte, se pretende seguir impulsando la creación de empleo autónomo en una doble dirección: fomentando la creación de nuevos empleos autónomos y mediante el mantenimiento y la consolidación del mismo.

Las medidas que establece esta Ley se concretan en 8 líneas de ayudas reguladas en la misma; además la Ley regula también el procedimiento de concesión de las distintas ayudas:

-Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria Emple@Joven y Emple@30+

-Becas para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas

-Ayudas para la contratación de personas titulares del Bono de Empleo Joven

-Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadoras de empleo

-Incentivos a la contratación indefinida de personas jóvenes.

Respecto a los Programas Emple@Joven y Emple@30+, se adaptan a la modificación introducida por el Gobierno mediante la Disp. Final Duodécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de 2ª oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, a través de la cual se amplía la franja de edad hasta 29 años.

El Programa Emple@Joven se destina a personas comprendidas entre 18 y 29 años y el Programa Emple@30+ se destina a personas comprendidas entre 18 y 29 años. Otra modificación introducida es la posibilidad de realizar sustituciones de las personas contratadas que cesen en sus puestos de trabajo por causas no imputables a las entidades beneficiarias, siempre con el debido respeto a los principios de igualdad y de confianza legítima en la actuación administrativa.

Respecto de las Becas para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas, se establece que las mismas se llevarán a cabo con la colaboración de la Universidad Internacional de Andalucía.

El Programa para el Retorno del Talento se concreta en dos líneas de ayuda: una destinada a las entidades empleadoras que contraten a personas andaluzas retornadas; y otra destinada a las propias personas contratadas para facilitarles el traslado de residencia.

El Programa de Fomento y Promoción del Trabajo Autónomo contempla también dos líneas de ayudas: una dirigida a la creación de nuevos empleos autónomos; y otra que se dirige a la promoción de programas integrados de asesoramiento y tutorización de los autónomos existentes.

Laborum

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Crónica de Doctrina Judicial

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

STJUE de 21 de Enero de 2016, Asunto C-453/14. Caso Caso Vorarlberger Gebietskrankenkasse y Alfred Knauer contra Landeshauptmann von Vorarlberg (JUR 2016\16681)

Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) nº 883/2004 – Artículo 5 – Concepto de " q v " – Asimilación de las prestaciones de vejez de dos Estados miembros del Espacio Económico Europeo – Normativa nacional que para el cálculo del importe de las cotizaciones sociales tiene en cuenta las prestaciones de vejez percibidas en otros Estados miembros.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que, en unas circunstancias como las que se examinan en el litigio principal, las prestaciones de vejez abonadas por un régimen profesional de pensiones de un Estado miembro y las abonadas por un régimen legal de pensiones de otro Estado miembro, estando ambos regímenes comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, constituyen prestaciones equivalentes a efectos de esa disposición, dado que ambos tipos de prestaciones persiguen un mismo objetivo, el de permitir que sus beneficiarios mantengan un nivel de vida acorde con el nivel de que disfrutaban antes de su jubilación.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STS de 15 de diciembre de 2015, Rec.288/2015 (RJ 2016\165)

Responsabilidad Mutuas declarada por el INSS respecto de prestaciones por enfermedad profesional. La ausencia de reclamación previa en plazo obsta para reiniciar el procedimiento. Acto firme y consentido. Diferencias con reclamaciones del beneficiario.

La sentencia comentada reitera doctrina de la Sala sobre que cuando tras haberse declarado la responsabilidad de la Mutua en el abono de prestaciones y tras ingresar el

capital coste sin impugnar la resolución del INSS en el plazo previsto en el art. 71.2 LRJS, la Mutua no puede reclamar en vía judicial frente a la imputación de responsabilidad, incluso cuando no haya prescrito el derecho. Argumenta la Sala IV que si bien el defectuoso agotamiento de la reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social por inobservancia del plazo de 30 días del art. 71.2 LRJS, no afecta al derecho material sino que implica caducidad en la instancia, pudiendo ejercitarse de nuevo la acción de conformidad con el art. 71.4 LRJS si no estuviese afectado el derecho por prescripción o caducidad, el art. 71.4 es una excepción al régimen administrativo común en materia de prestaciones de Seguridad Social, excepción referida al reconocimiento de prestaciones que tiene como destinatario al beneficiario y no a las entidades colaboradoras, de ahí que una Mutua patronal no pueda, después de dictada una resolución que deviene firme, pretender que se deje sin efecto no la prestación sino su responsabilidad. Añade la Sala que de la DA 6ª LRJAP/PAC, no se deduce que la excepción se extienda a quien no ostenta la condición de beneficiario, sin que la no consideración de la Mutua como beneficiario suponga ninguna discriminación.

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

STS de 28 de diciembre de 2015, Rec.1035/2014 (RJ 2016\186)

Recurso de casación. Alta de oficio en la Seguridad Social. Incongruencia de la sentencia al no resolver sobre los dos actos administrativos impugnados. Ha lugar al recurso de casación y desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Aclara el Alto tribunal (Fundamento de Derecho, 2º,3º y 4º):

"El recurso de casación se construye sobre dos motivos de casación, ambos invocados por el cauce procesal que establece el artículo 88.1.c) de nuestra Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741). Se denuncia, en ambos, la lesión de los artículos 218 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y 33.1 y 67 de la LJCA (RCL 1998, 1741), además de sendas referencias al artículo 24.1 de la CE (RCL 1978, 2836) y, además, en el segundo motivo se cita el artículo 120 de la CE.

El primero reprocha a la sentencia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia omisiva, al no haber abordado un motivo de impugnación suscitado en el proceso. Y el segundo, denuncia también la misma lesión a las normas reguladoras de la sentencia, incongruencia, pero por apreciarse un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes procesales.

Por su parte, la recurrida, Tesorería General de la Seguridad Social, aduce que la sentencia no incurre en las infracciones que se denuncian porque efectivamente no se ha proporcionado una prueba en contrario a la presunción aplicada.

TERCERO

- La crítica a la sentencia, que expresa la recurrente en los dos motivos invocados, debe prosperar, por las razones que seguidamente expresamos.

En el recurso contencioso administrativo se impugnaban dos resoluciones de la misma fecha, de 30 de abril de 2013, una relativa a Dña. Maribel (respecto del alta con fecha real y efectos de 17 de octubre de 2012) y otra relativa a D. Juan Carlos (con fecha de alta de 1 de agosto de 2010 y efectos de 17 de octubre de 2012), esposo de la anterior. Sin embargo la sentencia únicamente resuelve el recurso respecto de la primera resolución, relativa a Dña. Maribel. Así es, en el primer fundamento se hace alusión a dicha resolución que afectaba a Dña. Maribel y en el fallo igualmente se refiere únicamente a ese acto administrativo.

Un breve repaso a lo acaecido en el recurso contencioso administrativo pone de manifiesto que en el escrito de interposición, y los documentos acompañados al mismo, se identificaban las dos resoluciones impugnadas. En el escrito de demanda, hecho primero, también se hacía referencia a ambas resoluciones y a ambos trabajadores, por lo que en el suplico se pedía la nulidad de las dos resoluciones impugnadas. Y, sin embargo, en la sentencia se desconoce lo sucedido con la impugnación relativa a D. Juan Carlos, en los términos que luego veremos.

CUARTO

La diferencia, entre ambas resoluciones impugnadas en la instancia, aparece en la contestación a la demanda (planteada como cuestión previa), pues se alegaba, por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, la litispendencia, respecto de D. Juan Carlos, de ese recurso en relación con otro seguido ante la jurisdicción social sobre su encuadramiento o no en el Régimen General de la Seguridad Social, o en el Régimen Especial de Autónomos, según el primer hecho de la contestación.

Pues bien, esta excepción procesal no aparece adecuadamente resuelta en la sentencia, toda vez que en el primer fundamento se identifica sólo una resolución como impugnada y a ella hace únicamente referencia el fallo. El contenido del fundamento segundo, donde parece referirse a la litispendencia, desestima dicha objeción procesal, sin aludir a las dos resoluciones, lo que parece dar a entender que desestima esa objeción respecto de Dña. Maribel, y además no resuelve en los términos previstos en la contestación a la demanda, donde se planteaba la cuestión del encuadramiento en el régimen general o especial de autónomos, y la sentencia alude a un procedimiento sancionador.

En consecuencia, procede estimar el motivo primero porque, efectivamente, la sentencia no tiene en cuenta que se impugnaron dos actos administrativos distintos, y resuelve sólo la impugnación respecto de uno de ellos, el relativo a Dña. Maribel. Por ello la sentencia es incongruente y debe ser casada y anulada respecto de tal omisión.

Pues bien, situados en la posición que nos coloca el artículo 95.1.c) y d) de nuestra Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741) , debemos resolver, respecto de la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Dirección Provincial de Córdoba de la Tesorería General de la Seguridad Social, relativa a D. Juan Carlos , que la misma es conforme a Derecho en atención a las mismas razones que dieron lugar a la resolución de la misma fecha, respecto de su esposa, pues lo que ahora se debate son los efectos de la fecha de alta y, respecto de los mismos, ha de estarse a la presunción de veracidad, "iuris tantum", de las actas de la inspección que no han sido desvirtuadas mediante prueba en contrario por la parte recurrente, pues ni siquiera se pidió prueba en el escrito de demanda. Repárese en el contenido que expresa la visita de la

inspección, el día 17 de octubre de 2012, respecto de D. Juan Carlos que consta en los documentos finales del denominado documento nº 8, aportado con el escrito de demanda. Sin que, por lo demás, pueda ser estimada la litispendencia, pues no concurren las identidades propias de esta excepción procesal, al tratarse de dos cuestiones jurídicas diferentes relativas al alta, y al régimen general o especial del encuadramiento.

Por cuanto antecede, debemos estimar el motivo primero, declarar haber lugar a la casación y desestimar el recurso contencioso administrativo".

5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

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

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STS de 23 de julio de 2015, Rec. 2034/2014 (RJ 2015\4769)

RETA. Invalidez permanente total. Fecha de efectos económicos de la prestación, cuando el beneficiario se encuentra en alta en el RETA y la invalidez se reconoce por primera vez en sentencia. Se cuestiona cuál sea la fecha de efectos de la prestación (partiendo el INSS de que el alta en el RETA comporta el ejercicio de trabajo efectivo, no acreditado), y la compatibilidad del percibo de la prestación con el alta en el RETA. La fecha de efectos de la prestación se fija en la fecha del reconocimiento del EVI al no haber acreditado el INSS la prestación de trabajos incompatibles durante el periodo reclamado posterior.

STS de 26 de julio de 2015, Rec. 3261/2014 (RJ 2015\3963)

RCUD. Incapacidad Permanente. Vigilante de seguridad. Imposibilidad de reconocimiento, en dos ocasiones, a un mismo beneficiario y por una misma profesión, de la prestación de Incapacidad Permanente Parcial. Reitera doctrina.

En la sentencia anotada, el trabajador, vigilante de seguridad, tenía reconocida una IPT desde el año 2010. Tras diversas vicisitudes, se inició un expediente de revisión que culminó, en el año 2012, declarando a dicho trabajador no afecto de grado alguno de IP, contra la que interpuso la demanda origen de las actuaciones. Cuando al actor se le reconoce la IPP, es para su trabajo habitual y cuando se inicia la tramitación de este procedimiento se mantiene la misma profesión y las lesiones descritas responden a patologías similares durante la tramitación de los dos procesos, circunstancias que justifican la aplicación de la jurisprudencia en orden a la imposibilidad del reconocimiento de dos incapacidades permanentes respecto de una misma profesión. La Sala IV reitera que no cabe el reconocimiento de una segunda IPP para la misma profesión habitual existiendo una incapacidad de tal clase reconocida con anterioridad. No resulta posible que un mismo grado de incapacidad pueda ser reconocido más de una vez respecto de una misma profesión, pues, aun cuando no se trate de las mismas lesiones, sino de otras secuelas susceptibles de apreciación conjunta con las anteriores, si no se conducen a un grado superior de incapacidad nos encontraríamos ante un grado ya anteriormente reconocido y que carecería de todo sentido volver a reconocer.

STS de 28 de julio de 2015, Rec. 2212/2014 (RJ 2015\4172)

Mejora voluntaria de Seguridad Social. Indemnización por incapacidad prevista en la norma convencional. Responsabilidad de abono de la mejora: corresponde a la empresa que no abonó la póliza en plazo y no a la aseguradora. RCUD: falta de contradicción

El trabajador sufrió un accidente in itinere a resultas del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total, previéndose en el convenio colectivo una indemnización de 25.000 euros para el supuesto de declaración en situación de incapacidad, sin que la empresa tomadora del seguro abonara la prima correspondiente. En suplicación se revoca la sentencia de instancia para condenar a la empresa al abono al actor de la cantidad prevista en la norma convencional con absolución de la aseguradora. El trabajador recurrió dicha sentencia por entender que debería aplicarse el plazo de gracia de un mes del art. 15 de la Ley de Contrato de Seguros, para condenar a la aseguradora, entendiendo que ella también era responsable del abono de la mejora voluntaria. La Sala IV aprecia inexistencia de contradicción con la sentencia invocada de contraste, por cuanto en la sentencia recurrida el accidente ocurre dentro del mes siguiente al vencimiento de la duración anual establecida en la póliza, mientras que en la sentencia de contraste el accidente se produjo en el plazo de seis meses.

STS de 22 de octubre de 2015, Rec. 1529/2014 (RJ 2015\5178)

Gran Invalidez por revisión de Incapacidad Permanente Absoluta sin agravación. Ceguera Total. Se desestima: Inexistencia de contradicción porque la sentencia recurrida desestima, entre otras razones, por no existencia de agravamiento de las enfermedades padecidas cuando se declaró la IPA. Ninguna de las dos sentencias de contraste aborda tal cuestión pues se refieren a solicitudes de declaración inicial. Además, en cuanto al segundo motivo no hay identidad respecto de las dolencias comparadas.

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

STS de 21 de julio de 2015, Rec. 189/2014 (RJ 2015\4689)

Prestación de riesgo durante la lactancia, se reconoce. RCUD: defecto en la interposición del recurso. Falta de cita y fundamentación de la infracción legal.

En suplicación se confirma la sentencia de instancia que reconoció el derecho de la actora, de profesión técnico de transporte sanitario auxiliar, a la prestación de riesgo durante la lactancia, por entender que el trabajo nocturno es un riesgo en sí mismo para la lactancia. La Sala IV desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua, por entender que falta cita y fundamentación de la infracción legal, sin que sirva la mera comparación entre sentencias.

6.3. Jubilación

STS de 14 de julio de 2015, Rec. 1405/2014 (RJ 2015\4687)

Jubilación. Garantía de mínimos. Alcance del límite de la cuantía. Falta de contradicción.

En el caso, el trabajador era perceptor de una pensión de jubilación junto al complemento de garantía por mínimos, superando sus ingresos en el ejercicio 2009 el límite autorizado para la garantía, en cuyo concepto percibió 3.038,42 euros del 1-1-2009 al 31-12-2009. Incoado procedimiento de revisión de oficio, por resolución de 10-5-2012 se acordó requerir al actor la devolución de 3.038,42 euros garantía de mínimos percibida durante el período comprendido del 1-1-2009 a 31-12-2009. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda impugnando la resolución administrativa y su sentencia fue confirmada en Suplicación. Pero, el TS no entra en el fondo del recurso, por adolecer de falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción. Por otro lado, aprecia falta de contradicción a propósito del límite máximo en las pensiones de jubilación –apreciando además falta de contenido casacional respecto de las facultades de la entidad gestora para la declaración de percepción indebida y reintegro de cantidades–.

STS de 16 de diciembre de 2015, Rec. 2193/2014 (RJ 2016\133)

Jubilación forzosa de funcionario público. Obtención por silencio. Necesidad de motivación.

STS de 21 de enero de 2016, Rec. 3368/2014 (JUR 2016\21650)

Denegación de la continuación en el servicio activo y declaración de jubilación forzosa por cumplimiento de la edad establecida Procedencia de su suspensión al amparo de la doctrina del "fumus boni iuris".

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

STS de 1 de julio de 2015, Rec. 1876/2013

Pensión de orfandad. Incremento equivalente a la pensión de viudedad no reconocida a la madre del huérfano. Reitera doctrina.

La cuestión suscitada es si un huérfano, perceptor de pensión de orfandad –del 20% de la base reguladora– por fallecimiento de su padre, tiene derecho al incremento de dicha pensión en cuantía equivalente a la pensión de viudedad –el 52% de la base reguladora– en el caso de que su madre, que vive aún, no sea perceptora de pensión de viudedad, no sólo porque ni siquiera conste que la haya solicitado, sino, además, porque el convenio regulador aprobado por la sentencia civil que acordó su divorcio con el padre del huérfano, no se estableció pensión compensatoria. El TS estima el recurso y deniega la pretensión. Para acrecer con la pensión de viudedad la prestación de orfandad esta debe ser absoluta, en los términos del art. 38 RD 3158/1996, caracterizada por la ausencia de ambos progenitores salvo excepcionalmente (orfandad absoluta asimilada o impropia), en supuestos de progenitor sobreviviente desconocido o maltratador, que no es el caso. La sentencia puntualiza una Sentencia de 28/06/2013 y ratifica doctrina del Pleno, porque en aquél caso había una situación de necesidad familiar, sin que pueda calificarse como tal la sola ausencia de pensión de viudedad que se produce en el supuesto contemplado. La sentencia añade que la exigencia de orfandad absoluta (fallecimiento de ambos progenitores) (salvo en los supuestos expresamente asimilados) para incrementar la pensión de orfandad está justificada por la situación de necesidad que contempla la norma.

STS de 23 de julio de 2015, Rec. 1178/2014 (RJ 2015\4169)

SEGURIDAD SOCIAL: Prestaciones: intereses de capitalización respecto del capital-coste a percibir en concepto de recargo de prestaciones tras condena a mercantil por falta de medidas de seguridad en el trabajo: no surgen de un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital-coste en su actualización al momento del hecho causante: efectos: fecha de inicio del cómputo para su pago: desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador, no desde que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda.

RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA (LJCA/1998): Doctrina general: exigencia de contradicción entre sentencias con identidad subjetiva, objetiva, causal: examen: existe contradicción ontológica.

Expone el Alto Tribunal (Fundamento de Derecho Tercero):

"Los términos en los que se plantea el presente recurso inmediatamente nos recuerdan los recursos anteriores sustanciados y resueltos por esta misma Sala y Sección. Nos referimos a nuestras Sentencias de 9 de enero de 2015 (RJ 2015, 436) (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3483/2013), y de 14 de abril de 2015 (RJ 2015, 1527) (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3735 / 2013), interpuestos por la misma recurrente, y alegándose de contraste la misma Sentencia que ahora se aduce. Es la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2009 (JUR 2010, 283105), dictada en el recurso contencioso administrativo nº 1007/2007.

De modo que debemos reiterar ahora lo que entonces declaramos, por elementales razones de seguridad jurídica [artículo 9.3 de la CE (RCL 1978, 2836)] e igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la CE), además de la coherencia de nuestra jurisprudencia.

En la citada Sentencia de 14 de abril pasado declaramos que <<Ambas sentencias se refieren a idénticos supuestos de hecho: el enjuiciamiento de la legalidad de sendas decisiones de la Tesorería General de la Seguridad Social por las que se reclamaba a una determinada empresa el pago de una deuda en concepto de capital coste de recargo sobre una prestación causada por un trabajador, una vez declarada la responsabilidad del empleador por el hecho causante (enfermedad profesional o fallecimiento) y como consecuencia de la infracción de las normas reguladoras de la seguridad e higiene en el trabajo.

La circunstancia de que la sentencia impugnada se refiera al recargo por la prestación derivada de enfermedad profesional del empleado y que la aportada como de contraste aborde la cuestión de ese mismo recargo respecto de una pensión de viudedad causada por el fallecimiento del trabajador no afecta a la concurrencia de aquella identidad fáctica, pues lo verdaderamente relevante no es la clase de prestación (viudedad o incapacidad), sino la relación del hecho causante con el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene y la determinación de cómo han de calcularse los intereses de capitalización del capital-coste de recargo sobre aquella prestación, resultando indiferente, por ello, la naturaleza de la misma.

Tanto en la sentencia impugnada como en la aportada como de contraste, la Administración había calculado los intereses de capitalización del capital-coste de

recargo desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador y frente a dicha tesis sostenían ambos demandantes que dicho cómputo debía iniciarse en la fecha en que se notifica por la Tesorería de la Seguridad Social la reclamación de la deuda.

Las dos resoluciones de la Sala de Madrid que nos ocupan llegan, sin embargo, a soluciones ontológicamente contradictorias. En la impugnada, como se ha dicho, se considera que, conforme a la normativa que resulta de aplicación (constituida, fundamentalmente, por el artículo 70 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social), los intereses de capitalización deben aplicarse "desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador". En la aportada como de contraste, por el contrario, se sostiene, con base en idéntica normativa reguladora, que dichos intereses se devengan "desde que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda".

(...) Si, como se ha razonado, la sentencia impugnada contradice la doctrina sentada por la de contraste para litigantes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, lo procedente ahora es determinar cuál de las dos tesis es la correcta.

Desde esta perspectiva, la Sala entiende que la doctrina correcta es, precisamente, la que se contiene en la sentencia impugnada, que recoge, además, la tesis de la propia Sala de Madrid (Sección Tercera) expresada en la práctica totalidad de sus pronunciamientos, entre los más recientes los reflejados en las sentencias de 3 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 291296) (recurso núm. 304/2014), 24 de julio de 2014 (JUR 2014, 248738) (recurso núm. 1349/2012), 9 de julio de 2014 (JUR 2014, 249889) (recurso núm. 1348/2012) ó 24 de abril de 2014 (recurso núm. 589/2012), siendo así que el criterio acogido en la sentencia de contraste ha de reputarse absolutamente aislado.

Y es, además, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, expresada en las sentencias de 21 de julio de 2006 (RJ 2006, 8051) (recurso 2031/2005) y 11 de julio de 2007 (RJ 2007, 6497) (recurso núm. 2967/2006), a cuyo tenor:

"El recargo de preestaciones derivadas de accidente por infracción de las medidas de seguridad, aparte de sus características sancionadoras respecto del empresario incumplidor, tiene también, al menos respecto de los beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social (...), de modo que el recargo sigue el mismo régimen que las prestaciones. Siendo esto así, como las prestaciones deben satisfacerse desde la fecha del hecho causante, es evidente que los elementos a tomar en cuenta para los cálculos actuariales en ese momento (tablas de mortalidad) arrojarían un capital coste superior al fijado en el momento posterior de la liquidación e ingreso, con el consiguiente perjuicio de la Tesorería que habrá de abonar la prestación desde aquella fecha, a no ser que se corrija ese desfase temporal mediante los intereses de capitalización. No se habla por tanto de intereses moratorios por el retraso en el ingreso de una deuda líquida, sino de fijar el capital coste necesario para abonar las prestaciones, ya incrementadas por el recargo, desde el momento del hecho causante, ya que (...) «los intereses de capitalización constituyen un acto único». En definitiva, los intereses no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste por un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital coste en su actualización al momento del hecho causante, que es desde cuando debe pagarse la prestación incrementada por el recargo".

En definitiva, la conclusión obtenida por la sentencia recurrida es la que se ajusta a la adecuada interpretación de la normativa aplicable al caso, de la que se desprende efectivamente que los intereses de capitalización aquí discutidos no se generan por el retraso o demora en el pago (como se entiende en la sentencia de contraste), sino por mandato legal; no surgen, por tanto, de un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital-coste en su actualización al momento del hecho causante, por lo que deben cabalmente aplicarse "desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador", que es lo que se declara en la sentencia impugnada a través de este excepcional remedio impugnatorio, lo que obliga a su desestimación".

STS de 20 de julio de 2015, Rec. 3078/2014 (RJ 2015\4327)

Pensión de viudedad: Pareja de divorciados que siguen conviviendo tras la sentencia de divorcio como pareja de hecho –no volvieron a casarse entre sí–, sin que la convivencia en tal situación de pareja de hecho alcance la duración de cinco años.

La cuestión consiste en determinar si corresponde percibir pensión de viudedad al cónyuge del causante que si bien habían contraído matrimonio, posteriormente se divorcian, sin que en la correspondiente sentencia se estableciera pensión compensatoria. La demandante no obstante había convivido con el causante en los años previos a su fallecimiento, toda vez que habían reanudado la convivencia en la fecha en la que recayó la sentencia –4-06-2010–, convivencia que mantuvieron hasta que el esposo muere el 15-6-11. La Sala se centra en la interpretación que debe darse a la remisión contenida en el art. 174.1.3º segundo inciso LGSS y, concretamente, si ha de cumplirse con la exigencia establecida en ese inciso de que esa convivencia de hecho, que debe completar la matrimonial hasta los dos años, se produzca entre "quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona....", puesto que tal exigencia figura en el repetido inciso primero, que es el único al que, según la doctrina de esta Sala, se remite el apartado primero del art. 174. Y la respuesta que da es afirmativa, ya que si la remisión es al inciso primero se entiende que lo es a todo su texto; otra interpretación violentaría el propio entendimiento literal de la norma. Por lo tanto, tras el divorcio sólo se acredita una convivencia de un año y diez días, lejos de los cinco años que exige el precepto legal, sin que pueda sumarse la convivencia relativa al vínculo matrimonial.

STS de 20 de octubre de 2015, Rec. 3927/2014 (RJ 2016\79)

Prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional. Responsabilidad del pago: incumbe a la Mutua que no asumió inicialmente dejando firme la resolución administrativa. Reitera doctrina de Pleno y posteriores sentencias de la Sala.

6.5. Prestaciones familiares

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

6.6. Desempleo

STS de 1 de julio de 2015, Rec. 2547/2014 (RJ 2015\4110)

Falta de competencia funcional. Imposibilidad de recurso de suplicación. Se reclama una diferencia de 2 euros en la base reguladora de la prestación por desempleo reconocida. No existe cuantía ni afectación general.

Reclama el trabajador al que se le había reconocido una prestación por desempleo conforme a una base reguladora de 105,87 euros, que se le abone ésta conforme a una base reguladora de 107,66 euros, pretensión estimada en instancia cuya sentencia es revocada en suplicación. La Sala IV declara de oficio la falta de competencia funcional de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), por entender que no procedía recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que la cuantía de lo reclamado en cómputo anual no alcanza los 3.000 euros exigidos por el art. 191.2 g) LRJS, y además no existe afectación general por no cumplirse con los requisitos jurisprudencialmente exigidos: que la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios, lo que se pone de manifiesto por el alto nivel de litigiosidad alegada y probada en juicio o notoriedad evidente.

STS de 29 de julio de 2015, Rec. 2788/2014 (RJ 2015\4767)

Desempleo: Percepción de desempleo e inicio de trabajo incompatible sin comunicarlo. Extinción. Falta de acreditación de causa justificada para incumplir la obligación del perceptor de comunicar la prestación de servicios laborales. Reitera doctrina

En el caso, en el marco de una visita de la Inspección se detecta que el actor, que era perceptor de la prestación por desempleo, estaba trabajando, sin haber comunicado tal circunstancia al SPEE y sin estar dado de alta en la Seguridad Social. El SPEE decide extinguir la prestación por comisión de una falta muy grave ex art. 26.2 LISOS. Criterio que comparte la Sala de suplicación, que rechaza la pretensión de la parte de que se proceda a la suspensión de la prestación y no a la extinción, por ser encuadrable su comportamiento en el art 25.3 de la misma norma. El TS, con remisión al criterio sentado en su anterior sentencia de 13/5/15 (Rcud 2758/14) considera errado subsumir la conducta de autos en el art. 26.2; infracción muy grave, razonando que la misma tiene encaje en el tipo contenido en el art. 25.3 infracción grave. Ello porque se trata de la aplicación del derecho sancionador de carácter público, y los principios de tipicidad y legalidad aparecen como axiales, y la restricción de derechos ha de entenderse en sentido estricto. De lo contrario, el art. 26.2 acabaría atrayendo para sí las conductas omisivas del artículo 25.3, dejándolo sin aplicación práctica. Sentado lo anterior, la sentencia anotada confirma la dictada por el TSJ, si bien afirma que la fundamentación sobre la que aquélla pivota es errónea.

STS de 29 de julio de 2015, Rec. 2686/2014 (RJ 2015\4594)

Subsidio por desempleo. Falta de contradicción.

En la demanda rectora de las actuaciones reclama el actor el derecho a la percepción del subsidio por desempleo que le fue denegado por el SPEE por no acreditar que tuviera responsabilidades familiares. En la instancia se estimó la pretensión, pero la Sala de suplicación revoca tal pronunciamiento con base en que por sentencia firme anterior ya se había declarado que las responsabilidades familiares habían desaparecido, al cumplir 18 años la hija de la esposa del actor y no haberle sido renovado el permiso de residencia en España.

Recurre en casación unificadora el actor y la Sala IV concluye que no concurre el requisito de la contradicción entre sentencias, ya que en la referencial se contempla un supuesto en el que se acredita que el actor estaba casado y con siete hijos, uno de ellos mayor de edad, por lo que existen las responsabilidades familiares exigidas para el devengo del subsidio. Sin embargo, en la impugnada no se resuelve con aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada al existir sentencia anterior que declaró que a partir del 19/9/11 no se acreditan las responsabilidades familiares, dado que en esa fecha la hija menor de la esposa del actor cumplió 18 años. Son, por tanto, dispares las cuestiones debatidas y las razones de decidir de las sentencias comparadas.

STS de 30 de julio de 2015, Rec. 2782/2014 (RJ 2015\5011)

Renta activa de inserción. Exclusión del Programa al no haber acudido la interesada a la comparecencia señalada en la oficina del SPEE. Envió postal de la citación en dos ocasiones.

La cuestión que se plantea radica en determinar si la trabajadora demandante tiene derecho a continuar en alta en el Programa de Renta Activa de Inserción, tras haber sido requerida de comparecencia ante el SPEE para su incorporación y no haber acudido en la fecha señalada. Se le remitió la comunicación a su domicilio mediante correo certificado con acuse de recibo, que se intentó entregar en dos ocasiones dejando aviso de llegada en su buzón, sin que fuese retirada en la oficina de correos. El Tribunal Supremo reitera doctrina y, con base en el artículo 59 de la LRJAP y PAC, mantiene que la actora no tiene derecho a continuar en alta en el Programa, pues el envío postal se intentó en dos ocasiones en el domicilio de la interesada, se devolvió al organismo demandado al no ser retirado, pese al aviso dejado en dicho domicilio y no se ha probado la existencia de causa justificada para la no comparecencia a la citación efectuada.

STS de 15 de septiembre de 2015, Rec. 3306/2014 (RJ 2015\4596)

Falta de competencia funcional. Acceso al recurso de suplicación. Desempleo. Diferencia que no alcanza la cuantía de 3000 euros exigida por el art. 191.2 g) LRJS y no existe afectación general. Nulidad de actuaciones.

Los actores, a los que se les había reconocido el derecho a la prestación por desempleo confirme a una base reguladora, reclaman que se calcule la prestación conforme a las bases de cotización de los últimos seis meses, teniendo en cuenta períodos de 30 días, en lugar de conforme al promedio de la base por la que se hubiera cotizado por dicha contingencias durante los últimos 180 días, pretensión estimada en instancia, cuya sentencia es revocada en suplicación. La Sala IV declara de oficio la falta de competencia funcional de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) y declara la nulidad de actuaciones desde la notificación de la sentencia del juzgado de lo Social, por entender que no procedía recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que la cuantía de lo reclamado en cómputo anual no alcanza los 3000 euros exigidos por el artículo 191.2 g) de la LRJS, y además no existe afectación general por no cumplirse con los requisitos jurisprudencialmente exigidos: que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o beneficiarios, lo que se pone de manifiesto por el alto nivel de litigiosidad alegada y probada en juicio o notoriedad evidente.

STS de 27 de octubre de 2015, Rec. 2876/2014 (JUR 2015\263573)

Desempleo parcial. Funcionario interino de la Comunidad Valenciana a la que se reduce el 33% la jornada y el salario, de conformidad con el DL 1/2012, de 5 de enero de la Generalitat Valenciana. Estimación del recurso y reconocimiento de desempleo parcial. Reitera doctrina de la Sala: SSTS de 1 julio 2015 (R. 3408/14) 27 julio 2015 –dos– (R 2862/14 y 2881/14) y 9 septiembre 2015 –tres– (R. 2467/14, 2880/14 y 2009/14).

6.7. Prestaciones Sanitarias

STS de 9 de octubre de 2015, Rec. 2217/2014 (RJ 2015\5591)

Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso (LJCA/1998): Sanidad: personal: Comunidad Valenciana: Orden 2/2013, de 7 junio, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las instituciones sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad: expedientes de jubilación forzosa al personal estatutario que actualmente se encuentra en período de prolongación del servicio activo (Disp. Transitoria 1ª): suspensión por TSJ, como consecuencia de la impugnación de la Orden: procedencia: pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso contrario.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

9.1. Mejoras Voluntarias

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

Novedades Bibliográficas

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

ALONSO OLEA, M., MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXXI: 2014, Madrid, Civitas, 2015, 250 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F. (Ed.): Ley General de la Seguridad Social, 10ª ed., Valencia Tirant lo Blanch, 2015, 548 páginas.

LOZANO ORTIZ, J.C. (Dir.): *La responsabilidad en la Seguridad Social, XIV Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social*, Madrid, Aranzadi, 2015, 500 páginas.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (Ed.): Textos refundidos. Estatuto de los Trabajadores, Ley de Empleo, Ley General de la Seguridad Social, 2015, 423 páginas.

ROMERO RÓDENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E.: *Manual de Prestaciones Básicas del Régimen General de la Seguridad Social (actualizado 2016*), Albacete, Bomarzo, 302 páginas.

GIERKE, O.V.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho. Arte del Derecho), 2015, 152 páginas.

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

AA.VV.: Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores, Barcelona, Bosch, 2015, 488 páginas.

AGUILAR MARTÍN, MARÍA CARMEN: El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente, Granada, Comares, 2015, 288 páginas.

BENAVIDES VICO, A: Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad, Madrid, Aranzadi, 2015, 1022 páginas.

BLASCO LAHOZ, J. F.: Prestaciones económicas del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta ajena, 2ª ed., Albacete, Bomarzo, 2015, 189 páginas.

LÓPEZ INSUA, B.M.: El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, Granada, Comares, 2015, 184 páginas.

LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R.: Gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días. RD 625/2014, de 18 de julio y Orden 1187/2015, de 15 de junio, Albacete, Bomarzo, 2016, 111 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.): *La pensión de jubilación*, Granada Comares, 2015, 424 páginas.

PANIZO ROBLES, J. A.: *La pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social*, 2ª ed., Madrid, Lex Nova, 2015, 515 páginas.

PÉREZ ALONSO, M. A.: Incapacidad laboral del empleado público en la Administración local tras el RDL 20/2012, Granada, Cemci, 2015, 203 páginas.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (dir.): La sostenibilidad del sistema nacional de salud en el siglo XXI, Granada, Comares, 2015, 320 páginas.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (dir.): Reconstruccion y gestión del sistema de salud, Granada, Comares, 2015, 320 páginas.

PONS PONS, J., VILAR RODRÍGUEZ, M.: El seguro de salud privado y público en España. Su análisis en perspectiva histórica, Universidad de Zaragoza, 2015, 480 páginas.

ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Salario, cotización y nómina*, Albacete, Bomarzo, 2015, 287 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

GALLEGO LOSADA, R.: *El dilema de las pensiones en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 227 páginas.

4. RECENSIONES

VV.AA (Mª Dolores Ramírez Bendala, Dirs), *Buenas Prácticas Jurídico Procesales para Reducir el Gasto Social (III)*, Murcia, Laborum, 2015, 253 páginas

José María Miranda Boto
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Santiago de Compostela

La editorial Laborum continúa con su sana costumbre de ser la receptora de los trabajos de numerosos grupos de investigación, formales o no, de la doctrina laboralista española. Mérito añadido, procura además un periodo de difusión gratuita, a través de descargas de internet, de algunas de estas obras, lo cual en los tiempos 2.0 es una ventaja añadida para la difusión del conocimiento jurídico. Una de las obras que cumple ese patrón es la dirigida por Mª Dolores Ramírez Bendala, "Buenas Prácticas Jurídico Procesales para Reducir el Gasto Social (III)", un libro financiado por el Proyecto I+D DER 2012-32111, y que agrupa así parte de los resultados de investigación de dicho marco de trabajo.

El capítulo primero, "Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los Reglamentos de coordinación de la UE", a cargo de Dolores Carrascosa Bermejo, propone algunas buenas prácticas en relación a la propia identificación de los trabajadores fronterizos y a la protección de su situación de desempleo. La trayectoria de la autora en estas materias avala su certero análisis, que aborda con especial énfasis los problemas derivados de la prestación por desempleo en los casos de paro total, en los que considera que la regulación de los Reglamentos es mejorable para una distribución más equitativa de cargas.

El segundo capítulo, "Compromiso de Actividad, Búsqueda de Empleo en la Unión Europea y Protección por Desempleo", corre a cargo de Andrés Ramón Trillo García. En él se estudia la eficacia de este requisito para el acceso y mantenimiento de la protección por desempleo, abordando también su importancia en la salida profesional del trabajador desempleado, a través del cumplimiento de los itinerarios personales de inserción profesional en el marco de la movilidad intracomunitaria para buscar empleo. Apuesta, en la línea proactiva que caracteriza toda la obra, por una mejor coordinación y una colaboración potenciada, tanto en la ejecución como en la planificación de las políticas activas y pasivas de empleo.

En el tercer capítulo, otra de las mayores especialistas españolas en materia de Seguridad Social de la Unión Europea, Cristina Sánchez-Rodas Navarro, se ocupa de "La Exportación de la Renta Activa de Inserción ¿Buena Práctica Legislativa". No puede olvidarse que esta prestación no ha sido notificada por el Gobierno español en el Anexo X del Reglamento (CE) nº 883/2004 como prestación especial no contributiva inexportable. En consecuencia, entiende la autora que la única solución que puede alcanzarse es que podrá ser exportada hasta un máximo de 6 meses en el territorio en el que el Derecho de la Unión Europea resulte aplicable al amparo del artículo 64.1.c) del Reglamento, cuando los beneficiarios se desplacen en busca de trabajo. Señala, eso sí, la autora que esta situación puede alterar a través de la notificación pendiente.. Esta solución ya fue adoptada por el Gobierno para evitar su exportación respecto a las prestaciones instauradas por las CC.AA

que complementan a las pensiones no contributivas de Seguridad Social de jubilación e invalidez y que garantizan un ingreso mínimo de subsistencia y, que, actualmente, están incluidas en el citado Anexo X.

A su vez, Mª Fuencisla Rubio Velasco, en el capítulo "Aspectos Puntuales de la Inmigración Irregular en el Sistema Nacional de Salud", analiza una de las reivindicaciones más antiguas de las entidades defensoras de los derechos de los inmigrantes. Una de las medidas más controvertidas ha sido llevada a cabo por el Real Decreto-ley 16/2012, que restringió el derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares; se pasó con esta reforma de la condición de ciudadano a la de asegurado para determinar la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Sintetiza la autora la situación actual, tras la reciente reforma de 2015, señalando los extranjeros en situación irregular que estén en posesión del certificado de empadronamiento en el municipio donde residan de forma habitual, permite obtener la condición de asegurado y, en consecuencia, el acceso al sistema nacional de salud.

La directora del libro, Mª Dolores Ramírez Bendala, tiene a su cargo el capítulo quinto, donde aborda el "Análisis de Sistemas de Rentas Mínimas Autonómicos: Divergencias y Confluencias". El interesante punto de arranque de su estudio es el Dictamen de Iniciativa del Comité Económico y Social sobre Renta Mínima Europea e indicadores de pobreza (DOCE 5.6.2014).Desde esta perspectiva, la autora considera que nuestro país cuenta con sistemas de garantías de rentas mínimas, configuradas y desarrolladas a través de programas autonómicos. El objeto de este estudio se centra en analizar algunos de los regímenes de renta mínima vigentes en nuestro territorio, definiendo aquellos puntos neurálgicos determinantes de la limitada eficacia de la protección social para paliar y reducir la pobreza.

De plena novedad, por el carácter innovador de lo analizado, es el análisis jurisprudencial que aborda José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, en su capítulo "Obesidad, Discapacidad y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", a propósito de la sentencia de 18-12-2014, FagogArbejde contra KommunernesLandsforening. El autor considera que la discapacidad, tal y como se interpreta en esta sentencia, no tiene que ver con causas de naturaleza individual y médica, sino sociales, cuyo origen son las limitaciones de la sociedad para ofrecer servicios que tengan en cuenta los requerimientos de funcionamiento (físico, psíquico y sensorial) de todas las personas. Asume que las personas con discapacidad pueden participar en la sociedad en igualdad de condiciones con el demás, lo que exige la inclusión y la aceptación plena de su diferencia. La discapacidad es interpretada como el resultado de una sociedad discapacitante y el modo de atenuarla requiere, por lo tanto, transformar el entorno social.

El séptimo capítulo corresponde a una especialista reconocida en el terreno de la igualdad, Mª Teresa Velasco Portero, que analiza "Buenas Prácticas en Materia de Organización del Tiempo de Trabajo para Fomentar la Igualdad de Oportunidades en la Empresa". Para la autora, merece especial mención el importante rol de la negociación colectiva, especialmente a propósito de la organización del tiempo de trabajo. La autora analiza las posibilidades que se abren a la negociación en la concreción de una serie de derechos de conciliación, lamentando el escaso desarrollo de esta práctica, que entiende que evitaría conflictividad, aumentaría la productividad y mejoraría el clima laboral en las empresas.. Son muy interesantes, a su juicio, los ejemplos de buenas prácticas detectados en algunos convenios colectivos, que se proponen para su implantación en otros ámbitos.

En el capítulo octavo, la procesalista Ana María Chocrón Giráldez estudia "La Demanda de Medidas Provisionales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". Incide en su estudio en los recursos directos, una de las instituciones procesales que ha permanecido vigente desde los Tratados fundacionales hasta llegar a los actuales artículos 278 y 279 TFUE. La finalidad que se atribuye a las medidas provisionales, en opinión de la autora, es la de garantizar la plena eficacia de la futura decisión que se dicte en el proceso principal. Por esta razón, la sentencia *Factortame* las ha vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se erigen como un remedio frente el riesgo que supone el transcurso del tiempo para la viabilidad de la resolución definitiva. Actualmente, cuando aumenta la complejidad de los litigios que se someten a la consideración del Tribunal de Justicia, la autoridad considera imprescindible contar con estos instrumentos que garantizan a los recurrentes, en determinadas circunstancias, la salvaguarda provisional de los derechos cuyo reconocimiento solicita.

Continuando en el ámbito del Derecho Procesal "Las Tasas Judiciales y el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva" son estudiadas por Teresa Meana Cubero. La autora recoge la fuerte polémica generada por el sistema de tasas por el uso de la potestad jurisdiccional que trajo consigo la Ley 10/2012 de 20 de noviembre (modificada parcialmente por el RD 3/2013 de 22 de febrero). A su juicio, no hacía sino impedir el acceso del ciudadano a la justicia por los elevados costes económicos que debían de soportar. Señala la ambivalencia de la STC 20/2012, puesto que sus argumentos han servido de base tanto para quienes han defendido la constitucionalidad de la Ley de tasas, como para quienes ponen en valor el derecho a la tutela judicial efectiva, y por consiguiente el acceso a los tribunales. Concluye señalando que el Real Decreto 1/2015 ha supuesto finalmente la eliminación de las tasas judiciales para las personas físicas, lo que viene a evidenciar el fracaso del legislador y reconocer la razón de aquellos que alzaron su voz contra el sistema de la Ley 10/2012.

El capítulo décimo, "Nuevas Tendencias en Seguridad y Salud en el Trabajo: Buenas Prácticas *versus* Aplicación Meramente Formal de la Norma Jurídica", corre a cargo de Mª Teresa Igartua Miró. En este apartado se señala la especial idoneidad de las buenas prácticas, dadas las especiales características de la normativa preventiva, caracterizada por altas dosis de dificultad para su aplicación por las microempresas y las PYMEs y por contener decisiones y formas de actuación que no vienen determinadas por medio de opciones cerradas, esto es, que admiten distintas alternativas de cumplimiento. Tras estas reflexiones, el capítulo recoge una serie de líneas maestras que suelen concurrir en las buenas prácticas a partir de un estudio de proyectos implementados en las empresas españolas. Entre ellas destacan el liderazgo sólido, creíble y visible de la dirección de la empresa, la implicación y participación activa del conjunto de la plantilla, canales directos y eficientes de comunicación, formación de grupos interdisciplinares de trabajo, sistemas de gestión integrados, procedimientos de seguimiento y mejora de las buenas prácticas implantadas y superación de la cultura de la culpabilidad, buscando extraer enseñanzas de los incidentes o fallos detectados. Aspecto sustancial de las buenas prácticas es transferibilidad, por tanto, su difusión e intercambio, aspecto que centra la parte final del artículo.

Eduardo González Biedma aborda en el último capítulo el tema de "Buenas Prácticas y Crisis de los Principios del Proceso Laboral". Crítico, el autor considera que éstos atraviesan una seria crisis. En primer lugar, por la paulatina asimilación del proceso ordinario y el laboral. En segundo lugar, circunstancia mucho más grave, por la

falta de medios materiales y personales de la administración de justicia laboral. Todo ello implica unas demoras realmente llamativas, a juicio del autor, y hasta peores que en otras ramas del proceso– como por la creciente complejidad de las normas jurídico-laborales y de su aplicación, lo que hace cuestionar muchos de los principios básicos del proceso laboral. Considera, en definitiva, que todo conlleva un impacto negativo sobre empresarios y trabajadores.

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Efectos socio-económicos de la negociación colectiva. Una revisión de la literatura internacional

Socio-Economic impact of collective bargaining. A survey of the international literature

RAFAEL MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE
CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Resumen

El trabajo tiene como objetivo revisar la evolución de la interpretación teórica sobre los efectos socioeconómicos de la negociación colectiva, desde la visión de ésta como una imposición a la dinámica optimizadora del libre mercado, hasta el planteamiento más moderno de la negociación colectiva como un contrapoder a la posición monopolista de la empresa en cuanto a demandante de trabajo. Este repaso se realiza tanto desde una perspectiva teórica como empírica.

Palabras clave

Negociación colectiva, empleo, desempleo, desigualdad salarial

Abstract

This paper aims at reviewing the evolution of the theoretical interpretation of the socioeconomic effects of collective bargaining, from the vision of collective bargaining as an imposition to the optimizing dynamics of the free market, to the more modern interpretation of collective bargaining as a countervailing power of the monopsonistic position of firms in labour markets. This survey is done from the perspective of the theoretical and empirical analysis.

Keywords

Collective bargaining, employment, unemployment, wage inequality

1. INTRODUCCIÓN

En un mercado de trabajo perfectamente competitivo, con todo lo que conlleva (información perfecta, infinitos oferentes y demandantes, etc.) como el que se estudia en la mayoría de los libros de texto de microeconomía, pero que paradójicamente es muy difícil de encontrar en la vida real, no habría ninguna necesidad de diseñar mecanismos sustitutivos del mercado a la hora de fijar las condiciones de trabajo, entre ellas, el salario. Empresas y trabajadores acudirían al mercado e intercambiarían fuerza de trabajo a una tasa (el salario) fijado de forma independiente por un mercado sobre el que ni unos ni otros tendrían la menor capacidad de ejercicio de presión. La única decisión de las empresas sería, una vez observado el salario existente en el mercado, la de decidir la cantidad de bien o servicio que les interesa producir y, como resultado de ello, la cantidad de mano de obra que desean contratar. Por su parte, a los trabajadores sólo les quedaría decidir la cantidad de trabajo que ofrecer en ese mercado, en función del valor que otorguen a su tiempo libre en comparación con lo que pagan por él en el mercado.

En este contexto, salvo por imperativos morales o éticos, esto es, de naturaleza no económica, como por ejemplo la prohibición del trabajo infantil o la prohibición de la esclavitud, la existencia de normativa laboral sería prescindible.

Sin embargo, esa fábula de libre competencia, que como nos recuerda McNulty (1968) ni existe ni probablemente nunca existió, se aleja mucho de la naturaleza real de la mayoría de los mercados de bienes y servicios, y dese luego de los mercados de trabajo. Como nos recuerda Manning (2003), el propio Alfred Marshall (1842-1924), uno de los constructores de la microeconomía neoclásica y el artífice de la sustitución del nombre de Economía Política por el más aséptico de Economía, señalaba en sus *Principios de Economía* (1890) que:

> "el trabajo a menudo se vende en desventaja fruto de los hechos estrechamente relacionados de que la fuerza de trabajo es "perecedera", que los vendedores de ésta son normalmente pobres y no disponen de fondos de reserva, y que no puede retenerla del mercado" [1]

En definitiva, la imperiosidad de hombres y mujeres de trabajar para hacer frente a sus necesidades de consumo diarias dan lugar a la aparición de un fuerte desequilibrio en el mercado de trabajo a favor de las empresas, que pueden utilizar esa necesidad en su beneficio a la hora de fijar los salarios. Como señalaba Adam Smith en su Riqueza de las Naciones: (1776):

> "Un terrateniente, un granjero, el dueño de una fábrica o un comerciante, aunque no contrataran a un solo trabajador, podrían normalmente vivir un año o dos con las existencias adquiridas. Muchos trabajadores no podrían subsistir una semana, unos pocos subsistirían un mes, y prácticamente ninguno un año sin empleo. A largo plazo el trabajador puede ser tan necesario para su empleador como éste para él, pero la necesidad no es tan inmediata" (Cap. 8, Los salarios del trabajo)[2]

Este reconocimiento es la médula espinal del Derecho del Trabajo y por lo tanto de la regulación laboral. Esa desigualdad también subyace a propuestas como la de la Renta Básica Universal, que al permitir al trabajador disponer de unos ingresos mínimos para hacer frente a sus necesidades vitales, dotaría a este de verdadera libertad a la hora de acudir al mercado de trabajo (Van Parijs, 1996), eliminado, o al menos minorando los desequilibrios ahora existentes entre contratante y contratado a favor del primero.

2. LOS EFECTOS SOCIO-ECONÓMICOS DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN LA TEORÍA Y EN LA PRÁCTICA

Atendiendo a lo señalado más arriba, la valoración de los efectos económicos de la concertación social[3] dependerá de la consideración del mercado de trabajo como un mercado de trabajo razonablemente competitivo, y por lo tanto en el que los agentes sociales, trabajadores y empresarios, acuden en igualdad de condiciones. O de si, por el contrario, se considera que el trabajo tiene una situación de partida de mayor debilidad por las razones arriba señaladas: su mayor abundancia y su menor capacidad de resistencia en ausencia de ingresos.

[1] Tomada de Manning (2003), p. 5

[2] *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*; The Library of Economics and Liberty, (www.econlib.org)

[3] Para una revisión de la concertación social en España, véase Moreneo *et al* (2015)

En el primero de los supuestos, la intervención exterior, ya por imposición legal ya como resultado de la concertación social, sería, en el mejor de los casos innecesaria (cuando generara unos resultados idénticos a los derivados de la negociación individual trabajador – empresa) o negativa, ya que impediría acuerdos de ámbito individual mutuamente beneficiosos para las partes.

Ahora bien, si suponemos que los mercados no son perfectamente competitivos, ya sea por no existir información perfecta, o infinitos oferentes y demandantes (lo que implica ausencia de poder y que los trabajadores puedan pasar sin costes de trabajo a otro) o por existir lo que los economistas denominan efectos externos (las decisiones individuales tienen efectos sobre otros agentes distintos de los que toman las decisiones), etc., entonces la intervención vía negociación colectiva o acuerdos sociales puede tener efectos positivos sobre el funcionamiento del mercado. Es más, uno de los teoremas centrales de la economía pública, el conocido como *Teorema del Second Best*, demuestra que cuando un mercado se separa de la situación de competencia perfecta por no cumplir alguno de los requisitos necesarios para ello, nada garantiza que el resultado del mismo sea tanto mejor cuanto menos requisitos se vulneren, pudiendo ocurrir todo lo contrario. En la práctica ello significa que la teoría económica deja de ser una buena guía para la política económica en tanto en cuanto un mercado con más incumplimientos en materia de competencia perfecta (por ejemplo, por la existencia de concertación social) puede arrojar mejores resultados que otro en el que el número de requisitos vulnerados sea menor.

En lo que a esto respecta, hay que tener en cuenta que la existencia de concertación social, al nivel que sea, significa que en los ámbitos sujetos a negociación se estaría eliminado el mecanismo de asignación del mercado, basado en la oferta y la demanda (y los poderes relativos de mercado detrás de una y otra), sustituyéndolo por un sistema de asignación ajeno a éste: la mesa de negociaciones, aunque obviamente teniendo en consideración lo que ocurra en el mismo.

2.1. Efectos socio-económicos de la concertación social: teoría

Desde un punto de vista teórico la concertación social, término genérico con el que nos vamos a referir a cualquier forma de negociación entre trabajadores y empresarios de ámbito mayor que el individual, tendrá (Traxler y Brandl, 2009) potencialmente efectos agregados tanto sobre la demanda como sobre la oferta del siguiente tenor:

1) La concertación, en la medida en que, como es habitual, ofrezca estabilidad salarial a los trabajadores, reduce la incertidumbre de éstos, facilitando por lo tanto la estabilidad del consumo, principal componente de la demanda agregada (en 2014 el consumo de las familias supuso el 57,2 % del PIB pm de España). Este efecto será tanto más importante cuanto mayor sea la protección de las rentas salariales mediante la existencia de cláusulas de salvaguardia de recuperación del poder adquisitivo en el supuesto de infraestimación de la inflación en el momento de la firma de los acuerdos. En el periodo 2001-2008 en España alrededor de las 2/3 partes de los trabajadores disfrutaban de cláusula de garantía salarial de este tenor, con lo que se garantizaba la estabilidad de sus salarios reales. Con la crisis (y los

efectos de la reforma laboral) este porcentaje se habría reducido en dos tercios (22,5 % en 2015)[4].

2) Desde el lado de la oferta, la concertación, en el caso de arrojar como resultado unos salarios más elevados que en el escenario alternativo de ausencia de esta, podría dar lugar al aumento de los costes laborales de las empresas y a una pérdida de competitividad. El aumento del coste salarial podría también derivar en cambios en la tecnología productiva a favor de tecnologías más intensivas en capital, lo que a su vez reduciría el ritmo de creación de empleo para un crecimiento del PIB dado. Este efecto se sumaría al efecto más inmediato que la pérdida de competitividad podría tener sobre la demanda externa (vía reducción de exportaciones). En todo caso, hay que tener en cuenta que lo importante a la hora de determinar el comportamiento de la competitividad no es sólo el comportamiento de los precios, sino su relación con la productividad, ya que los costes relevantes para la empresa son los costes laborales unitarios, definidos como el cociente de los salarios (o mejor aún, los costes laborales) y la productividad. En la medida en que la concertación, por distintas vías, actúe sobre otros factores con efecto positivo sobre la productividad, como puedan ser la conflictividad social, el grado de identificación con la empresa, el nivel de esfuerzo de los trabajadores, la formación, etc., el aumento salarial no tiene por que ir acompañado necesariamente de una pérdida de competitividad.

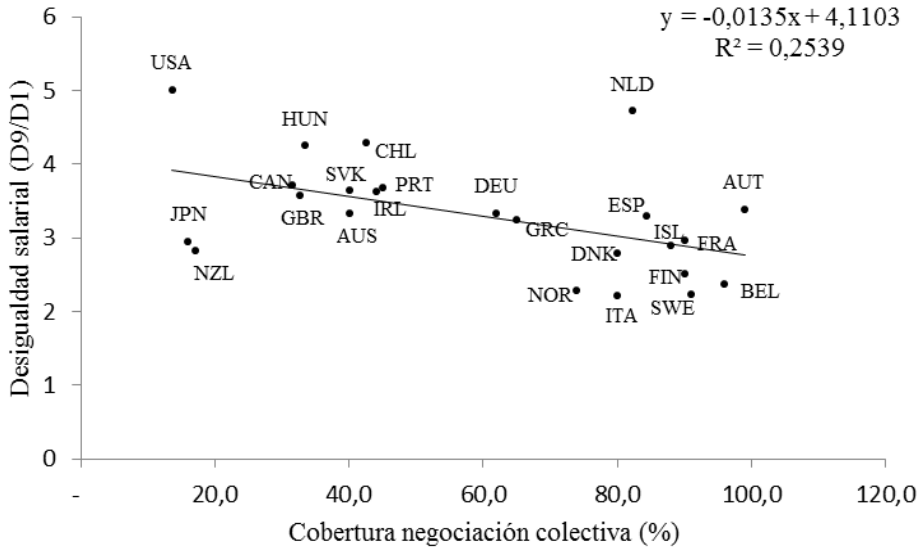
Este doble efecto de la concertación en el ámbito agregado de la economía es el que hace complejo señalar *a priori* cuál es el efecto conjunto de la concertación social. Es por ello también que la concertación social puede tener efectos muy distintos según las pautas que sigan sus protagonistas en la negociación y la situación en la que se encuentre la economía.

Junto con el efecto estabilidad de la masa salarial (o su participación en el PIB), –o si se prefiere el efecto demanda efectiva– y el efecto costes-competitividad, la literatura económica ha llamado la atención sobre un tercer efecto que la concertación tiene en la práctica (aunque no necesariamente en teoría), esta vez de carácter distributivo – esto es, que afectaría al reparto de la masa salarial. Nos referimos al hecho constatado de forma reiterada, hasta convertirse en uno de los pocos efectos probados de la concertación social (OECD, 2004), de la existencia de menor desigualdad salarial como resultado de la presencia de mecanismos de concertación social. Aunque más adelante tendremos ocasión de analizar con mayor detalle la vinculación entre concertación social y desigualdad salarial, a modo de introducción el Gráfico 1a y 1b nos ofrece una primera aproximación a la relación entre ambas variables. Como se puede apreciar, ya sea tomando la densidad sindical, 1a, o el porcentaje de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva, 1b, como variables aproximativas de la concertación social, los gráficos indican la existencia de una relación de tipo inverso entre la desigualdad salarial, definida en este caso como el cociente entre los salarios de los trabajadores de la novela decila, D9,y los ingresos de los trabajadores que conforman la decila de menores ingresos, D1, y ambos indicadores.

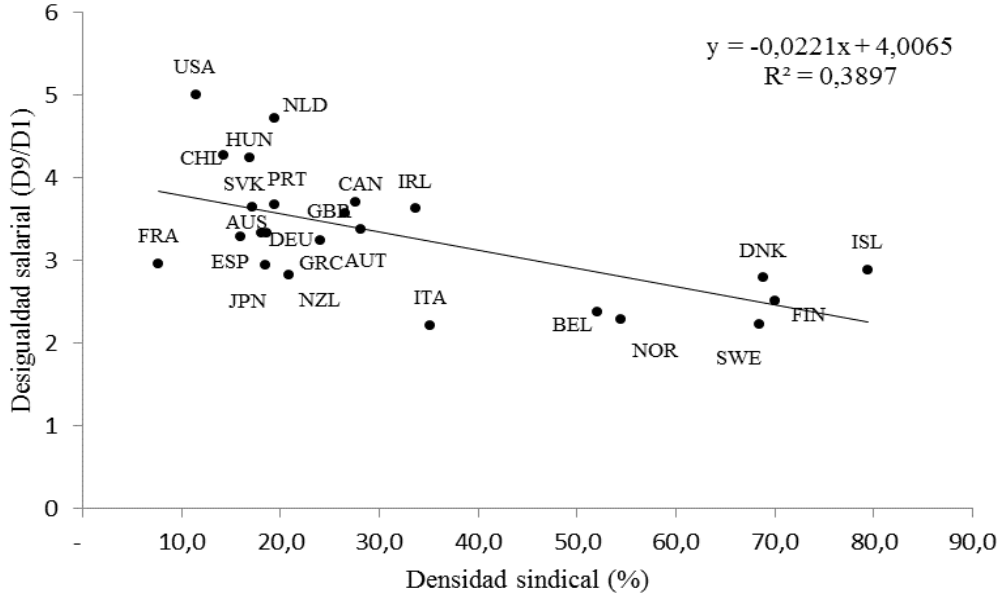
[4] Datos provisionales, *Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva* nº 52, (25/02/2016).

Gráfico 1. Densidad sindical, cobertura de la negociación colectiva y desigualdad salarial (D9/D1)

(a) Densidad sindical (%) y desigualdad salarial (D9/D1)



(b) Cobertura de la negociación colectiva (%) y desigualdad salarial (D9/D1)



Fuente: OECD Labour Statistics, OCDE (2012), p. 136 y elaboración propia

Siguiendo el trabajo de Wallerstein (1999), existen tres razones o lógicas distintas, no excluyentes, que podrían explicarían la relación inversa estable que existe entre concertación social y desigualdad salarial, hasta hacer de la misma, probablemente, el impacto más claro de la concertación sobre el mercado de trabajo, por encima de su efecto sobre el nivel salarial o los costes.

La primera de las explicaciones, de naturaleza económica, se basa en las distorsiones que la fijación de salarios descentralizada en el ámbito de la empresa podría tener en un contexto en el que las empresas tengan distinto poder de mercado, los sectores económicos distinto nivel de sindicación y los trabajadores distintas preferencias en materia de la relación de sustitución entre salario y empleo, como resultado de trabajar en mercados con distinta elasticidad precio de demanda. Todo ello podría conducir a que en algunos sectores los salarios fueran superiores a los de equilibrio, mientras que en otros podrían ser inferiores a éste, dando lugar a ineficiencias de asignación y niveles de empleo subóptimos. En este contexto, la fijación de criterios de determinación salarial centralizados (el mismo salario para el mismo trabajo) puede conducir a resultados más acordes con las condiciones de eficiencia asignativa.

Desde la perspectiva política, la centralización, argumenta Wallerstein, cambia el peso de los distintos grupos de interés en el proceso de fijación de los salarios, disminuyendo el de los trabajadores móviles a los que las empresas intentan atraer con mayores salarios y aumentando el del trabajador mediano que se beneficiará de aquellas reducciones de la desigualdad salarial que no alteren el salario medio.

Por último, existirían razones de tipo ideológico, vinculadas a la importancia que la idea de "justicia", entendida como un salario "justo" y diferencias salariales "justas", tiene en el buen funcionamiento de las actividades productivas y en el nivel de implicación de los trabajadores en las mismas (Akerlof y yellen, 1990).

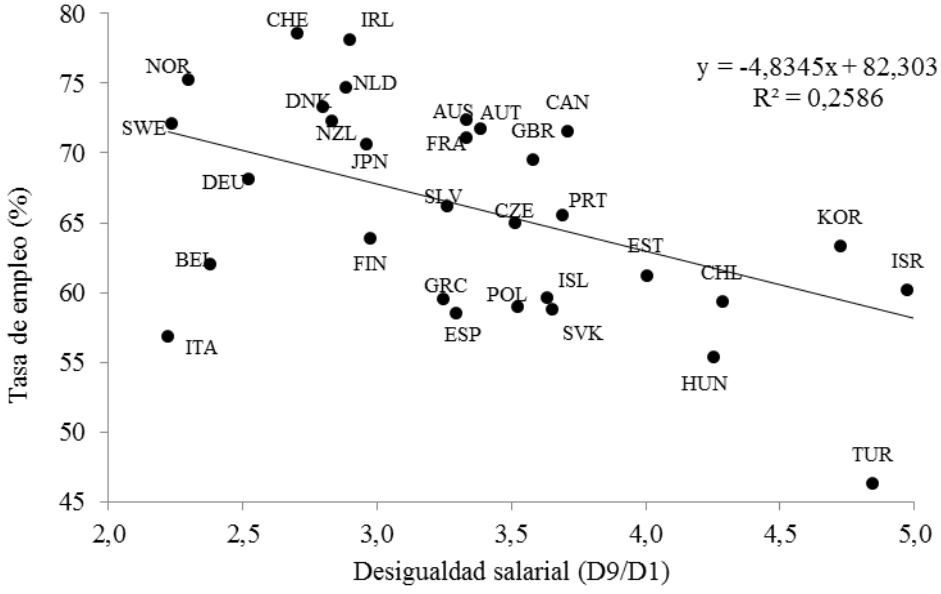
Estas lógicas, sin embargo, entran en conflicto con la perspectiva liberal de que cualquier intromisión en el proceso de fijación de los salarios relativos por el mercado derivará en ineficiencias, en la medida en que expulsará a trabajadores del mercado, ya por ver sus salarios reducidos, lo que puede afectar negativamente a la oferta de trabajo de los trabajadores más cualificados, ya por verlos incrementados por encima de su productividad, lo que puede reducir la demanda de trabajo de trabajadores menos cualificados. Desde esta perspectiva, la compresión salarial tendría un efecto negativo sobre el empleo.

A modo de introducción al debate, y con idéntica finalidad que en el caso anterior, hemos procedido a comprobar, mediante una simple representación de las variables desigualdad salarial y tasa de empleo (empleo con respecto a población 15-65 en porcentaje) si aparentemente existe una vinculación negativa estrecha entre ambas variables. Como se puede apreciar en el gráfico 2, aunque la relación entre las variables representadas no es muy intensa, los resultados no confirman que la mayor desigualdad salarial permita alcanzar niveles más elevados de empleo, si acaso la relación sería justo la contraria[5]. Ello, por

[5] En la medida en que una parte importante de las diferencias en tasa de empleo entre los países responden a las diferencias en tasas de empleo femeninas (mayores que las existentes entre los hombres), se ha procedido a calcular *(...)*

supuesto, no significa que controlando por otras variables no pueda aparecer la existencia de una relación parcial negativa entre ambos fenómenos, como se defiende desde una perspectiva convencional, pero en todo caso sí indicaría que, de ser así, ésta jugaría un papel secundario con respecto a otras variables que afectan a la tasa de empleo.

Gráfico 2. Tasa de empleo y desigualdad salarial (D9/D1)



Fuente: OECD Labour Statistics y elaboración propia.

El análisis teórico del efecto de la concertación sobre el funcionamiento de la economía ha estado desde sus inicios vinculado al tipo de concertación existente, a sus características. En una primera etapa, la variable considerada fundamental a la hora de explicar los efectos económicos de la concertación social/negociación colectiva fue el grado de centralización de la misma. Posteriormente, las aportaciones más modernas (Traxler, 2003) incorporan junto con éste, la importancia su nivel de coordinación.

El punto de partida del análisis teórico sobre los efectos de la concertación social/negociación colectiva sería el mundo virtual del análisis marginalista del mercado de trabajo, donde los mercados son perfectamente competitivos y el salario de los trabajadores se iguala a su productividad marginal. En este ambiente de laboratorio, como se ha señalado más arriba, la concertación social/negociación colectiva no tendría sentido, ya que el resultado alcanzado por el libre funcionamiento del mercado no solo sería eficiente, tanto

también la relación entre tasa de empleo y desigualdad salarial sólo para el colectivo de hombres. Aunque en ese caso la intensidad de la relación se reduce ($R^2 = 0.18$) la relación entre las variables sigue siendo de tipo inverso: a mayor desigualdad menor tasa de empleo.

desde el punto de vista productivo como asignativo, sino que además sería "justo" (al menos a la J. B. Clark[6]). En la medida en que la realidad del mercado de trabajo en las economías capitalistas diverja, como se ha señalado en la introducción, de ese ideal de la microeconomía neoclásica, cabe esperar que los resultados alcanzados por el mercado también difieran de los resultados previstos, abriéndose por lo tanto un espacio de oportunidad a la concertación social.

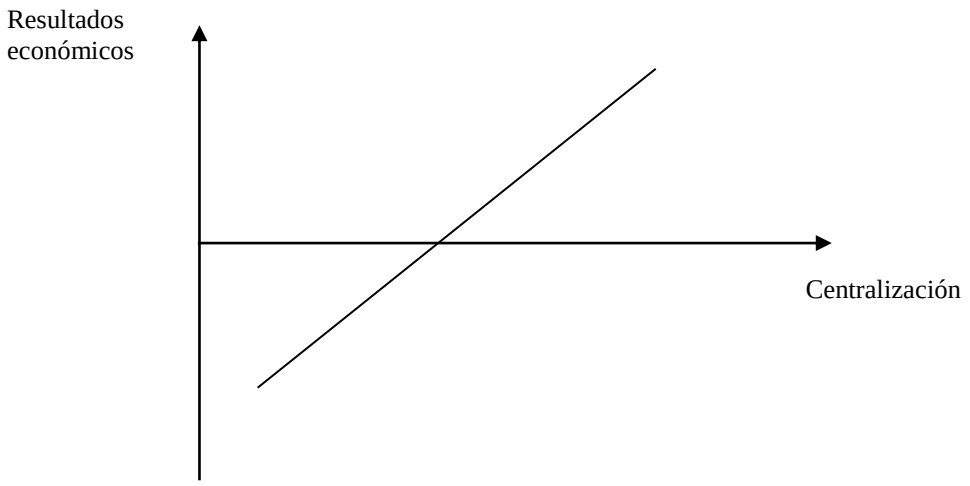
La visión del mercado de trabajo como un mercado en el que existe cierto grado de monopsonio (poder de mercado del demandante de trabajo) defendida por Manning (2003), entre otros, nos ofrece un buen ejemplo de cómo la alteración de los supuestos de partida altera los resultados del mercado y los efectos esperables de la concertación. De acuerdo con el modelo de competencia perfecta, la concertación social, desde el momento en que generara salarios más elevados (en nivel o para alguno de los colectivos de trabajadores) con respecto a aquellos que se alcanzarían en el libre mercado, tendría como resultado una caída del empleo. Sin embargo, si el mercado se caracteriza por ser un monopsonio, donde el demandante de mano de obra (la empresa) tiene cierto poder de mercado, el resultado es muy distinto. Como es de sobra conocido, en presencia de monopsonio la empresa se enfrenta a una curva de oferta de trabajo individual con pendiente positiva, esto es mientras que en competencia para nivel de salario fijado por el mercado le empresa puede contratar toda la mano de obra que desee, en monopsonio, la empresa puede bajar el salario sin perder a todos sus trabajadores, mientras que para aumentar la cantidad de trabajo contratado tiene que ofrecer un salario ligeramente más elevado. Ello significa que la función de coste marginal del trabajo estará por encima de la función de oferta de trabajo. Puesto que la contratación de equilibrio de mercado se dará para aquél nivel de empleo que iguale el coste marginal del trabajo con el ingreso marginal del trabajo, el resultado final supone que en equilibrio los trabajadores recibirán un salario inferior al ingreso marginal del trabajo. Ello no solo implica que el nivel de empleo alcanzado en monopsonio es menor, sino que hay espacio para un aumento salarial sin efecto negativo sobre el nivel de empleo.

Una vez que se asumen los problemas existentes con el paradigma neoclásico para el estudio de los mercados de trabajo reales, la primera de las hipótesis planteadas con respecto a la relación existente entre comportamiento económico y concertación social, conocida como la *Tesis Corporatista*, argumenta que la concertación social tendrá efectos positivos sobre el comportamiento de la economía, dependiendo la intensidad de éstos de su grado o nivel de centralización (Cameron, 1984). En concreto (Gráfico 4), se plantea que a mayor centralización de la concertación, mejor funcionamiento de la economía. Esta hipótesis implica un alejamiento del saber convencional según el cual cuanto más descentralizada estuviera la negociación, en el caso extremo, negociaciones individuales como en el supuesto de competencia perfecta, menos se separarían los resultados del mercado de los que se alcanzarían en competencia perfecta. Desde la perspectiva corporatista, al contrario, existirá una relación positiva entre el nivel de centralización de la negociación colectiva y eficiencia

[6] De acuerdo con el economista norteamericano John Bates Clark (1847-1938), la remuneración de los trabajadores según el principio de la productividad marginal (el salario se iguala con la aportación del último trabajador contratado al producto total) resuelve el problema de la equidad salarial desde el momento en que "la distribución de la renta de la sociedad está controlada por una ley natural, y esta ley, cuando funciona sin fricciones, dará a cada agente que interviene en la producción la cantidad de riqueza que el agente crea" (1899).

en el funcionamiento de la economía. La lógica que subyace a dicha relación es que cuanto mayor sea el nivel de centralización mayor será la internalización de los posibles efectos negativos que tengan comportamientos salariales irresponsables (en el sentido de afectar negativamente al empleo o a la inflación). En el caso de bajo grado de centralización, los colectivos que negocien las subidas salariales tendrán en cuenta los efectos positivos de éstas sobre sus miembros, pero no los efectos externos negativos que pudieran tener dichas subidas sobre otros colectivos. Desde esta perspectiva la concertación social al máximo nivel de centralización (un único acuerdo que afecte a todos los trabajadores) tendría los mejores efectos sobre el funcionamiento del sistema, ya que en el proceso de negociación se internalizarían todos los posibles costes derivados del mismo.

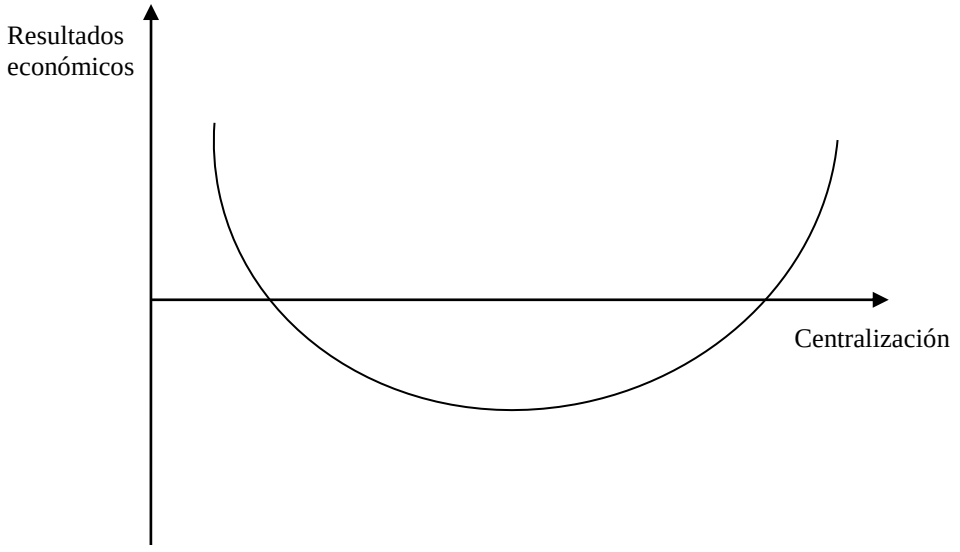
Gráfico 4. Centralización de la negociación colectiva y comportamiento económico: *Tesis Corporatista*.



La relación monotónica creciente entre grado de centralización de la negociación colectiva y resultados económicos será cuestionada por Calmfords y Driffill (1989), en lo que se convertirá en el segundo hito en el estudio de los efectos de la concertación social. Partiendo del estudio empírico del comportamiento agregado de la economía a partir de cuatro indicadores: tasa de empleo, tasa de desempleo, la suma de la tasa de desempleo y la tasa de inflación (índice de Okun) y la suma de la tasa de desempleo y el déficit por cuenta corriente como porcentaje del PIB (índice alternativo de comportamiento), los autores concluyen que, a diferencia del planteamiento corporatista presentado más arriba, según el cual mayor centralización era siempre preferible a menor centralización, tanto los países con un alto nivel de centralización, como aquellos otros con un alto grado de descentralización en sus negociaciones salariales obtienen buenos resultados económicos. Ello implica, como señalan los autores, que "tanto los que defienden mayor centralización como más descentralización podrían estar en lo cierto (p. 47), al tiempo que serían los países con niveles intermedios de centralización de sus sistemas de negociación salarial los que tendrían

un peor comportamiento. Este enfoque dará lugar al planteamiento de una nueva hipótesis de relación entre centralización y comportamiento económico en forma de U como la representada en el Gráfico 5[7]

Gráfico 5. Hipótesis corporatista revisada



La lógica económica que subyace a estos resultados se basa en la idea de que los sindicatos tanto en contextos de negociación centralizada como descentralizada son conscientes de la existencia de un potencial *trade-off* entre salarios y empleo. En el caso de negociación descentralizada, los sindicatos serán conscientes de que aumentos injustificados de los salarios se trasmitirían a aumentos de precios que a su vez darían lugar a una caída de la demanda (dependiendo de la mayor o menor existencia de sustitutivos en el mercado) lo que a su vez se traduciría en una caída del empleo. En el caso de negociaciones centralizadas, los sindicatos son conscientes de que si el aumento de salarios se trasmite a precios (y en este caso estamos hablando de un aumento en el nivel general de precios), el resultado será salarios reales constantes. Es más, es posible que el aumento de precios de lugar a respuestas contractivas por parte de las autoridades de política monetaria, con efectos negativos en la producción y el empleo. De esta forma, en los dos casos, los negociadores internalizarían los posibles efectos de sus posiciones negociadoras. Por el contrario, en el caso de niveles intermedios, al negociarse en el ámbito del sector, el efecto de una subida de precios (como resultado de la subida de salarios) sobre la demanda del mismo sería menor (al realizarse de forma conjunta por todo el sector-mercado), lo mismo que sería menor el impacto sobre la inflación. En este caso, por lo tanto, habría menores restricciones para llevar a cabo una negociación más agresiva.

[7] En el trabajo original la relación se plantea en términos de centralización y tasa de desempleo, de forma que la función aparece como una U invertida: menor desempleo en contextos de baja o alta centralización.

Desde su publicación, la hipótesis de la relación en forma de U entre nivel de negociación y resultados económicos (o si se prefiere la relación en forma ∩ entre centralización y desempleo) se convirtió en el saber convencional en materia de efectos de la negociación colectiva sobre el comportamiento económico y como base para la elaboración de propuestas de reforma de los sistemas de negociación. Sin embargo ello no ha sido óbice para que, prácticamente también desde su publicación, se señalaran la existencia de problemas vinculados a esta lectura de la relación negociación colectiva – resultados económicos, que hacían que las conclusiones alcanzadas, en opinión de sus críticos, fueran cuestionables y exigían de la máxima cautela a la hora de utilizarla como guía de política económica. Las críticas se pueden organizar a lo largo de tres ejes (Traxler y Brandl, 2009).

El primero de ellos tiene que ver con la simplificación que supone clasificar algo tan complejo como un sistema de negociación social tan sólo desde la perspectiva de su grado de centralización. Esta aproximación llama la atención sobre la necesidad de incorporar al menos la variable coordinación, como un elemento crucial de los sistemas de negociación colectiva. El segundo eje es la identificación de la negociación descentralizada con los resultados que se alcanzarían en mercados competitivos, cuando éstos se alejan mucho de esa realidad de competencia perfecta. Por último, se cuestiona el supuesto de economía cerrada que subyace a la lectura estándar de los efectos de los sistemas intermedios de negociación colectiva.

Junto a estas críticas, y desde un planteamiento empírico, se cuestiona la fiabilidad de la evidencia empírica que subyace al análisis. Una evidencia que, en palabras de Pohjola (1989), no sobreviviría a los análisis de estabilidad y robustez más comúnmente utilizados (p. 76). En este sentido, uno de los padres de la hipótesis corporatista revisada, en una valoración de ésta realizada transcurridos 16 años de su publicación (Driffill, 2005), reconoce que "una simple relación entre dos variables era demasiado sencilla. Otros factores son importantes a la hora de determinar el desempleo de equilibrio" (p. 19), si bien también bien señala que la hipótesis de la U invertida no habría sido totalmente rechaza y habría sobrevivido al escrutinio. Una opinión, sin embargo, cuestionada por los resultados del meta-análisis de la hipótesis realizado por Aidt y Tzannatos (2008) según los cuales "la idea de que los sistemas de negociación colectiva de centralización intermedia están relacionados con desempleo relativamente elevado estaría respaldada por menos de la mitad de los estudios relevantes, mientras que la idea de una función en forma de U entre empleo y nivel de centralización es todavía más débil".

La no consideración de la dimensión exterior a la hora de defender las virtudes de los diferentes niveles de centralización de la negociación colectiva tiene efectos cruciales sobre la lógica del análisis, ya que en sectores abiertos a la competencia exterior, la negociación colectiva de ámbito sectorial (y por lo tanto nivel intermedio de centralización) no se podrá sustraer de los efectos negativos que un crecimiento excesivo de los salarios tendría sobre la demanda del sector y el nivel de empleo, en la medida en que la pérdida de competitividad exterior tendría efectos importantes en términos de caída de la demanda. Es por lo tanto poco probable que los niveles intermedios de negociación, salvo en sectores protegidos de la competencia exterior, tengan los efectos previstos por la hipótesis corporatista revisada. Es más, como demuestra por ejemplo el caso de Austria, cuando los sectores expuestos a la competencia exterior son los que lideran la negociación colectiva y el resto siguen los

acuerdos alcanzados por éstos, el resultado, en términos económicos, tiende a ser insuperable (Traxler, 2003, Traxler y Brandl, 2012)

En lo que se refiere a la primera de las críticas, la caracterización de la negociación colectiva mediante una única variable –el nivel de centralización de las negociaciones– también se ha demostrado problemática. Desde esta aproximación se cuestiona una clasificación de los sistemas de negociación colectiva basada exclusivamente en las características institucionales de la misma, sin prestar atención al grado de coordinación existente entre las distintas unidades negociadoras. A partir de la constatación de que independientemente del ámbito de negociación lo importante es el grado de coordinación de las negociaciones, se ha procedido evaluar, y este enfoque ocupará gran parte de la tercera oleada de análisis del tema que nos ocupa, el grado de coordinación existente en los distintos modelos de negociación colectiva, los requisitos y restricciones existentes para una coordinación efectiva y los resultados alcanzados.

Siguiendo Traxler (2003), existen dos problemas distintos de coordinación que tienen que resolver todos los sistemas de negociación colectiva que aspiran (ya formalmente o *de facto*) a coordinar las actuaciones de sus unidades negociadoras. El primero de ellos tiene que ver con la asunción de estrategias de negociación coherentes entre las distintas unidades negociadoras – lo que se conoce como *coordinación horizontal*. Como se ha visto más arriba, si bien puede ser en el interés del conjunto de trabajadores (y unidades negociadoras) limitar los crecimientos salariales a aquellos compatibles con el mantenimiento de la competitividad de la economía, con la finalidad de mantener los niveles de empleo, lo anterior no es válido para todas y cada una de las unidades negociadores (o trabajadores), ya que la subida salarial específica y de forma individual de cada una de ellas por separado no tendrá un efecto negativo apreciable sobre la competitividad agregada. Sin embargo, y esta es la esencia del Dilema del Prisionero[8], de hacerlo todos simultáneamente el resultado será el peor de los posibles. La existencia de coordinación horizontal garantizará que las mismas estrategias negociadoras (compatible con la estabilidad de precio y la competitividad y empleo) se apliquen en las distintas unidades negociadores.

El segundo problema de coordinación está vinculado a la capacidad de los órganos negociadores, sindicatos y patronal, de garantizar la disciplina de sus miembros. Esto es, su capacidad para garantizar el cumplimiento de las directrices acordadas. En este caso, Traxler habla de *coordinación vertical*. De nuevo, el problemas es que las decisiones tomadas a un nivel centralizado se cumplan a lo largo "de la cadena de mando" hasta alcanzar a las unidades negociadores de menor nivel.

Una buena arquitectura de negociación social tiene que garantizar, por lo tanto, que se alcancen simultáneamente buenos niveles de coordinación horizontal y vertical. El problema, sin embargo, es que hay razones para pensar que aquellos sistemas que facilitan la coordinación horizontal pueden no ser los más adecuados a la hora de garantizar la

[8] El dilema del prisionero es una de las situaciones más populares modelizadas en la Teoría de Juegos, al servir de ejemplo de cómo la persecución racional del propio interés por parte de los participantes en un *juego no cooperativo* conduce al peor resultado posible para cada uno de ellos. Este resultado se debe a la imposibilidad de desarrollar y mantener acuerdos que restrinjan los comportamientos privadamente racionales y garanticen la cooperación que permita alcanzar el mejor resultado colectivo.

coordinación vertical. Así, por ejemplo, cuando más centralizado está un sistema de negociación, más fácil será conseguir una alta coordinación horizontal. No obstante, se puede argumentar que cuanto mayor sea la centralización, mayor será la alienación o desvinculación de las unidades negociadores de menor tamaño de las decisiones tomadas en el ámbito central, y por lo tanto mayor el riesgo de incumplimiento de las directrices adoptadas.

Como señala Traxler (2003), el conflicto entre los requerimientos de la coordinación horizontal y vertical hace necesario la entrada de un nuevo agente, el sector público, que facilite la consecución de niveles suficientes de coordinación en ambos ejes. Siguiendo a este autor, a partir del estudio de los sistemas nacionales de negociación se pueden identificar varios sistemas de coordinación horizontal: (a) coordinación impuesta por el Estado (controles salariales, por ejemplo), (b) coordinación apoyada por el Estado (fijación de incentivos a los agentes para potenciar su coordinación), (c) coordinación inter-asociaciones (negociación centralizada entre grandes asociaciones), (d) coordinación intra-asociación (fijación de directrices de negociación en cada organización), (e) negociación siguiendo un modelo o líder negociador (se asume el comportamiento negociación de una unidad negociadora específica). Cada uno de estos modelos tiene unas distintas necesidades de coordinación vertical y estarán asociados con distintos niveles de eficiencia en términos de funcionamiento económico, dependiendo de si la arquitectura institucional de los mismos permite alcanzar los niveles de gobernabilidad necesarios o no (Cuadro 1).

Cuadro 1 Grado coordinación horizontal, requerimientos de coordinación vertical y resultados económicos.

		Necesidades de coordinación vertical		
		Baja	Media	Alta
Resultados económicos	Malos			-Coordinación inter-asociaciones, -Coordinación intra-asociaciones -Coordinación apoyada por el Estado En sistemas de alto bajo de gobernabilidad
	Medios	Negociación no coordinada		Coordinación por imposición estatal
	Buenos		Negociación siguiendo un modelo	-Coordinación inter-asociaciones, -Coordinación intra-asociaciones -Coordinación apoyada por el Estado En sistemas de alto grado de gobernabilidad

Fuente: Traxler (2003), p. 201

Resumiendo, la "nueva" literatura del análisis económico de los sistemas de negociación social avanza en lo referente a los requisitos de coordinación de los sistemas de negociación más allá de su descripción formal como sistemas centralizados o descentralizados, al tiempo que introduce elementos del contexto económico (como el grado de apertura de la economía) e institucional y de política económica (la respuesta de las autoridades monetarias a las decisiones de los agentes sociales) como factores determinantes de la relación existente entre resultados económicos y grado y tipo de negociación colectiva. En la siguiente sección repasaremos cuales son las principales conclusiones a las que se ha llegado (siquiera provisionalmente) sobre la vinculación entre ambas variables en los trabajos empíricos realizados con la finalidad de contrastar las teorías arriba resumidas.

2.2. Efectos socio-económicos de la concertación social: evidencia empírica

A la hora de repasar los principales resultados obtenidos del análisis empírico de los efectos de la concertación social nos ayudaremos de tres ambiciosos estudios: OCDE (2004), Aidt y Tzannatos (2002) y (2008) donde se revisan con alto grado de detalle, especialmente en los dos de Aidt y Tzannatos, los distintos resultados obtenidos en los trabajos, tanto de corte micro como macroeconómico realizados con la finalidad de desentrañar la relación existente entre concertación social/negociación colectiva y resultados económicos.

Como paso previo, es importante ser conscientes de la dificultad de obtener resultados estables y robustos en esta materia de la revisión de toda una serie de trabajos realizados con metodologías distintas y sobre países y espacio temporal diferentes. En primer lugar, los trabajos difieren sobre la variable de evaluación del impacto de la negociación colectiva. En algunos casos es la tasa de desempleo, en otros la tasa de empleo, en otros el Índice de Okun, definido como la suma de la tasa de desempleo y la tasa de inflación, en otros el índice de tasa de apertura definido como la suma de la tasa de desempleo y el déficit por cuenta corriente con respecto al PIB. Además de ello, los trabajos se diferencian en la variable sindical utilizada como variable independiente. En algunos casos, sobre todo en los trabajos más antiguos, se utiliza la tasa de afiliación sindical. Otros trabajos posteriores se centran en la tasa de cobertura de los convenios colectivos, mientras que los más modernos incorporan elementos relacionados con el grado de coordinación de las negociaciones colectivas. Junto a distintas variables dependientes, los trabajos también difieren en la forma de construir los indicadores que definen los distintos sistemas de negociación. Estas diferencias se ven a su vez amplificadas por las distintas decisiones metodológicas seguidas, que van desde análisis simples de correlación, pasando por análisis más complejos de regresión en donde se intenta aislar el efecto de las variables sindicales, hasta los métodos de dos etapas en donde se pretende estudiar los efectos de la existencia y características de la negociación colectiva sobre una variable dependiente como la "flexibilidad laboral" que a su vez se ha generado mediante análisis de regresión.

Junto a las diferencias anteriores, y los problemas que ello supone a la hora de hacer una valoración conjunta de los resultados alcanzados por los distintos trabajos, como acertadamente señalan Aidt y Tzannatos (2008), hay otros elementos que dificultan todavía más esta tarea. En primer lugar las muestras de países suelen limitarse a unos 10-20 países de la OCDE en un momento dado del tiempo, con pocos estudios basados en datos de panel (un grupo de países a lo largo del tiempo). En segundo lugar, las instituciones que rigen las negociaciones colectivas cambian a lo largo del tiempo, en muchos casos como resultado de presiones económicas, generando un problema de simultaneidad que normalmente se obvia en los análisis ya que la causalidad normalmente asumida es la que va de las instituciones a la economía y no lo contrario. Por todo ello, como señalan los autores. "hay que ser muy cuidadoso para no extralimitarse a la hora de sacar conclusiones de los resultados empíricos y evitar las interpretaciones causales" (p. 272).

Todo ello no significa, sin embargo, que no se puedan obtener conclusiones del más de centenar de sub-estudios de corte macroeconómico revisados por Aidt y Tzannatos (2002) o de los 28 estudios comparativos identificados por Aidt y Tzannatos (2008). En concreto, estos autores señalan las siguientes:

- El resultado más robusto (también subrayado en OCDE, 2003, p. 166) es la relación inversa existente el grado de coordinación de la negociación colectiva y la desigualdad salarial.
- La existencia de un alto nivel de cobertura de las negociaciones colectivas se relaciona con frecuencia con peores resultados económicos, aunque este efecto depende en gran medida del grado de coordinación de las negociaciones, ya que los países con "sistemas de negociación coordinados, por término medio, alcanzan mejores resultados económicos que aquellos con sistemas menos coordinados" sobre todo en las décadas de 1970 y 1980 (p. 290).
- La existencia de altos niveles de coordinación de la negociación colectiva minora el efecto negativo del alto nivel de cobertura de los convenios sobre el desempleo.
- La coordinación de la negociación colectiva cobra mayor importancia, y tiene mayores efectos positivos sobre los resultados económicos, en tiempos de cambio económico y social rápido. Esta relación lleva a los autores a la conclusión de que la coordinación facilita la respuesta a los shocks eliminando o reduciendo sus efectos adversos.

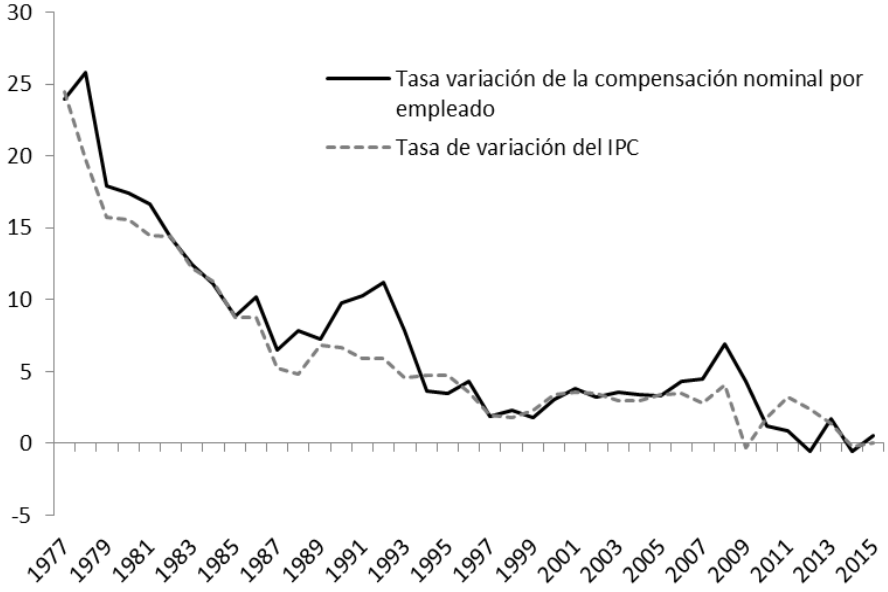
Así mismo, en la medida en que la negociación colectiva no se da en el vacío, sus resultados se verán influidos, además de por las características de las instituciones negociadoras, por toda otra serie de decisiones e instituciones con impacto sobre la economía. Esto es especialmente válido para la política monetaria, pero también lo es para otros ámbitos de política económica como la política fiscal o comercial. Ello significa que el efecto de un mismo modelo de concertación puede ser distinto en función del tipo de política económica de acompañamiento.

Para cerrar esta sección hay que señalar que el debate sobre los efectos de los acuerdos sociales y la negociación colectiva, en sus distintas formas y niveles de centralización-descentralización, sobre los resultados económicos ha sido especialmente intenso en España. A este respecto, distintos estudiosos del mercado de trabajo español achacan parte de la intensidad de destrucción de empleo durante la crisis económica y financiera a la rigidez salarial derivada del sistema intermedio de negociación colectiva dominante (Bentolila, Izquierdo y Jimeno, 2010). Por ejemplo, Diéz y Villanueva (2014) tras estudiar los convenios colectivos firmados en España antes y después de la caída de Lehman Brothers el 15 de Septiembre de 2008 concluyen que aquéllos firmados antes de dicha fecha se cerraron con aumentos salariales del 3.5%, mientras que los firmados con posterioridad ajustaron a la baja el aumento salarial situándose en el entorno del 2.5%. Ese mayor aumento de los salarios en los convenios anteriores a finales del 2008 se habría traducido según los autores en una mayor probabilidad de pérdida de trabajo tras el comienzo de la crisis. Desde otras posiciones, aún reconociendo la paradoja de que los mayores aumentos salariales de la última década se produjeran precisamente el año de la gran crisis, argumentan que ello se debió a la fuerte caída de la inflación, muy por debajo de los niveles previstos e incorporados en los convenios. Tras esa primera sacudida, los salarios se ajustaron a las nuevas previsiones de actividad e inflación, poniendo en marcha una dinámica de ajuste salarial a la baja más acorde con la situación de la economía.

Por otra parte, si atendemos al comportamiento de los salarios en las últimas décadas, al menos en lo que se refiere a los datos agregados, no parece que el sistema, ciertamente

perfectible, de negociación colectiva y acuerdos sociales imperantes haya conducido a una situación de inflación salarial, más bien todo lo contrario. Como se refleja en el gráfico 6, en las últimas décadas España se ha caracterizado, salvo episodios como el señalado más arriba, por practicar una permanente moderación salarial (Cruces, Alvarez y Trillo, 2012), justificada por los agentes sociales por la necesidad de priorizar el aumento del empleo sobre otras consideraciones, incluso en los años anteriores a la crisis caracterizados por fuerte crecimiento del PIB y del empleo. En lo que a esto respecta, es interesante comprobar cómo precisamente los años 1985-94, en donde no se firman grandes acuerdos sociales, coinciden con un periodo de crecimiento de los salarios nominales sensiblemente por encima de la inflación (hasta la crisis de 1993).

Gráfico 6. Tasa de variación de la compensación nominal por empleado y del IPC. España 1977-2015.



Fuente: AMECO, INE y elaboración propia

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores se ha revisado el estado de la cuestión referente a los efectos socioeconómicos de la negociación colectiva. Si hubiera que presentar una única conclusión de dicha revisión, probablemente lo más destacado sería la relativa falta de certidumbre sobre la vinculación existente entre negociación colectiva y resultados socioeconómicos. Una vez más, tanto la teoría como la contrastación empírica en economía permiten defender posiciones confrontadas en relación al tema que nos ocupa, lo que exige ser extremadamente cautos a la hora de ofrecer unas conclusiones globales. En todo caso, de la revisión de la literatura realizada se pueden destacar dos conclusiones especialmente relevantes. En primer lugar, la negociación colectiva (especialmente cuando se realiza en un ámbito superior a la empresa), tiene un efecto importante en término de reducción de la desigualdad salarial. Este sería, sin duda alguna, el impacto más claro de los sistemas de negociación colectiva, una

relación inversa entre desigualdad salarial y extensión y centralización de la negociación. En un momento en el que desde todas las posiciones doctrinales e ideológicas se considera a la creciente desigualdad como uno de los principales problemas económicos del mundo, este es un resultado que, sin lugar a dudas, merece la pena resaltar.

En segundo lugar, el repaso de la narrativa económica sobre la relación existente entre tipo de negociación colectiva y resultados económicos (empleo e inflación, principalmente) ha servido para documentar como, partiendo de una visión lineal de la relación entre ambas variables, en donde la negociación colectiva afectaba negativamente al empleo al facilitar la fijación de salarios superiores a los de equilibrio, se ha pasado a una visión más sofisticada y compleja de la relación existente entre ambas variables, donde lo que importa son las características de la misma, especialmente su grado de centralización, en un primer momento, y posteriormente, y junto a ello, el grado de coordinación existente entre las unidades negociadoras. Todo ello hace más difícil, pero también más relevante el análisis, llamando la atención así mismo sobre la importancia de tener en cuenta el contexto institución en el que se desarrolla la negociación colectiva a la hora de estudiar sus efectos.

4. REFERENCIAS

AIDT T. S., & TZANNATOS Z. (2008): "Trade unions, collective bargaining and macroeconomic performance: a review", *Industrial Relation Journal*, vol. 39(4), pp. 258-295.

AIDT T. S., & TZANNATOS Z. (2002): *Unions and Collective Bargaining. Economic Effects in a Global Environment*, World Bank, Washington.

AKERLOF, G. A. & YELLEN J. L. (1990): "The Fair Wage-Effort Hypothesis and Unemployment", *The Quarterly Journal of Economics* (1990) 105 (2): 255-283.

BENTOLILA, S., IZQUIERDO M., & JIMENO J. (2010): "Negociación colectiva: la gran reforma pendiente", *Papeles de Economía Española*, 124, pp. 176-192

CALMFORS, L., & DRIFFILL, J. (1988): "Bargaining structure, corporatism, and macroeconomic Performance", Economic *Policy* vol.6, pp. 14–61.

CAMERON, D. R. (1984): "Social democracy, corporatism, labour quiescence, and the representation of economic interest in advanced capitalist society" en J. GOLDTHORPE (ed.), *Order and Conflict in contemporary capitalism*, Oxford: Oxford University Press, pp. 143–178.

CLARK, J. B. (1888): "Capital and Its Earnings", *Publications of the American Economic Association* 3.2, pp. 9–69.

CRUCES, J., ÁLVAREZ, I. & TRILLO F.J. (2012): "Collective agreed wages in Spain", Background paper European policy conference: "Collective agreed wages in Europe; Challenges in the statistical and political field", 29/11/2012, Central Economic Council of Belgium, Brussels

DÍEZ CATALÁN, L., & VILLANUEVA E. (2014): "Collective Bargaining and Unemployment during the Great Recession: Evidence for Spain", disponible en: http://www.iza.org/conference_files/wagerigidities_2014/villanueva_e7178.pdf

DRIFFILL, J. (2005): "The centralization of Wage Bargaining Revisited. What have we learned?" *The European Institute*, LSE, 28/Nov/2005.

MANNING A. (2003): *Monopsony in Motion*, Princenton University Press, Princenton.

MCNULTY, P. (1968) "Economic Theory and the Meaning of Competition" *Quarterly Journal of economics*, 82 (4), pp. 639-656.

MORENEO, J. L. (Dir.) (2015): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socieconómicos*, CES Colección Estudios 233, Consejo Económico y Social de España, Madrid.

OECD (2012): *Employment Outlook 2012*, OECD. Paris.

OECD (2004): *Employment Outlook 2004*, OECD. Paris.

POHJOLA, M. (1989): "Corporatism and Wage Bargaining", en J. PEKKARINEN & B. ROWTHORN (Eds): *Social Corporatism: A Superior Economic System?* Oxford University Press, Oxford.

VAN PARIJS, P. (1996): *Libertad real para todos*, Paidós, Barcelona.

TRAXLER, F. (2003): "Coordinated bargaining: a stocktaking of its preconditions, practices and performance", *Industrial Relations Journal*, vol. 34(3), pp. 194-209.

TRAXLER, F. & BRANDL, B. (2009): *The Economic Effects of Collective Bargaining Coverage: A Cross-national Analysis*, ILO: Global Union Research Network. Geneva.

TRAXLER, F. & BRANDL, B. (2012): "Collective Bargaining, Inter-Sectoral Heterogeneity and Competitiveness", *British Journal of Industrial Relations* 50, pp.73-98.

WALLERSTEIN, M. (1999): "Wage-Setting Institutions and Pay Inequality in Advanced Industrial Societies" *American Journal of Political Science* 43, pp. 649-80.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

LUIS JORDANA DE POZAS (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

"La historia no es siquiera
un suspiro, ni una lágrima pura o carcomida o engañosa
[...] Aquí ya no hay historia ni siquiera leyenda;
sólo tiempo hecho canto
y luz que abra los brazos recién crucificada
bajo este cielo siempre en mediodía"

CLAUDIO RODRÍGUEZ[1]

1. SU IDEARIO DE PREVISIÓN SOCIAL ENMARCADO EN SU PENSAMIENTO SOCIOPOLÍTICO

Luis Jordana de Pozas (Zaragoza, 14 de diciembre de 1890 - Madrid, 22 de octubre de 1983), a lo largo de su extensa vida fue ante todo un jurista experto en materia de previsión social y Seguridad Social y después un eminente especialista en Derecho Local. Catedrático de Derecho Administrativo. Realizó en la Universidad de Zaragoza sus estudios de Derecho (los finalizó el día 18 de junio de 1912). Obtiene el grado de licenciado en Derecho –sobresaliente con premio– en la referida Universidad, ante un tribunal formado por Ricardo Sasera (Presidente), Inocencio Jiménez (Vocal) y Emilio Benavent (Secretario) (21 de octubre de 1912).

Se doctora en la Universidad Central de Madrid (30 de julio de 1913). Ya es significativo que su tesis versara sobre *Los accidentes de trabajo en la agricultura*, obteniendo la máxima calificación de sobresaliente. El tribunal estaba integrado por Rafael de Ureña (Presidente), Adolfo G. Posada, Francisco J. Jiménez, Leopoldo Palacios y Pío Ballesteros (Secretario). Un tribunal, pues, con una fuerte impronta krausista (especialmente marcada en Rafael de Ureña, Adolfo G. Posada y Leopoldo Palacios Morini)[2]. Desde entonces, con sólo paréntesis derivados de su actividad política, tendría una especial

[1] RODRÍGUEZ, CL.: *Poesía completa (1953-1991)*, Barcelona, Ed. Tusquets Editores, 2001, págs. 297-298.
[2] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 27 y sigs., *passim*; *Íd.:* "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 134 (2007), págs. 307-358.

centralidad la problemática de los seguros sociales y su sistematización en los sistemas de previsión social pública, hasta su evolución, racionalización e integración en los modernos sistemas de Seguridad Social a partir de la Ley 193/1963, de 27 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social. Ello se sumaría –como se refleja en sus publicaciones en su larga trayectoria– su particular interés por todo lo concerniente a la Administración Local (No se olvide, en este sentido, que su Tratado de "Derecho Municipal" de España, publicado en 1924, el primer Tratado que se publicara en nuestro país, aunque ya existían muchas publicaciones muy relevantes y pioneras como las de Adolfo G. Posada: *Evolución del Régimen Local en España. 1812-1909*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910; *íd.: Régimen Municipal de la Ciudad Moderna. Bosquejo del Régimen Local*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1916).

Jornada de Pozas ampliaría sus estudios en la Facultad de Economía y Ciencias Sociales de la Universidad de Londres. Es de realzar que consigue una pensión de la Junta de Ampliación de Estudios para estudiar en Inglaterra la cuestión social agraria (13 de septiembre de 1913, prorrogada el 24 de enero de 1914)[3]. Cursa, además, cursos en la "*School Of Economics and political Sciencia* de la Universidad londinense ("Aspectos de la moderna agricultura inglesa"), Profesor Cleveland-Stevens; "Tradeunionismo", Profesor Sidney Webb; "Sindicalismo francés", Profesor Mantoux, etcétera), en la Universidad Politécnica y en otros centros y círculos liberales. Estudia en la cuestión agraria en Irlanda, desplazándose allí directamente para conseguir la información necesaria. En 1915 publica un interesante trabajo, "Apuntes para un estudio del movimiento obrero en Zaragoza" (Madrid, 1915).

Él adquiere la condición de profesor auxiliar en la Facultad de Derecho de Zaragoza (8 de octubre de 1914), y tras sucesivas tomas de posesión de otras plazas universitarias alcanzaría, por oposición, la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Compostela (1916). En 1918 es nombrado catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, que obtiene por oposición. Jordana participaría activamente en la vida política: sería Diputado provincial en Valencia (1923-1926). En esos años asesora al Ministro José Calvo Sotelo –entablando relaciones de amistad y confluencia de pensamiento con él– y colabora de modo decisivo en la redacción de los Estatutos de Régimen Local (1924) y Provincial (1925). Sería igualmente Consejero fundador de la Unión de Municipios Españoles, creados en 1925 por Calvo Sotelo y Fernando Suárez de Tangil Angulo. Asumiría distintos cargos, y entre ellos, ya durante la IIª República, el de Director Delegado de la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, Instituto Nacional de Previsión (1934), Vocal de la Junta Consultiva de Seguros (1939), Consejero Permanente de Estado (1940), Comisión del Instituto Nacional de Previsión (1941), miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (19141), Profesor de la Escuela Social de Madrid y del Instituto de Estados de Administración Local (1942), Procurador en Cortes (1943, 1961, 1964), Consejero Permanente de Estado y Presidente de la Sección Tercera (Gobernación y Trabajo) (1945), Académico de la Real Jurisprudencia y Legislación (que llega a presidirla en dos ocasiones), *Director General del Instituto Nacional de Previsión* (1950), y Delegado general del mismo Instituto hasta 1959; redactor de la Revista de Administración Pública, cuyo Consejo presidió; Presidente del Comité Ejecutivo de la Comisión española de cooperación con la

[3] Véase AGA, Educación, 31/16.002 (legajo, 799, exp. 49); Archivo de la Junta de Ampliación de Estudios, JAE/82-77.

UNESCO, Medalla al Mérito en el Trabajo, categoría de oro (1959) y Medalla de oro de la Mutualidad Escolar y de la Previsión Social.

Se reincorpora, en 1936, en la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela (1936), pasando después de la guerra "(in)civil" (por decirlo con Adolfo G. Posada) a la cátedra de Derecho Municipal Comparado, en el doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central (1941). Hay que tener en cuenta que el Golpe militar, del llamado "bando nacional", le sorprende en Melilla donde se había desplazado por razón de la realización de tareas vinculadas a su condición de técnico del INP, adhiriéndose inmediatamente al mismo. En 1945 ocupó la presidencia de la Comisión Nacional de la Previsión Social que puso en marcha la Junta de Defensa Nacional y fue vicepresidente de la Comisión de Trabajo de la Junta Técnica de Estado. Asumiendo finalmente la Primera Cátedra de Derecho Administrativo de dicha Universidad (1951)[4].

Su trayectoria refleja una fuerte presencia institucional, investigadora y divulgadora, como luego se indicará, en el campo de la previsión social y de la Administración Local.

1.1. Las raíces de su pensamiento. De la democracia cristina al "Estado Corporativo"

Jordana de Pozas fue "Maurista", miembro del Grupo de la Democracia Cristiana, participa en la fundación del malogrado Partido Social Popular, figurando entre sus promotores valencianos, colectivo regional que, al advenimiento de la Dictadura y al romperse este partido, acepta colaborar con aquélla.

Efectivamente, en ese plano político la figura de Jordana de Pozas está vinculada a los inicios de la Democracia Cristiana en España. Fue uno de los miembros que confluyeron en la creación del Grupo de la Democracia Cristiana, junto a Severino Aznar, Maximiliano Arboleya y Álvaro López Nuñez. Su posición ideológico-política era moderada; más que una defensa de la democracia representativa, postulaba la justicia social dentro de la variedad de formas de gobierno político, defendiendo la intervención subsidiaria del Estado en la cuestión social y la realización de políticas de distribución de la riqueza y de prevención de la miseria y de las situaciones de desigualdad social. Entendía que no existía una contradicción o antinomia entre la caridad cristiana y la justicia legal. Pero junto a la instituciones y obras de caridad, era estrictamente necesario establecer una política social y singularmente un sistema público de previsión y aseguramiento social obligatorio (tras la experiencia intermedia –y educativa– del régimen de libertad subsidiada) que hiciera frente a la imprevisión social y a la insuficiencia intrínseca de los instrumentos de la autoprevisión individual (ahorro privado, mutualidades de previsión, etc.).

Con la defensa del seguro social obligatorio se daría paso al sistema de previsión social y tras él se abría paso los sistemas modernos de Seguridad Social. En ese desarrollo

[4] Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Luis Jordana de Pozas", en *Revista de Administración Pública* 103 (enero-abril 1984), págs. 5-14; RAMOS VÁZQUEZ, I. y PELÀEZ, J.J.: "Jordana de Pozas, Luis" (1890-1983)", Voz en PELÁEZ, M.J. (editor y coordinador): *Diccionario crítico de juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos*, Vol. I, Barcelona/Zaragoza, Edita Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, distribuye Librería Proteo de Málaga, 2005, págs. 439-441.

cualitativo tendría un papel central personalidades relevantes como José Maluquer y Salvador, Álvaro López Nuñez, Adolfo G. Posada, Severino Aznar, Inocencio Jiménez Vicente, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Rafael García Ormaechea y el mismo Luís Jordana de Pozas, que en su dilatada vida activa pudo apreciar los ciclos aluvionales que condujeron a transitar de los seguros sociales asistemáticos, a los seguros sociales racionalizados (sistema de previsión social) a los seguros sociales integrados, holísticos y expansivos (la Seguridad Social). Siendo relevante anotar la contribución efectiva de un *equipo pluralista en lo ideológico*, en un espectro que va desde el krausismo social republicano (Adolfo Álvarez Buylla y Adolfo G. Posada, Leopoldo Palacios Morini…), el catolicismo social y el socialismo jurídico (Ricardo Oyuelos Pérez; Rafael García Ormaechea, P. Pérez Díaz, Antonio Fabras Rivas, Luís Araquistain Quevedo, Manuel Vigil Montoto,...), regeneracionistas republicanos (señaladamente, José Maluquer y Salvador, con fuerte presencia también en su pensamiento reformista de la ideología regeneracionista-democrática y del católico-social) y los conservadores reformistas liberales (Dato, José Canalejas…).

En ese amplio espectro, Jornada de Pozas tendría un singular papel en lo que se refiere al aseguramiento de los accidentes de trabajo en la agricultura y en la protección de la familia a través de los seguros sociales; y asimismo es de destacar su aportación al proceso de institucionalización y racionalización del sistema de previsión social en nuestro país. Hay que señalar, en tal sentido, que en la época de la dictadura franquista dentro del sistema de previsión social la protección familiar y el subsidio familiar tuvieron cierta relevancia, aunque no exenta, desde luego, de un exceso de "retórica social" propagandística propia del régimen (Y, sin embargo, y de modo harto significativo, la protección de la familia no encontró nunca en la etapa franquismo una cobertura estatal plenamente satisfactoria en la praxis jurídica). Al tiempo, todavía en el período de la dictadura se fue caminando en la dirección de construir un sistema de Seguridad Social (a destaca la Ley de Bases de la Seguridad Social, Ley 193/1963, de 28 de diciembre[5], que conforme expresaba su Exposición de Motivos se consideraba que había llegado el momento político-jurídico de pasar de "un conjunto desordenado de seguros sociales" a un "Sistema de Seguridad Social", que no se limitaría a ordenar ese conjunto, sino que lo haría con los criterios de una Seguridad Social moderna) a partir del conjunto desorganizado precedente de previsión social y ordenación mutualista. Jornada de Pozas ya había conocido *in situ* ampliamente la experiencia anglosajona y el pensamiento de William Beveridge sobre la construcción de las modernas políticas y sistemas de Seguridad Social[6] (En los archivos del INP consta la fotografía de Jordana de Pozas recibiendo a Lord Beveridge en el aeropuerto de Barajas, en el año 1946)[7]. Jordana de Pozas se había mostrado ya en 1946 en favor de la unificación de los seguros sociales en un sistema unificado con cajá única y gestión pública unificada[8].

[5] Véase el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprobara el primer Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[6] Véase JORDANA DE POZAS, L.: "Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social española", discurso pronunciado el 27 de febrero de 1958, en la solemne sesión pública estatutaria del Consejo de Administración del INP, conmemorativa del cincuentenario de la Previsión Social Española, en el 51 aniversario de la Obra de Previsión Social. Discursos de Clausura, Madrid, INP, 1958.

[7] La fotografía se reproduce en VV.AA. CASTILLO, S. (Dir.): *Cien de protección social en España*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pág. 100. Consúltese, VV.AA. TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.-Coord.): *(...)*

En el marco de la corriente del catolicismo social en el INP, cabe añadir a Álvaro López Nuñez, Inocencio Jiménez y, especialmente en la postguerra –aunque también antes–, a Luís Jordana de Pozas (discípulo de Inocencio Jiménez y de Álvaro López Nuñez; Jornada de Pozas, reconoció significativamente como uno de sus maestros a Álvaro López Nuñez[9]), Severino Aznar y José Álvarez Ude. Todos ellos estaban convencidos de la necesidad de canalizar una parte esencial de la reforma social integradora hacia la instauración de un sistema de aseguramiento social y, asimismo, de que habría que caminar hacia la creación coherente de un sistema de Seguros Sociales unificados, sobre la base de un conjunto de principios coherentes (universalidad subjetiva objetiva, consideración conjunta de las contingencias, unidad principal de la gestión, etc.). Es cierto que el principio de subsidiariedad (aceptado por el catolicismo social) pudo influir negativamente en el inicio de los seguros sociales obligatorios al hacer más proclive la apuesta por un régimen de seguros basadas en la libertad subsidiada, pero al tiempo también fueron los propios católicos sociales los que percibieron las insuficiencias del modelo inicial apostando por los modelos de seguro obligatorio que se venían extendiendo en la mayor parte de los países europeos de referencia (siguiendo en esto de cerca la experiencia originara alemana de implantación de seguros sociales obligatorios). Así, en materia de aseguramiento social frente a los riesgos de la existencia humana, se superaría la lógica del intervencionismo subsidiario (modelo inicial en Bélgica y en Italia de seguro libre subsidiado), como supuesta solución intermedia viable entre la opción liberal estricta de apuesta por la iniciativa privada (mercado del seguro mercantil) y el llamado "socialismo de Estado" o intervencionismo público "fuerte", que supondría la publificación de los seguros imponiendo legalmente su carácter obligatorio[10].

Adviértase que el Grupo democristiano se mantendría, pero figuras destacadas del mismo participarían en la fundación del "Partido Social Popular" (fundado el 20 de diciembre de 1922) (Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Luís Jordana de Pozas, etc.), primer

Cien años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

[8] "Instituto Nacional de Previsión. Informe del Comisario don Luis Jordana de Pozas sobre unificación de los seguros sociales y racionalización y mecanización de los servicios", 20 de diciembre de 1946. Archivo General de la Administración (AGA), Sección Sindicatos; IDD 90.01, R/390.

[9] JORDANA DE POZAS, L.: "Ser, Vida y Muerte del Excmo. Sr. D. Álvaro López Nuñez", Disertación leída en la sesión ordinaria de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 8 de febrero de 1972. Publicada originariamente en los "Anales" de la misma R.A., núm. 54 (1977); y más ampliamente en su libro JORNADA DE POZAS, L.: *Elogio de don Álvaro López Nuñez*, Madrid, 1942, donde subraya –desde la propia implicación- su pensamiento social cristiano y su compromiso con las personas y clases desfavorecidas cristalizado en su importante papel en el proceso de reforma social y creación de los seguros sociales en España. El mismo Jordana de Pozas fue miembro activo del Grupo de la Democracia Cristina. Véase AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano"*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950; LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Inventario bibliográfico del Grupo de la Democracia Cristiana*, Madrid, 1925; JORDANA DE POZAS, L.: *Elogio de don Álvaro López Nuñez*, Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Madrid el día 27 de febrero de 1942, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1942; ALZAGA VILLAAMIL, O.: *La primera democracia cristiana en España*, Barcelona, Ed. Ariel, 1973; y ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador en España: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares, 2010, *passim*.

[10] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Severino Aznar y Embid (1870-1959): Política y Seguridad Social desde el Catolicismo Social", en *RDSS. Laborum*, núm. 5 (2015), págs. 261 y sigs.; *íd.:* Sobre las distintas corrientes ideológicas coexistentes en el INP, puede consultarse, *Íd.: La reforma social en España. Adolfo Posada*, Granada, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, 356 y sigs.

partido político en España de inspiración en la ideología de la Democracia Cristiana y en el neocatolicismo, aunque su composición era más heterogénea, pues su fundación surgiría de distintos sectores de la derecha política en el declive del modelo canovista de la Restauración borbónica. Ello explica que formaran parte personalidades como José Larraz López, Salvador Minguijón, Genero Pozo, Ángel Ossorio y Gallardo, Victor Pradera, José María Gil Robles, José Moneva y Puyol, M. Sancho Inquierdo, J. Ibañez Martín, Luis Díez del Corral, Francisco Barrachina. Como el Partido Social Popular, como el mismo Grupo de la Democracia Cristiana que concurrió a su creación, tenía la mirada puesta en el modelo de "Partido Popolare Italiano", fundado en 1919. Luigi Sturzo (1871/1959), fue uno de sus fundadores. Este partido fue antecedente ideológico-político de la democracia cristiana. El nuevo Partido mantenía un doctrina de fuerte impronta corporativista (desconfiaba y tenía cierta ambigüedad respecto al modelo liberal de representación parlamentaria) y se dotó de un programa de regeneración política y de reforma social a través de la puesta en práctica de los postulados del catolicismo social; pretendía luchar contra el caciquismo mediante la representación proporcional, el voto secreto, el voto femenino y el voto corporativo. El nuevo partido de la derecha católica no alcanzó a ser –a lo que aspiraba– un partido de masas. El Partido Social Popular desaparece con la instauración del Directorio militar, aunque formalmente se mantiene hasta 1924, fecha en la que cierra su sede en Madrid y se disuelve de *facto*.

En la ideología católica de Jordana de Pozas está presente la concepción corporativa autoritaria, en la que influyó la doctrina oficial católica de la Iglesia y pensadores como Mijail Manoilescu, del cual traducirá su libro *El Partido único* (1938)[11]. Este pensador rumano ejerció una gran influencia en España[12], en personalidades que pretendían la reforma corporativa del Estado, y en los movimientos nacionalsindicalista y falangista. El propio Jordana de Pozas lo expresaba nítidamente: "Sin duda por el deslumbramiento que produce la potente originalidad del fascismo, del nacional-socialismo y de los demás movimientos que suelen llamarse totalitarios, nadie había reparado en que sus notas comunes son tantas y tales que justifican el estudio del partido único como una institución política valedera para todos los tiempos y todos los países. Al ilustre autor de este libro corresponde el mérito de haberlo visto antes que nadie y de haber hecho ese estudio en forma difícilmente superable. Cosa análoga ocurría en España. La breve historia intensa, al estilo peculiar y las raíces programáticas de la Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. tienen, al parecer, bien poco de común con los fenómenos y las instituciones que en este libro se analizan. Y sin embargo, confrontada con ellos de un modo metódico, es más fácil la comprensión de su ser

[11] MANOILESCO, M.: *El Partido único*, Prólogo de Raimundo Fernández Cuesta y *traducción y Presentación* de Luis Jordana de Pozas, Zaragoza, Editorial "Heraldo de Aragón", 1938. Sobre el pensamiento de Mijail Manoilescu y su influencia puede consultarse FERNÁNDEZ RIQUELME, S.: *Corporativismo y política social en el Siglo XX. Un ensayo sobre Mijail Manoilescu*, Murcia, Ediciones Isabor, 2005, y con referencia a su recepción en España en el Capítulo 3, págs. 139 y sigs.

[12] La operación cultural e ideológico-política se completó con la traducción de su obra más importante, MANOILESCO, M.: *El siglo del corporativismo. Doctrina del corporativismo integral y puro*, versión castellana del Dr. Hernán G-Huidobro G., Inscripción Nº. 8398, con autorización del Autor y Editor, Madrid, 1941. También la traducción *El Siglo del corporativismo*, Santiago de Chile, Ed. El Chileno, 1941. Igualmente la traducción al castellano de su libro *Teoría del proteccionismo y del comercio internacional*, Madrid, Dirección General de Comercio y política arancelaria, 1943.

y de su destino"[13]. Y añade seguidamente, con confluencia de pensamiento, que: "muchos de los que recibieron su formación política e intelectual antes de la Dictadura, experimentan cierta dificultad para entender lo que es la Falange y para darse cuenta de que el Movimiento Nacional sería un trágico y estéril episodio si la Falange no cumpliese la trascendental misión que en Italia y en Alemania han llevado a cabo los partidos fascistas y nacional-socialista y que solamente a ella le es dado realizar. La lectura de estas páginas les ayudará a comprender que lo que triunfa en España, gracias al heroísmo sin igual de nuestros soldados y al genio del Caudillo, no es una dictadura, ni una restauración, ni tampoco una etapa transitoria, sino una revolución que dará a España una estructura y un régimen permanente y distinto de cuantos le precedieron"[14].

Con todo, no es difícil vislumbrar la proclividad de figuras significativas de ese grupo de la democracia cristiana hacia la adhesión al ideario político-social del nuevo régimen autoritario tanto de la Dictadura de Primo de Rivera, como de la Dictadura franquista. Es el caso de Pedro Sangro y Ros de Olano, Severino Aznar, Inocencio Jiménez y el propio Luis Jordana de Pozas, que terminaron por defender –con manifiesta contradicción en sus propios términos– una suerte de "democracia cristiana" *sin* "democracia" política y dentro de un enfoque autoritario en lo político y corporativo en lo social y "sindical.

1.2. La tarea social del Estado. "Lo social" en el Estado corporativo

Para Jornada de Pozas los fines de la Administración Pública conectan indisociablemente con los fines del Estado[15]. En el Estado liberal se exagera el individualismo sin admitir las instituciones intermedias subordinadas al interés público. "En el orden social y económico, se pregona más que se practica un abstencionismo total por parte del Estado: libre contratación del trabajo, libertad de comercio e industria en el interior, libre cambio… La inevitable acción asistencial de los pobres se tiñe con caracteres represivos cuasi penales". Pero "frente a este programa (individualista), con la premiosidad y dificultades propias del estado práctico de sujeción en que se hallaban las víctimas del mismo, aparecen las primeras doctrinas socialistas, se coaligan los sindicatos obreros y, más tarde, se organizan los partidos socialistas para conquistar el Poder por la revolución o por el voto. Hasta 1917 aquélla resulta ineficaz. Todos los partidos socialistas repudian la propiedad individual de los medios de producción y propugnan el intervencionismo social y económico…". Entre las tendencias o actitudes extremas, maximalista, sobre los fines del Estado surgen muy variadas soluciones intermedias o conciliadoras. En todo caso, todas ellas conducen, de un modo u otro, al "fenómeno del prodigioso crecimiento de la actividad administrativa"[16].

[13] JORDANA DE POZAS, L.: "Presentación" al libro de MANOILESCO, M.: *El Partido único*, Prólogo de Raimundo Fernández Cuesta y *traducción y Presentación* de Luis Jordana de Pozas, Zaragoza, Editorial "Heraldo de Aragón", 1938, pág. 11.

[14] JORDANA DE POZAS, L.: "Presentación" al libro de MANOILESCO, M.: *El Partido único*, Prólogo de Raimundo Fernández Cuesta y *traducción y Presentación* de Luis Jordana de Pozas, Zaragoza, Editorial "Heraldo de Aragón", 1938, pág. 12.

[15] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", en *R.A.P.*, núm. 4 (1951), pág. 11.

[16] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra. Orientaciones Presentes de los Seguros Sociales*, Madrid, Publicaciones del INP/Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1925, págs.13-14 y sigs.

Para Jordana de Pozas la acción administrativa tiene como finalidad general satisfacer las necesidades públicas en cada momento. Por necesidad se entiende todo deseo o utilidad que, de no ser satisfecho, produce graves males[17]. Las actividades administrativas de protección social y de fomento están al servicio de las necesidades públicas, del bien común[18].

2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FUNCIÓN SOCIAL DEL ESTADO Y "SERVICIO PÚBLICO"

Hace notar Jornada de Pozas que es indudable la extensión del actuar administrativo, bajo distintos partidos y credos. "Las grandes obras públicas, las primeras *leyes protectoras del trabajo, las leyes de asistencia,* son casi siempre dictadas por Gobiernos conservadores. Los seguros sociales obligatorios nacen en Alemania con Bismarck y contra los socialistas, y (según ha descubierto la reciente correspondencia entre el hijo de Asquith y Lloyd George) su implantación en Inglaterra es preparada por los "tories" y se hace con la oposición de los teóricos del socialismo Fabiano" (sic.).

El fenómeno de la expansión de las actividades administrativas a ámbito cada vez más amplios ha sido universal, constante y acelerado. Ha tenido causas profundas. Tales causas son principalmente el aumento demográfico, el progreso material, la concentración de la población, la elevación del nivel general de vida, la inseguridad producida por la ruptura de la unidad espiritual y política y por la expansión exterior de algunos pueblos y otras menos importantes. Tales causas han producido una extraordinaria multiplicación de las necesidades individuales y colectivas, una impresionante analogía y generalización de esas necesidades y una insuficiencia creciente de los medios de que para satisfacerlas disponen los particulares o sus organizaciones privadas. Precisamente estas circunstancias determinan el desarrollo de las actividades administrativas, en tal grado que se ha podido hablar de una ley de la *multiplicación de los servicios públicos*. Fenómeno derivado de la multiplicación de las actividades económicas, sociales y culturales del Estado contemporáneo. Esto enlaza, sin duda, con la influyente afirmación clásica realizada por Adolph Wagner (1835-1917) de la ley de expansión de las actividades del Estado. Wagner fue un "socialista de cátedra", partidario del "socialismo de Estado", que formuló la "Ley Wagner de incremento de la actividad estatal".

La intervención pública en el orden social y económico fue creciente, los servicios administrativos se desarrollaron sin cesar, KEYNES extendió el epitafio de la escuela en su influyente opúsculo *The End of «laissez faire"*[19]; pero lo que HAURIOU llama «el orden individualista» siguió en la base constitutiva de la sociedad occidental[20].

[17] JORDANA DE POZAS, L.: "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", en *R.E. P.*, núm. 48 (1949), pág. 41.
[18] JORDANA DE POZAS, L.: "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", en *R.E. P.*, núm. 48 (1949), págs. 41 y sigs.
[19] Este ensayo, "El final del *laissez faire",* fue publicado como opúsculo por Hogarth Press en julio de 1926, y recogido en la recopilación de KEYNES, J.M.: *Ensayos de persuasión,* Barcelona, Ed. Crítica, 1988. También publicado después por Ed. Síntesis, Madrid, 2009.
[20] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", cit., págs. 16 y 18.

Según Jordana de Pozas, la ruptura definitiva del orden liberal "se produjo con la revolución bolchevique de 1917 y se refleja, como en ningún otro texto, en el Capítulo X de la vigente Constitución de la U. R. S. S. de 5 de diciembre de 1936, consagrado a prescribir los «derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos»" y con los textos constitucionales de situados en la tradición del constitucionalismo social. Se observa "en los textos constitucionales más recientes, como las Constituciones francesas e italiana y nuestro mismo Fuero de los Españoles, que muchos de los derechos en ellos enumerados consisten realmente en prestaciones administrativas, o no pueden ejercitarse sino con la colaboración activa de órganos del mismo carácter". Sin embargo, los países occidentales mantienen firmemente la distinción de una esfera de la persona y otra pública e intentan delimitarlas. No obstante, la esfera de libertad personal se ha reducido y la línea divisoria es incierta y permeable. En España se mantiene viva en la conciencia política la idea de que el Estado es para la persona, pero que ésta necesita que la función de aquél no se limite a garantizarla un ámbito de libertad a salvo de peligros, sino que se manifieste en auxilios y servicios cada vez más complejos, dado que en la actual coyuntura solamente con la ayuda del Estado puede la persona cumplir plenamente sus fines propios[21]. El intervencionismo público en el plano social era una consecuencia de estos procesos de transformación social y su proyección en las nuevas tareas de las administraciones públicos.

El sentido de esa expansión es diferente en cada país. En unos, es la implantación declarada o la progresiva marcha hacia el Estado socialista. En otros, simple necesidad económica y política. "En España –afirma–, deliberada rectificación de las exageraciones individualistas, acción supletoria de la iniciativa privada (con proclamado propósito de vigorizarla en lugar de proscribirla) o necesidad imperiosa del abastecimiento y defensa de la moneda o de la independencia nacionales". Esa tendencia encuentra numerosas expresiones. Así significativamente, la tendencia a instaurar un "mínimum nacional. Actualmente se ha llegado a la conciencia de lo que puede llamarse la doctrina del "mínimum nacional". Significa ésta que en cada país y en cada momento el grado de cultura y desarrollo alcanzado impone su generalización a todos a través de la fijación de niveles mínimos que la ley obliga a alcanzar y que la Administración se cuida de que sean efectivamente observados. Aparecen de este modo las vacunaciones obligatorias, los reconocimientos previos, los servicios gratuitos sanitarios, la enseñanza obligatoria (con toda la enorme complejidad de los servicios requeridos para que sea efectiva), los servicios mínimos obligatorios impuestos por el Estado a las Corporaciones locales, las normas mínimas referentes a la construcción y a las viviendas, la multiplicación de las funciones de la policía general y de las especiales y tantas y tantas otras actividades y servicios administrativos. Debe realzarse que el nivel mínimo que delimita la zona de los deberes y de las facultades individuales en cada aspecto de la vida es una escala movible, constantemente elevada siempre que se trate de una sociedad próspera y progresiva, con lo que –aparte del consiguiente desarrollo de los servicios– se crea un clima favorable a la incesante ampliación de la actividad administrativa, que se convierte en una tendencia consuetudinaria[22].

Por otra parte, la Seguridad Social es igualmente un exponente de las nuevas tareas asumidas por el Estado de Servicio Público. Muchos aspectos dispersos de ese mínimo

[21] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", cit., págs. 19-20.
[22] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", cit., págs. 21-22.

nacional han venido a integrarse en la necesidad pública de la Seguridad Social. La Seguridad Social responde al mismo profundo deseo humano de paz y de bienestar y a las consecuencias del orden económico presente. *La Seguridad Social viene a unir en un todo que va logrando coherencia el movimiento arrollador que busca garantizar la normalidad de las rentas durante las interrupciones de la actividad laboral o su cese por vejez o invalidez mediante los seguros sociales obligatorios*, la intervención en el orden económico para lograr el "full employment" o trabajo para todos[23] y, por último, la asistencia completa sanitaria. *El carácter de servicio público de la actividad que persigue la satisfacción de tales necesidades es indiscutible*, tanto si –como ocurre en los países anglosajones– es administrado por gestión directa como si se personifica el servicio mediante la fundación de instituciones públicas autónomas, como es el caso en el mundo hispánico[24]. Jordana considera que la Seguridad Social se despliega como servicio público.

En este contexto, señala Jordana de Pozas, una sociedad bien organizada y civilizada requiere la creación de empleos y oportunidades y un incremento de los servicios públicos. Se debe a HAURIOU la certera observación de que los empleos forman una nueva categoría de bienes o cosas del orden de la soberanía. Lo que no alcanzó a ver es que ese mismo fenómeno se daba igualmente en la organización capitalista de la economía y que es, en realidad, propio de un cierto estadio de la evolución económicosocial. Por su misma naturaleza, el paso ascendente de la posesión del uno de esos empleos a la de otro es mucho más fácil que la promoción equivalente en la posesión de bienes del orden de la riqueza material. Se ha designado esa facilidad de promoción o ascenso económico y social con la palabra «opportunity», que significa oportunidad, ocasión o coyuntura. Un país de oportunidades es aquel en que el hombre, por sus propios méritos y esfuerzos, puede elevarse fácilmente en la escala social. Este objetivo de promoción puede satisfacerse a través una educación que atraiga y forme gratuitamente a los mejor dotados, sin atender a sus medios de fortuna; y con una organización fluida de las colocaciones y de los ascensos, tanto en el orden privado como en el público, que abra paso al mérito[25].

El enfoque que adopta Jordana de Pozas sobre la justificación y límites de la actividad administrativa está vinculado al Estado Corporativo (enlazando explícitamente con el pensamiento de José Antonio Primo de Rivera) y la doctrina cristina. La justificación y de los límites de la actividad administrativa se justifica en la consideración de la persona y su dignidad. Ante todo, afirma, existe el hombre. El hombre que, según nos enseña la doctrina cristiana, fue creado por Dios a su imagen y semejanza, y al destino personal del cual se hallan ordenados todos los demás seres y cosas. El hombre, portador de valores eternos y capaz de salvarse o de condenarse, según la frase bellísima y profunda de José Antonio[26]. En

[23] Nótese la presencia en esta reflexión de los Informes Beveridge. Véase *Social Insurance and Allied Services* ('Informe al Parlamento acerca de la seguridad social y de las prestaciones que de ella se derivan'"), 1942. (Informe Beveridge); *Full Employment in a Free Society* ('Trabajo para todos en una sociedad libre'), 1944 (Informe Beveridge). Traducidos al castellano: BEVERIDGE, W.: *Informe de Lord* Beveridge, *vol. 1, Seguro social y servicios afines*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989; BEVERIDGE, W.: *Informe de Lord* Beveridge, *vol. 2, Pleno empleo en una sociedad libre*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

[24] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", cit., págs. 22-23.

[25] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", cit., págs. 23-25.

[26] Ese entronque de pensamiento resulta evidente. Basta reparar en algunas reflexiones de Primo de Rivera: "Queremos menos palabrería liberal y más respeto a la libertad profunda del hombre. Porque sólo se respeta la libertad del hombre cuando se le estima, como nosotros le estimamos, portador de valores eternos; cuando se le *(...)*

cuanto a los fines, el Estado y la Administración son para él y no al contrario. Por ende, ésta sola creencia basta para alzar un dique infranqueable entre el comunismo bolchevique y nuestro propio Estado, por grandes que sean las apariencias de que, en todo el mundo, presenciamos una transformación idéntica en el fondo y distinta únicamente en el grado de desarrollo que alcanza en cada país. Ahora bien, esa obligada *subordinación de fines* puede lograrse y habrá de lograrse sin necesidad de mantener en torno al individuo una amplia esfera exenta de toda intervención pública. Ahora bien: *Precisamente para cumplir sus fines personales, el hombre necesita hoy del auxilio del Estado. Y ese ha de ser el sentido y la justificación del ejercicio del poder administrativo.* En tal sentido, cable establecer, según Jornada de Pozas, el principio de que la *Administración sólo debe intervenir cuando una necesidad general lo exige* y el corolario de que entonces debe hacerlo en la medida en que compruebe la insuficiencia de la iniciativa individual o social, no sustituyéndose por entero a ella sino cuando sea extremadamente conveniente. *En el terreno constituyente, cabe añadir que el Estado debe organizarse corporativamente, favoreciendo la existencia de instituciones y corporaciones intermedias entre él y el individuo y devolviendo a unas y otras, cuando hayan adquirido vida auténticamente propia, las funciones que se vio obligado a asumir por la atomización individualista consumada en el pasado siglo*"[27].

Jordana de Pozas apuesta por la aplicación de una doctrina corporativa del Estado de corte nacional-sindicalista, que por definición es un tipo de Estado intervencionista y de planificación administrativa, pero basada en una descentralización orgánica y funcional. Piensa que "en *nuestra doctrina corporativa del Estado, que es sindicalista en cuanto a los procesos económicos respecta, pero que abarca, también, la estructuración institucional de las demás actividades sociales, se considera como provisional o temporal la presente inflación del poder administrativo. La meta perseguida consiste en llegar a un Estado en el que el gran número de las facultades de intervención que hoy ejercen los órganos administrativos pase a las comunidades territoriales o sindicales y a las instituciones de fines especiales"*. Para él, la descentralización por servicios o personificación de servicios públicos es un medio, si no de limitar la actividad administrativa, sí de fraccionar el poder que esa actividad lleva consigo y de facilitar su control por parte de los interesados en el

estima envoltura corporal de un alma que es capaz de condenarse y de salvarse. Sólo cuando al hombre se le considera así, se puede decir que se respeta de veras su libertad, y más todavía si esa libertad se conjuga, como nosotros pretendemos, en un sistema de autoridad, de jerarquía y de orden". (Discurso de la Fundación de Falange Española pronunciado por José Antonio Primo de Rivera en el Teatro de la Comedia de Madrid, el día 29 de octubre de 1933). "La construcción de un orden nuevo la tenemos que empezar por el hombre, por el individuo, como occidentales, como españoles y como cristianos; tenemos que empezar por el hombre y pasar por sus unidades orgánicas, y así subiremos del hombre a la familia, y de la familia al Municipio y, por otra parte, al Sindicato, y culminaremos en el Estado, que será la armonía de todo. De tal manera, en esta concepción político-histórico-moral con que nosotros contemplamos el mundo, tenemos implícita la solución económica; desmontaremos el aparato económico de la propiedad capitalista que absorbe todos los beneficios, para sustituirlo por la propiedad individual, por la propiedad familiar, por la propiedad comunal y por la propiedad sindical*"* (Discurso pronunciado por José Antonio Primo de Rivera en el cine Madrid, "Discurso sobre la Revolución Española", en Madrid, el 19 de mayo de 1935). Cfr. PRIMO DE RIVERA, J.A.: *Escritos y Discursos (1922-1936)*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1976. Este modo de pensar se proyecta en el ideario de la Falange: "Falange Española considera al hombre como conjunto de un cuerpo y un alma; es decir, como capaz de un destino eterno, como portador de valores eternos. Así, pues, el máximo respeto se tributa a la dignidad humana, a la integridad del hombre y a su libertad". (Puntos iniciales. FE, núm.1, 7 de diciembre de 1933). "La dignidad humana, la integridad del hombre y su libertad son valores eternos e intangibles". (Norma programática de FE de las JONS redactada en noviembre de 1934).

[27] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", cit., pág. 26.

servicio. La reacción que en los medios financieros del Estado se ha producido en contra de este tipo de organización administrativa no está justificada en lo fundamental, aunque pueda estarlo en lo que tiene de vigilancia de la seguridad de los caudales de la nación[28]. De este modo, es patente que Jordana de Pozas asimilo la doctrina de Manualesco, cuyo libro *El partido único*, llegó a traducir asimilándolo[29].

Ello no obstante, existe una tendencia planificadora de la Administración Pública que además de ser condición de eficacia, significa una racionalización y una limitación importante de la actividad administrativa, porque al exigir un detenido estudio, elimina las improvisaciones; al ejecutarse en un dilatado período, previene los compromisos y complacencias circunstanciales, y al asignar los medios de que se dispone para cada obra o servicio y en cada período, obliga a establecer y servir una jerarquía según la importancia y urgencia de cada necesidad[30].

Para Luis Jordana de Pozas, en el marco de un Estado intervencionista en el campo social, el INP se configura como una institución autónoma, creada por el Estado para regir todos los servicios intervencionistas en materia de seguros sociales y difundir e inculcar la previsión popular. Es una institución caracterizada por su imparcialidad[31]. Jordana vincula la labor del INP con la actividad de la Administración Local. El Gobierno –recuerda nuestro autor– cuenta con el Instituto Nacional de Previsión en dos ocasiones importantísimas. La creación de la Junta para el fomento de las Escuelas Nacionales, con el fin de que puedan invertirse recursos económicos en remediar la escasez de edificios escolares. Y es, antes, el Estatuto municipal, esa "constitución orgánica de la nueva España", en el que se reconocen y proclaman los deberes sociales de los Municipios, se menciona expresamente la legislación sobre los seguros sociales, se exige la colaboración de los Ayuntamientos para su eficacia, y se pone término a la situación desdichada de los viejos funcionarios municipales, ordenando el estudio de un Montepío Nacional Municipal que se está haciendo por el Instituto, al cual fue también confiado. En cuanto a la organización, lo que primeramente resplandece es la que denominó Maluquer y Salvador política de integración regional[32].

Realza, por otra parte, cómo se ha ido avanzado del régimen de libertad subsidiada a un régimen de seguros sociales obligatorios[33]. Como subraya Jordana de Pozas, el Instituto Nacional de Previsión, ante este problema, ha seguido una política de integración regional, política consistente en un esfuerzo para respetar *y* comprender las modalidades, para apreciar y utilizar las buenas cualidades de cada región y aun de cada comarca. Allí donde existía, como en Guipúzcoa *y* Cataluña, una organización para los mismos fines del Instituto, en vez de luchar por la supremacía, se procuró, y se consiguió, una inteligencia para el ideal común;

[28] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad Administrativa", cit., págs. 27-28.
[29] Sobre la doctrina corporativa y su proyección social, consúltese la referencia bibliográfica citada supra.
[30] JORDANA DE POZAS, L.: "El problema de los fines de la actividad administrativa", cit., pág. 28.
[31] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra. Orientaciones Presentes de los Seguros Sociales*, Madrid, Publicaciones del INP/Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1925, págs. 14-15.
[32] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra*, cit., pág. 21. Para esa evolución en la doctrina de los orígenes, puede consultarse GONZALEZ POSADA, E.: *Seguros sociales*, Madrid, Imprenta del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús, 1926, capítulo tercero ("Los Seguros sociales en España"), espec., págs. 226 y sigs. ("El retiro obrero obligatorio", y "Preparación del retiro obrero obligatorio").
[33] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra*, cit., pág. 18 y sigs.

allí donde encontró un germen, por modesto que fuese, de algo original, típico y aprovechable para la difusión o la práctica de los seguros sociales, puso todo su empeño en descubrirlo, en caracterizarlo, en enaltecerlo *y* en propagarlo, como muestran los Cotos sociales de Previsión, originados en una idea de Costa, sugerida por la contemplación de realidades aragonesas (No se olvide la ascendencia aragonesa del propio Jordana de Pozas[34]). Señala al respecto que: "Una idea de Costa, ilustrada con la interesante realidad colectivista de muchas comarcas españolas, engendró los Cotos Sociales de Previsión, alabados por el Instituto Internacional de Agricultura de Roma, y en los cuales el trabajo colectivo de los asociados proporciona los fondos para pagar las cuotas de sus libretas de retiro; Cotos que tienen múltiples variedades…"[35].

Esta política de atracción, de cordialidad, de respeto a las realidades más variadas y de comprensión de todos los ideales lícitos, ha sido seguida respecto de las clases sociales y de las opiniones como respecto de las regiones y las comarcas. Son la multitud de actos celebrados en pro de los seguros sociales, *y* muchas veces en estrecha colaboración, por los obreros católicos y los socialistas, por los sociólogos y los políticos de las más opuestas tendencias. En lo que a las clases sociales respecta, la política seguida ha sido idéntica. Empresarios y trabajadores, Magisterio, Profesorado, Ejército, Clero, Clases sanitarias, Ingenieros, todos han sido atendidos, estimulados, atraídos *y* utilizados para esta obra común. En España ha sido la de fundarlos en la técnica, en la ciencia actuarial. Las primeras palabras que se pronunciaron en un acto público del Instituto Nacional de Previsión fueron las de su primer Presidente. Y fueron éstas: «Significa la Ley española de 27 de febrero de 1908 un complejo problema de la política social contemporánea, reducido a una concisa fórmula algebraica. Al promulgar como Ley del Estado la doctrina matemática del seguro, ha convertido V. M. las vagas aspiraciones de la pensión de retiro obrero en las precisas modalidades de la renta vitalicia diferida». Jornada de Pozas realza, con Ángel Marvaud, el pluralismo que caracterizó desde su nacimiento al INP, a través de la preparación de las Leyes obreras mediante la colaboración de elementos monárquicos o republicanos, católicos y librepensadores, gubernamentales y socialistas. Es la cordial e inteligente coincidencia de los sectores ideológicos más opuestos y clases distintas. El Instituto ha sido siempre fiel a este primer propósito, no obstante haber sido este uno de sus rasgos peor comprendidos y por el que ha recibido más ataques. Porque el tecnicismo tiene un gran valor, pero tiene también un coste. Y, sobre todo, exige un cierto grado de cultura para comprenderlo *y* estimarlo. El Instituto ha sido siempre fiel a este primer propósito, no obstante haber sido este uno de sus rasgos peor comprendidos y por el que ha recibido más ataques. Porque el tecnicismo tiene un gran valor, pero tiene también un coste. Y, sobre todo, exige un cierto grado de cultura para comprenderlo *y* estimarlo[36].

Destaca Jordana de Pozas el carácter de seguro social técnico. Ese tecnicismo requiere una actividad, impone una complicación relativa, exige un esfuerzo mayor; pero sin ello tendríamos un sistema de asistencia pública, más o menos extenso, pero no un régimen de

[34] He aquí la impronta costiana de los orígenes que fue determinante en el fundador de nuestro sistema de seguros sociales y principal impulsor de la creación del INP, Maluquer y Salvador. Véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007, págs. 255 y sigs. ("Regeneracionismo y costismo en José Maluquer y Salvador").
[35] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra*, cit., pág. 33.
[36] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra*, cit., págs. 23-24.

previsión[37]. La previsión social en España bajo la gestión del INP ha caminado en esa dirección al igual que los países europeos más avanzados.

Jordana de Pozas pone de relieve que ante la imprevisión social se impone, como acabó haciéndolo el INP, el establecimiento de un sistema de seguros obligatorios. Eso sí: lo ha hecho preceder de un período en que la enseñanza, la propaganda, el llamamiento a la convicción han sido constantes. Y sólo cuando existía una masa considerable de personas que voluntariamente lo practicaban ha extendido obligatoriamente a los demás lo que la experiencia había aprobado como bueno[38]. Jordana tenía una visión progresiva en la instauración de los seguros sociales, apreciando una línea de continuidad y progreso en la obra del INP. El Instituto ha sido constante, pero ha sido prudente. Ni se dejó invadir por pesimismos sistemáticos, ni se sugestionó con utópicas aspiraciones. Su obra se caracteriza por una continuidad que hubiera sido imposible sin la autonomía que, desde el principio, le otorgó la Ley, *y* que le ha mantenido a salvo de los vaivenes *y* de los cambios de orientación que la política necesariamente exige. En esta continuidad de progreso siempre se ha creído posible un nuevo avance; pero, con "prudencia Fabiana", ha sido preparado cuidadosamente y estudiado en todos sus aspectos *y* posibles peligros. El régimen español de previsión es un régimen obligatorio de seguro técnico, según el sistema, de capitalización, regido por una institución oficial autónoma, administrado por entidades territoriales igualmente autónomas, en que los interesados tienen una fiscalización *y* una participación, pero no una, dirección exclusiva. Tecnicismo, obligatoriedad, capitalización, organización única para todos los seguros, autonomía, descentralización territorial, intervención limitada de los interesados: he aquí las notas características de nuestro régimen. Todos esos nuevos proyectos o leyes coinciden en aceptar el tecnicismo y la obligatoriedad. Puntos son estos sobre los cuales no se admite discusión sino en cuanto al grado o a la modalidad.

Jordana de Pozas se muestra decididamente partidario de la unificación de los seguros sociales y de la unidad de la gestión: Desde el principio, el Estado español, ratificándolo en los Reales decretos de 1910 y 1919, atribuyó al Instituto Nacional de Previsión el carácter de órgano oficial *único* para los seguros sociales. ¿Tendría motivos para cambiar de criterio? …Tenemos el árbol único, del que, según la fertilidad del terreno, irán brotando las diversas ramas del seguro, como ha ocurrido con la del seguro de vejez *y* está sucediendo con las de invalidez, maternidad y supervivencia, ya iniciadas[39].

Se produjo un vertiginoso desarrollo en la implantación de los Seguros sociales confiados a la gestión del Instituto Nacional de Previsión. Su labor, como destacara Jordana de Pozas, no se limitó la instauración técnica de los seguros sociales. El Instituto nacía para «difundir e inculcar la previsión». La misma práctica de los Seguros que se le confiaban tenía el carácter de uno de los medios de difundir e inculcar aquella preciada virtud. Desde el primer día, el Instituto Nacional de Previsión fue un centro de investigación, de estudio, de divulgación y de enseñanza. Llamó a sus puestos a profesores, sociólogos y publicistas más que a empíricos y profesionales del Seguro. Utilizó todos los medios de conocer, de enseñar y de divulgar: viajes de estudio e intercambio con el Extranjero, concurrencia a Congresos

[37] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra*, cit., pág.24.
[38] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra*, cit., pág. 29.
[39] JORDANA DE POZAS, L.: *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra*, cit., pág. 37.

internacionales, conferencias, cursos y asambleas, interviús, artículos de prensa y (en cuanto se dispuso de estos poderosos medios modernos) películas y conferencias radiadas, premios a los mejores trabajos sobre temas de su especialidad, pregones y carteles, libros, folletos y hojas divulgadoras. Creyó siempre, en suma, en la primacía del espíritu y en la superioridad de la convicción sobre la coacción. Encargado prontamente de regir Seguros obligatorios, estimó, con acierto, que la fuerza sólo es útil si se emplea para reducir la oposición del pequeño sector de díscolos o de retrasados mentales que el libre albedrío origina aún en los casos más patentes de bien común. Y, contra lo que puede creerse, su conducta significó un rasgo original entre los de su especie. Más dé una vez, en mis viajes de estudio por otros países, lie visto contestada mi pregunta sobre los medios de divulgación y propaganda de los Seguros sociales con esta respuesta: «No empleamos ninguno, porque los Seguros son obligatorios.» Tres son las finalidades de esta intensa actividad cultural. El Instituto Nacional de Previsión ha de estar siempre en condiciones de responder pronta y correctamente a las cuestiones que se someten a su informe o de colaborar con otros órganos en la preparación de proyectos legales o reglamentarios. Por otra parte, la eficacia de su labor requiere una formación espiritual y una especialización cuidadosa de sus propios funcionarios. Finalmente, en un país en el cual los partidos políticos anteriores a 1936 sólo en períodos preelectorales desarrollaban una cierta actividad intelectual, y eran rarísimas las Asociaciones para el estudio y divulgación de las ciencias sociales, la formación de la opinión pública y de los mismos especialistas en cuestiones de previsión ha corrido casi exclusivamente a cargo del Instituto. Esta afirmación, que puede parecer exagerada, es comprobable con todo rigor sin más que revisar la bibliografía española anterior a la indicada fecha. Con la excepción de un número reducidísimo de obras sobre accidentes del trabajo o acerca del Seguro mercantil, casi todos los libros, folletos y artículos relativos a Seguros sociales o a materias conexas fueron editados por el Instituto o se debieron a la pluma de sus hombres. Toda esa labor se centró, principalmente, en dos series de publicaciones. Una de ellas comprende los numerosos libros y folletos editados por el Instituto. Al mismo tiempo, el Instituto tuvo siempre una o más publicaciones periódicas. Los Anales del Instituto Nacional de Previsión, fundados al organizarse éste en 1909, aparecieron regularmente hasta 1936, si bien considerablemente transformados desde 1930. En los años 1934 y 1935, a propuesta de Jordana de Pozas, se dedicó una publicación especial, la Revista Médico-Social, a recoger los artículos de carácter sanitario publicados en los Anales y a insertar otros trabajos del mismo carácter que, por su extensión o especialidad, no tenían cabida en aquéllos. Durante el mismo período, el maestro López Núñez dirigía la Revista de Mutualismo Escolar y Previsión Infantil. Reorganizado el Instituto, después de la terrible prueba de la "Guerra de Liberación", se comenzó por multicopiar y distribuir internamente las informaciones nacionales y extranjeras. En 1941 se puede lanzar el Boletín de Información del Instituto Nacional de Previsión. Las informaciones extranjeras, recogidas desde 1942 en un Boletín especial, pasaron a ser –unidas a artículos doctrinales de la misma procedencia– la materia de la Revista Previsión Social. Dos cultos publicistas, Manuel Maestro y Carlos González Posada, dirigieron ambos periódicos. Finalmente, en enero de 1947, pudo lograrse el propósito de publicar con regularidad la Revista Española de Seguridad Social, dirigida por Jornada de Pozas, y en la que se han refundido las dos que la

precedieron. A ello se añade el completísimo catálogo de la Biblioteca del INP, con numerosos ejemplares y una plantilla de personal técnico muy cualificado[40].

Con todo, lo que ponía de relieve Jordana de Pozas es el dato histórico de que el INP y sus hombres han sido el pilar institucional en la formación y consolidación técnica del sistema de previsión social en España, en el marco de un Estado intervencionista en la garantía legal de la satisfacción de las necesidades sociales relevantes para la comunidad política. Su trayectoria reflejaría la apuesta permanente por un intervencionismo "científico" y "sistemático" en la cuestión social y en el problema de cobertura de las necesidades sociales. Y ello bajo el dominio de una idea de gradualismo pragmático y posibilista que ya había presidido la orientación del gran artífice de la previsión social que fue Maluquer y Salvador, al que seguirían un conjunto selecto de autores como Álvaro López Nuñez, y el propio Luis Jordana de Pozas. Importante es resaltar que en su dilatada vida Jordana de Pozas estuvo presente –como partícipe– en la larga trayectoria de larga duración de la institucionalización de la política de previsión social española; evolución que conduciría finalmente hacia la implantación del Sistema de Seguridad Social después de transitar por distintos regímenes políticos (autoritarios y democráticos). Con sus oscilaciones y desarrollo diacrónico se pone de manifiesto el conflicto social y político jurídico subyacente y las exigencias de integración, justicia y pacificación social (la política de previsión y Seguridad Social como "amortiguador" de las tensiones de las fragmentadas sociedades contemporáneas).

3. PUBLICACIONES MÁS RELEVANTES DE LUIS JORDANA DE POZAS

-*Los accidentes del trabajo agrícola en España*, Madrid, Reus, 1913.

-*Apuntes para un estudio del movimiento obrero en Zaragoza*, Madrid, Imprenta. sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1915.

-*La cuestión agraria en Irlanda. Su historia y estado actual*, Madrid, Imprenta. sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1916.

-*La caja nacional de seguro de accidentes del trabajo y sus primeros resultados*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1933.

-*Política familiar del nuevo Estado,* Congreso de la Asociación para el Progreso de las Ciencias, Santander, Aldus, 1938.

-*Traducción y Presentación* del libro de MANOILESCO, M.: *El Partido único*, Prólogo de Raimundo Fernández Cuesta y traducción y Presentación de Luis Jordana de Pozas, Zaragoza, Editorial "Heraldo de Aragón", 1938.

[40] JORDANA DE POZAS, L.: *Prólogo*, al libro *Treinta y ocho años de doctrina de previsión y seguros sociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo/Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1947, págs. IX-XII. En este libro se recogen numerosos trabajos del propios Luis Jordana de Pozas en los Anales del Instituto Nacional de Previsión.

-*La reforma jurídica y las Revoluciones Nacionales...* Discurso leído... el día 22 de junio de 1941, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1941.

-*Elogio del Excmo. Sr. Don Eduardo Calleja de la Cuesta...* Madrid, Gráficas González, 1950.

-*La reforma administrativa en EE.UU. y en España*. Discurso correspondiente a la apertura del curso académico 1957-1958, Madrid, Estades Artes Gráficas, 1957.

-*El derecho español de aguas y la oportunidad de su revisión*. Discurso leído en la inauguración del curso 1961-62, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1962.

-*Guía para el cumplimiento de las Leyes de Seguros Sociales,* Madrid, Biblioteca Marvà, 1962.

-*Diccionario jurídico español – francés y francés – español* (en colaboración con Oliverio Merlin), Paris, Edit. de Navarra, 1968.

-"El régimen corporativo como sistema de reforma social", en *Problemas sociales candentes,* Barcelona, Ed. Subirana, 1930.

-"El principio de unidad y los seguros sociales", en *Boletín de Información del INP*, julio-agosto 1941, núms.7-8 (También como separata en Madrid, Publicaciones del INP, 1941);

-*Los accidentes de trabajo agrícolas en España,* Tesis para el grado de Doctor en Derecho, Madrid, Hijos de Reus, editores-impresores-libreros, 1913 (realiza un análisis sociólogo sobre la población rural y el trabajo agrícola como presupuesto para el estudio jurídico sobre la protección de los accidentes del trabajo).

-"Aplicación del Seguro de Vejez a los obreros del campo", en *Anales del INP,* abril-junio, 1919.

-"Seguridad Social británica", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* núm. 2 (1953).

-"Los Seguros Sociales en el orden internacional", en *Estudios sobre la unidad económica de Europa,* tomo V, Madrid, 1955.

-*El Instituto Nacional de Previsión. Su obra. Orientaciones presentes de los seguros,* Madrid, Publicaciones del INP, 1925;

-"Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social española", en *Estudios Sociales y de Previsión,* t. II, Vol. 1º, Madrid, Ministerio de Trabajo-INP, 1961.

-*El régimen corporativo como sistema de reformas sociales,* Madrid, 1927; *Elogio de Don Álvaro López Nuñez,* Conferencia en la Escuela Social de Madrid, el 27 de febrero de

1942, Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, PINP, 1942, y recogidos posteriormente en *Estudios sociales y previsión*, t. II, vol. 2º, Madrid, 1961.

-*La Caja Nacional de seguro de accidentes de trabajo y sus primeros resultados*, Madrid, INP, 1933; "Ser, vida y muerte del Excmo. Sr. D. Álvaro López Nuñez", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 54 (1977), págs.261 a 276.

-*El Instituto Nacional de Previsión. Su obra. Orientaciones presentes de los seguros sociales*, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1925.

-*Elogio de Don Álvaro López Núñez*, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Núm. 551, Madrid, 1942.

-*Características del Seguro de español de enfermedad*, Conferencia pronunciada en el Círculo de la Unión Mercantil de Madrid el día 20 de mayo de 1944, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1944.

-*"Informe del Comisario don Luis Jordana de Pozas sobre unificación de los seguros sociales y racionalización y mecanización de los servicios*", 20 de diciembre de 1946. Instituto Nacional de Previsión. Archivo General de la Administración (AGA), Sección Sindicatos; IDD 90.01, R/390.

-*El problema de los fines de la actividad administrativa*, RA.P., núm. 4 (1951).

-"*Prólogo*" a VV.AA.: *La vida de un luchador. Homenaje a Severino Aznar*, Prólogo de Luis Jordana de Pozas, Madrid, Imprenta Altamira, 1950.

-*"Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social española",* discurso pronunciado el 27 de febrero de 1958, en la solemne sesión pública estatutaria del Consejo de Administración del INP, conmemorativa del cincuentenario de la Previsión Social Española, en el 51 aniversario de la Obra de Previsión Social. Discursos de Clausura, Madrid, INP, 1958.

-*La función de la empresa en la Seguridad Social de nuestros días*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1959.

-*La Administración Pública y las transformaciones socioeconómicas*, Discurso de Contestación al Discurso de Recepción del mismo título del Académico de Número Laureano López Rodó, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Sesión de 29 de mayo de 1963, Madrid, RACMP, 1963.

-"El Consejo de Estado en la Constitución", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 56, 1979, págs. 205-234.

-"Ser, vida y muerte del Excmo. Sr. D. Alvaro López Núñez, en Tierras de León: Revista de la Diputación Provincial, Vol. 18, Nº 32-33, 1978, págs. 56-64.

-"Ser, vida y muerte del Excmo. Sr. Álvaro López Núñez", en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Nº 54, 1977, págs. 261-278.

-"El Consejo de Estado (1944-1970)", en Revista de administración pública, Nº 64, 1971, págs. 9-28.

-"La Administración local en las Leyes Fundamentales españolas, en Revista de estudios políticos", Nº 152, 1967, págs. 207-214.

-"La evolución del Derecho de las aguas en España y otros países", *en Revista de administración pública*, Nº 37, 1962, págs. 9-62.

-"El problema de los fines de la actividad administrativa", en *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, Nº 4, 1951, págs. 11-28.

-"Las organizaciones internacionales de carácter administrativo general", en *Revista de administración pública*, Nº 1, 1950, págs. 225-234.

-"Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", en *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, Nº 48, 1949, págs. 41-54.

-"Las tendencias actuales del régimen local en Europa", en Revista de estudios políticos, Nº 39-42, 1948, págs. 15-82.

-"El principio de unidad y sus consecuencias políticas y administrativas", *Revista de estudios políticos*, Nº 5, 1942, págs. 33-54

-"El problema de los fines de la actividad administrativa", en *RAP*, núm. 54, enero-abril 1951, págs. 11-28.

-"Significación del Estatuto en la Historia del Municipalismo Español", en *Cincuentenario del Estatuto Municipal: estudios conmemorativos*, 1975, págs. 11-32.

-*Estudios de administración local y general*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, XXXII –. 785 páginas.

-*Estudios sociales y de prevención*. Vol. I: *Monografías, artículos y discursos* (VIII – 516 páginas); vol. II, *Conferencias, prólogos e informes* (405 páginas), Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1961.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(INSTRUCCIONES DE USO)[1]

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior.	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

4. Título

En castellano e inglés.

[1] Archivo: "Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso" (Estudio; Lápiz rosa).

5. Resumen / Abstract

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)…)

8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el titulo de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)

- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)

- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)…)

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra "times new roman" tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra "times new roman", editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas CONCLUSIONES

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: 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, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

Sin perjuicio de los títulos de los epígrafes y subepígrafes en negrita, tal y como se indicó antes, 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.

10. Extensión

A) Para los *"Estudios doctrinales" y "Derechos Comparado y Derecho Extranjero":* la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los *"Estudios de doctrina judicial"*: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para *"Crónica legislativa:* la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para *"Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas:* La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para *"Economía de la Seguridad Social":* La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en "*times new roman*", tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en "*times new roman*", tamaño 10, solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, págs. 201-242.
>
> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, págs. 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, págs. 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, págs. 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.: *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, págs. 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.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.