Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2023 nº 35

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Protección de las contingencias profesionales en los trabajos en beneficio de la comunidad
  Juan José Fernández Domínguez
- La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales
  Josep Moreno Gené
- Una visión panorámica de la prestación por desempleo tras los últimos pronunciamientos judiciales
  Rubén López Fernández

Estudios de Doctrina Judicial

- Jubilación anticipada por razón de la actividad y principio de no discriminación. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo (sala Contencioso-Administrativo, sección 4ª) núm. 1140/2022, De 14 de septiembre
  Francisca Moreno Romero
- La STS de 5 de julio de 2022 (RCUD 906/19): no al permiso de paternidad en los supuestos de muerte fetal
  María José Asquerino Lamparero
- La responsabilidad del empresario en el pago de una pensión por incapacidad permanente por infracotización derivada de salarios no abonados y reclamados por el trabajador
  Carmen Jover Ramírez
- Los derechos no efectivos no computan para el requisito de carencia de rentas en las pensiones no contributivas. Comentario a la STS 18 Oct 2022
  Francisco Xabiere Gómez García

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- Autopercepción de los migrantes en situación migratoria irregular en México en el acceso a sus derechos sociales
  Gabriela Mendizábal Bermúdez y Emmanuel López Pérez
- Repercusiones de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre la garantía básica por hijos prevista en Alemania
  Uli Kern

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

- Doctrina Administrativa en materia de prestaciones de Seguridad Social
  Andrés Ramón Trillo García
- Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social
  Javier Aibar Bernad

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

- El plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y la inspección de trabajo
  Almudena Núñez-García Bada

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- Temporalidad, costes de extinción y fijos discontinuos ¿El fin de la teoría de la dualidad?
  Luis Gómez Rufián y Daniel Pérez del Prado

Clásicos de la Seguridad Social

- FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al derecho del trabajo y de la seguridad social
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2023 Nº 35

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

Revista de Derecho de la Seguridad Social
Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:

www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/revistaseguridadsocial
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es
www.linkedin.com/showcase/revsegsoc/

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

DIRECCIÓN:

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

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

COORDINACIÓN:

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

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

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

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

CONSEJO ASESOR:

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

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

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

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

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

Ángel Arias Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

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

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

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

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

Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*

Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*

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

Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
Carolina San Martin Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*
Andrés Trillo García, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

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

EDITOR:
Ediciones Laborum

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

Destinatarios

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

Contenido

EDITORIAL **11**

AMPLIACIÓN DE DERECHOS DE LOS PENSIONISTAS, REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO Y NUEVO MARCO DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL 13

José Luis Monereo Pérez

Guillermo Rodríguez Iniesta

1. PLANTEAMIENTO GENERAL 13
2. NOVEDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN 15
3. LAS PENSIONES RECONOCIDAS AL AMPARO DE NORMAS INTERNACIONALES Y SU RESOLUCIÓN PROVISIONAL 17
4. LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA INICIAL DE LAS PENSIONES, REVALORIZACIÓN Y COMPLEMENTO A MÍNIMOS 18
5. MEDIDAS RELACIONADAS CON LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES Y REDUCCIÓN DE LA MISMA 21
6. ADAPTACIÓN DE DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LGSS A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA 24
7. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL 24
8. FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 28
9. MECANISMO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL 29
10. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR 29
11. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE 30
12. BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN 32
13. PRESTACIÓN FAMILIAR NO ECONÓMICA 34
14. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL 35
15. INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ALUMNOS QUE REALICEN PRÁCTICAS FORMATIVAS O PRÁCTICAS ACADÉMICAS EXTERNAS INCLUIDAS EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN 36
16. OTRAS NOVEDADES Y MANDATOS 37

ESTUDIOS DOCTRINALES **43**

PROTECCIÓN DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD 45

Juan José Fernández Domínguez

1. LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: UNA RELACIÓN LABORAL EXCLUIDA (PERO MENOS) 45
2. LA COBERTURA DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN FAVOR DE QUIENES REALIZAN TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD 53

LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL A TODOS LOS ALUMNOS EN PRÁCTICAS: UN PASO MÁS EN LA DIGNIFICACIÓN DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES 69

Josep Moreno Gené

1. DE LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN SOCIAL A UNA PROTECCIÓN SOCIAL LIMITADA: LA ASIMILACIÓN DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICAS –FORMATIVAS O ACADÉMICAS EXTERNAS- A LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA. 70
2. EL ALCANCE DE LA INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICAS 74

3. REFLEXIONES FINALES 90
4. BIBLIOGRAFÍA 92

UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO TRAS LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES 95
Rubén López Fernández
1. EL NUEVO CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO 97
2. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO: LA INCLUSIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR 100
3. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y EXCEDENCIAS 103
4. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS Y TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL CON "JORNADA CONCENTRADA" 105
5. APLICACIÓN DE LA COTIZACIÓN FICTICIA POR PARTO A EFECTOS DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS 107
6. CONCLUSIONES 109
7. BIBLIOGRAFÍA 111

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 113

JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DE LA ACTIVIDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª) NÚM. 1140/2022, DE 14 DE SEPTIEMBRE 115
Francisca Moreno Romero
1. CONTEXTO NORMATIVO: LA DETERMINACIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DE ACTIVIDAD A TRAVÉS DEL ESTABLECIMIENTO DE COEFICIENTES REDUCTORES 116
2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO Y ANTECEDENTES: DERECHO AL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA EN TÉRMINOS DE IGUALDAD AL AMPARO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN. 117
3. REFERENCIAS NORMATIVAS 119
4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA 120
5. VALORACIÓN FINAL 122

LA STS DE 5 DE JULIO DE 2022 (RCUD 906/19): NO AL PERMISO DE PATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE MUERTE FETAL 125
María José Asquerino Lamparero
1. LOS HECHOS PROBADOS 125
2. ANTECEDENTES PROCESALES 126
3. LA STS DE 5 DE JULIO DE 2022 (RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA NÚM. 906/2019) 126
4. UNA MIRADA A LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE OCTUBRE DE 2022 130
5. CONCLUSIONES 131

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN EL PAGO DE UNA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE POR INFRACOTIZACIÓN DERIVADA DE SALARIOS NO ABONADOS Y RECLAMADOS POR EL TRABAJADOR 135
Carmen Jover Ramírez
1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES 135
2. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA 137
3. LA SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA 12910/2019, DE 26 DE JUNIO OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 137

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES POR INFRACOTIZACIÓN EN LA STS 4054/2022, DE 27 DE OCTUBRE 138
5. UNA LECTURA DE LA STS 4054/2022, DE 27 DE OCTUBRE, A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TS SOBRE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES POR INFRACOTIZACIÓN 140
6. CONCLUSIONES 143
7. BIBLIOGRAFÍA 144

LOS DERECHOS NO EFECTIVOS NO COMPUTAN PARA EL REQUISITO DE CARENCIA DE RENTAS EN LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS. COMENTARIO A LA STS 18 OCT 2022 145

Francisco Xabiere Gómez García

1. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS 145
2. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 18 OCTUBRE 2022 (RCUD. 2433/2019) 146
3. EL *ITER* JUDICIAL 146
4. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL 147
5. EPÍLOGO 150
6. BIBLIOGRAFÍA 150

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 153

AUTOPERCEPCIÓN DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR EN MÉXICO EN EL ACCESO A SUS DERECHOS SOCIALES 155

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Emmanuel López Pérez

1. INTRODUCCIÓN 156
2. METODOLOGÍA 157
3. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS 158
4. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA NORMA DESDE LA NECESIDAD DEL PROPIO BENEFICIARIO 161
5. NECESIDADES DE LAS PERSONAS MIGRANTES DESDE UNA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES: PRINCIPALES RESULTADOS DE TRABAJO DE CAMPO 167
6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: "PROTECCIÓN SOCIAL PARTICIPATIVA" 173
7. FUENTES DE INVESTIGACIÓN 175

REPERCUSIONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA GARANTÍA BÁSICA POR HIJOS PREVISTA EN ALEMANIA 177

Uli Kern

1. INTRODUCCIÓN 177
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA 179
3. SITUACIÓN JURÍDICA ALEMANA ACTUAL 183
4. PROYECTO DE UNA GARANTÍA BÁSICA POR HIJOS 184
5. GARANTÍA BÁSICA POR HIJOS Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA 186
6. CONCLUSIÓN 187

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS **189**

María Nieves Moreno Vida

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 191
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 218
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 224
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 227

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL **231**

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.....233

Andrés Ramón Trillo García

1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS PRESTACIONES.....233
2. INCAPACIDAD TEMPORAL.....234
3. PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....237
4. INCAPACIDAD PERMANENTE 238
5. JUBILACIÓN.....239
6. INGRESO MÍNIMO VITAL.....243

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....245

Javier Aibar Bernad

1. BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL.....245
2. NOTICIAS SOBRE LA GESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES.....249

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL **255**

EL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL CONTRA EL TRABAJO FORZOSO Y LA INSPECCIÓN DE TRABAJO 257

Almudena Núñez-García Bada

1. INTRODUCCIÓN.....257
2. PLAN DE ACCIÓN NACIONAL CONTRA EL TRABAJO FORZOSO: RELACIONES LABORALES OBLIGATORIAS Y OTRAS ACTIVIDADES HUMANAS FORZADAS 263
3. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. EL TRABAJO FORZOSO Y LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.....268
4. LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y LA EXPLOTACIÓN DE SERES HUMANOS 273

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL **277**

TEMPORALIDAD, COSTES DE EXTINCIÓN Y FIJOS DISCONTINUOS ¿EL FIN DE LA TEORÍA DE LA DUALIDAD? 279

Luis Gómez Rufián

Daniel Pérez del Prado

1. INTRODUCCIÓN: ¿HA CAMBIADO EL FIJO DISCONTINUO NUESTRO MERCADO DE TRABAJO?.....279

2. EL ORIGEN DEL PROBLEMA DE LA TEMPORALIDAD 280
3. EL DEBATE EN TORNO A LA DUALIDAD EN ESPAÑA 284
4. EL FIJO DISCONTINUO DESDE PERSPECTIVA DE LOS DATOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: SU APORTACIÓN AL EMPLEO....286
5. EL FIJO DISCONTINUO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DATOS DE LA EPA: LA CONTROVERSIA CON EL DESEMPLEO....295
6. CONCLUSIONES....301
7. BIBLIOGRAFÍA....302

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 305

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): LA GRAN APORTACIÓN DE UN JURISTA CRÍTICO AL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL....307

José Luis Monereo Pérez

1. LA PERSONA Y LA OBRA: FERNANDO VALDÉS, JURISTA CIENTÍFICO Y MAGISTRADO 307
2. EL PAPEL DEL ESTADO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES 310
3. LA FUNCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA TRAYECTORIA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 311
4. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA QUE TRABAJA Y SU GARANTÍA MULTINIVEL 314
5. LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA 319
6. FERNANDO VALDÉS, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PONENCIAS Y VOTOS PARTICULARES EN LAS QUE INTERVIENE (SELECCIÓN) 326
7. BIBLIOGRAFÍA 333

Editorial

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social

(*A propósito del cumplimiento legal de los hitos del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia)*

Extending pensioners' rights, reducing the gender gap, and a new framework for the sustainability of the social security system

(Regarding the legal fulfilment of the milestones of Component 30 of the Recovery, Transformation and Resilience Plan)

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

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

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 13-41.

> *"La iniciativa y la responsabilidad, el sentimiento de ser útil y aun indispensable, son necesidades vitales del alma humana […]. Toda colectividad, cualquiera que sea, que no proporcione estas satisfacciones a sus miembros, está enferma y debe ser transformada"*
>
> Simone Weil[1]

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En el anterior editorial de esta revista se abordaban las reformas en las pensiones de la Seguridad Social de fin de año 2022 (básicamente RD 1058/2022, RD1060/2022, RD-ley 20/2022 y la Ley 31/2022) y principios de 2023 (RD-ley 1/2023)[2]. Ahora se aborda uno de los últimos hitos del Componente 30 y tiene como objetivo fundamental reforzar la capacidad financiera del sistema de pensiones para los próximos 30 años. Parte de tres tipos de actuaciones articuladas: incrementar gradualmente la base máxima de cotización con una relativa subida de la pensión máxima; introducir una cotización de solidaridad, también de forma gradual; y la introducción de un Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

[1] Weil, S.: *Raíces del existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. Mª. E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 18.

[2] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Reformas en las pensiones de la Seguridad Social a cierre del año 2022 e inicios de 2023", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 34 (2023), pp.13-38.

Junto a ello, también se abordan cuestiones relativas a la equidad y suficiencia de las pensiones, de corregir situaciones discriminatorias y de mejora de los complementos a mínimos delas pensiones.

Estamos ante una ordenación normativa que se sitúan en un proceso reformista que está preordenado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, esto es, el conjunto de reformas que integran el Componente 30 relativo a la sostenibilidad del sistema público de pensiones. La relevancia estriba, de un lado, en su dimensión cualitativa por el impacto en el bienestar de los ciudadanos de mayor edad (y la garantía de su derecho a una pensión digna, suficiente y adecuada), un colectivo de personas potencialmente vulnerable de importancia creciente por el proceso de envejecimiento de la población de nuestro país; de otro, en su dimensión cuantitativa económico-financiera dado el volumen harto significativo de la partida presupuestaria de pensiones públicas; y, finalmente, en el ambicioso contenido de estas reformas, sin parangón en el ámbito comparado, que el citado componente viene a comprometer.

No está de más recordar que la sostenibilidad social y económico-financiera del sistema de pensiones *es un principio de justicia y canon de interpretación constitucional* que forma parte de la garantía del derecho social fundamental a las pensiones públicas ex artículos 41 y 50 de nuestra Constitución (derechos social fundamental en el sentido amplio de esta expresión jurídica, que entronca con el Tratado de la Europeo que constituye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a tenor del art. 6.1 del TUE, y el grupo normativo formado por los artículos 93 a 96, en relación con el canon hermenéutico de interpretación establecido imperativamente en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental). Desde esta perspectiva *la sostenibilidad legal es funcional al principio de legitimidad constitucional* (que quedad *juridificado* atendiendo a lo preceptuado en el referido grupo normativo *ex constitutione*). La noción de sostenibilidad se sitúa, por lo demás, en la dialéctica de las relaciones intersubjetivas inherentes al pacto de solidaridad intergeneracional[3].

Por lo tanto, el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, se ha de enmarca necesariamente en el *programa constitucional de solidaridad intergeneracional proyecto en el sistema de pensiones*; un programa que afecta a todas las generaciones en lo largo del ciclo vital (es decir, a las generaciones presentes y futuras en un nexo finalista inescindible). Este RD-ley 2/2023, consta de un artículo único que modifica a lo largo de sus 44 apartados múltiples preceptos de la LGSS; seis disposiciones adicionales; seis disposiciones transitorias; una disposición derogatoria; y diez disposiciones finales[4].

La sostenibilidad económico-financiera exige reforzar la capacidad financiera del sistema con el fin de establecer las bases que garanticen la sostenibilidad del sistema en los próximos treinta años. A este fin se contemplan tres tipos de actuaciones.

[3] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social,* Barcelona, Atelier, 2022, pp. 53 y ss., y 95 y ss.

[4] Que modifican diversas disposiciones: el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril; la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero; el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad; RD-ley 1/2023, de 10 de enero; RD-legislativo 1/2015, de 24 julio, Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y producto sanitarios.

1ª. El incremento gradual de la base máxima permite homologar su nivel a los estándares europeos, al tiempo que amplía la masa salarial sujeta a cotización. Naturalmente, esta subida dentro de un sistema contributivo lleva aparejada una subida de la pensión máxima sujeta a un decalaje temporal que hace posible maximizar el refuerzo de ingresos en el momento en el que las tensiones para el sistema serán más fuertes por el aumento del número de pensionistas asociado al *baby boom*.

2ª. Con el fin de preservar el componente redistributivo propio de un sistema público de pensiones de reparto, se establece una novedosa cotización de solidaridad que grava, también de forma gradual y moderada, la masa salarial que supera la base máxima de cotización. Reténgase el RD-ley 13/2013, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

3ª. Se materializa el denominado Mecanismo de Equidad Intergeneracional (en adelante, MEI). El diseño original recogido en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ahora se ajusta para despejar cualquier duda sobre la capacidad de esta cotización adicional como instrumento de estabilización financiera del sistema. En cumplimiento del hito del Plan de Recuperación, se sustituye un mecanismo automático de recorte de la cuantía inicial de las pensiones, el factor de sostenibilidad, por un instrumento que responde a una lógica diametralmente distinta y que, en lugar de condenar a los más jóvenes a pensiones más modestas, garantizan que el sistema que hoy conocemos va a mantenerse en las próximas décadas a través de la recuperación del Fondo de Reserva. (Exposición de Motivos del RD-ley 2/2023). No siendo éste MEI un factor automático, *se deja al Parlamento la decisión* en cada coyuntura histórica sobre el diseño y aplicación del tipo reformas de adaptación y respuesta activa que se estimen más adecuadas desde el punto de vista de la sostenibilidad financiera y adecuación social del Sistema de Pensiones.

Destacar, en primer lugar que estas medidas han contado con el diálogo social y el Acuerdo sociopolítico entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el marco del desarrollo de las previsiones Pacto de Toledo de 2020 y del aludido Componente 20 del Plan de recuperación aceptado por la Comisión Europea.

Destacar, en segundo lugar, que el referido RD-ley 2/2023, incorpora algunos aspectos muy importantes en materia de Seguridad Social, con un particular atención a la protección social que afecta a las mujeres, porque son las que mayoritariamente solicitan las reducciones y excedencias por cuidados de familiares, modificando el art 237, prestación familiar en su modalidad contributiva, de la Real Decreto Legislativo, 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ahora bien, con independencia de las novedades sustanciales relevantes que introduce este RD-ley 2/2023 y que de las que más adelante se darán cumplida cuenta, hay dos detalles técnico jurídicos de los que merece la pena advertir ya inicialmente: el complejo régimen transitorio de varias de las medidas que se recogen; y la múltiple y un tanto farragosa forma de la entrada en vigor de las mismas.

2. NOVEDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN

Las novedades afectan al texto refundido de la LGSS mediante la modificación de su art. 19, la incorporación de un nuevo art. 19 bis y dos nuevas disposiciones transitorias 38ª y 42ª, así como la modificación de la disposición transitoria 3ª del RD-ley 13/2022, sobre el nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección de los mismos por cese en la actividad.

La novedad introducida en el art. 19 LGSS será vincular la actualización anual del tope máximo de cotización establecido para las bases de cotización en los distintos regímenes de la S. Social al mismo porcentaje que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas[5].

No obstante, la nueva DT. 38ª LGSS vendrá establecer una transitoriedad en la aplicación del tope máximo en el sentido que desde 2024 a 2050 al porcentaje antes indicado se le sumará una cuantía fija anual de 1,2 puntos porcentuales y la previsión de que *cada cinco años se evalúe el impacto de la subida en el marco del diálogo social.*

Más relevante es el nuevo art. 19 bis introducido en la LGSS que viene a establecer una "cotización adicional de solidaridad", de tal suerte que las retribuciones que superen la base máxima de cotización (por el exceso) quedarán sujetas a una cotización adicional de acuerdo a una serie de tramos:

— Exceso de hasta un 10% de la base máxima: 5,5%

— Exceso comprendido entre el 10 y 50%: 6%.

— Exceso que supere el 50%: 7%.

Cotización adicional que no tendrá efectos de cara a las prestaciones económicas y solo será aplicable en el Régimen General.

El tipo de cotización se distribuirá entre empresario y trabajador en la misma proporción que el tipo de cotización para contingencias comunes. Por otro lado, debe tenerse en cuenta la aplicación progresiva de este tipo establecida por la nueva DT. 42 LGSS que operará desde el año 2025 al 2045[6].

[5] La modificación del art. 19 LGSS ha consistido en incluir un nuevo apartado 3 y el anterior pasa a ser el 4. Su entrada en vigor será el 1-1-2024.

[6] Disposición Transitoria cuadragésima segunda LGSS.

	Retribuciones desde base máxima hasta 10 % adicional de la base máxima	**Retribuciones desde el 10 % adicional de la base máxima hasta 50 % adicional de la base máxima**	**Retribuciones superiores al 50 % adicional de la base máxima**
	Tipo cotización %	**Tipo cotización %**	**Tipo cotización %**
2025	0,92	1	1,17
2026	1,15	1,25	1,46
2027	1,38	1,5	1,75
2028	1,60	1,75	2,04
2029	1,83	2	2,33
2030	2,06	2,25	2,63
2031	2,29	2,5	2,92
2032	2,52	2,75	3,21
2033	2,75	3	3,50
2034	2,98	3,25	3,79
2035	3,21	3,5	4,08
2036	3,44	3,75	4,38
2037	3,67	4	4,67
2038	3,90	4,25	4,96
2039	4,13	4,5	5,25
2040	4,35	4,75	5,54
2041	4,58	5	5,83
2042	4,81	5,25	6,13
2043	5,04	5,5	6,42
2044	5,27	5,75	6,71
2045	5,50	6,00	7,00

También se modifica la DT. 3.ª del RD-ley 13/2022, de 26 de julio (relativa a la aplicación transitoria de determinados beneficios en la cotización de los trabajadores autónomos). En la anterior versión la DT.3ª se limitada a indicar que: *"los beneficios en la cotización establecidos en los artículos 31, 31 bis, 32 y 32 bis de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, seguirán aplicándose, en los mismos términos, a quienes fueran beneficiarios de los mismos antes de 1 de enero de 2023 hasta que se agoten los periodos máximos que tengan en cada caso establecidos para su aplicación*". Lo que hace la reforma, manteniendo lo anterior, es detallar como se va a llevar a cabo la aplicación de esos beneficios hasta que finalice el período de aplicación, que ocurrirá a su término y la procedencia o no de la regularización anual correspondiente[7].

También debe de tenerse en cuenta la disposición adicional cuarta del RD-ley 2/2023 relativa al establecimiento de un procedimiento especial para el ingreso por diferencias en la cotización del sistema especial de empleados de hogar derivadas de actuaciones de comprobación a las que se refiere el art. 36.1 LGSS[8], correspondientes a más de un período de liquidación, cuyo importe sea superior a 100 euros y hayan sido constatadas en atención a los datos que obren en la TGSS, con anterioridad a la entrada en vigor de este RD-ley que serán liquidadas sin recargo de acuerdo a las reglas que dicha disposición adicional cuarta establece.

3. LAS PENSIONES RECONOCIDAS AL AMPARO DE NORMAS INTERNACIONALES Y SU RESOLUCIÓN PROVISIONAL

Un nuevo art. 50 bis se añade al texto refundido de la LGSS para incorporar la posibilidad de reconocer provisionalmente las pensiones solicitadas al amparo de una norma internacional, sin necesidad de esperar a conocer los períodos de seguro certificados por el otro u otros Estados afectados, cuando se compruebe que el solicitante reúne todos los requisitos para acceder a la misma computando únicamente las cotizaciones efectuadas en España. Este reconocimiento provisional puede verse afectado por los períodos de seguro certificados o por las resoluciones adoptadas por los estados afectados que se reciban posteriormente, dictándose entonces resolución definitiva confirmando la provisional o modificándola.

Es también aplicable a las pensiones que se reconozcan *a prorrata temporis* como consecuencia del cómputo de períodos que el otro Estado haya certificado expresamente como provisionales.

Con este nuevo artículo, se extiende una posibilidad que ya existía en los Reglamentos Comunitarios de coordinación de sistemas de seguridad social a las pensiones tramitadas al amparo de las demás normas internaciones de coordinación de sistemas de seguridad social suscritas por España. Se busca con ello dispensar a todas ellas un tratamiento uniforme y evitar perjuicios a los interesados[9].

---

[7] En vigor a partir de 1-4-2023.

[8] El art. 36.1 letra b) –en relación al sistema especial de empleados de hogar- LGSS dispone:
"*Artículo 36. Facultades de comprobación.*
1. Las liquidaciones de cuotas calculadas mediante los sistemas a que se refiere el artículo 22.1 podrán ser objeto de comprobación por la Tesorería General de la Seguridad Social, pudiendo requerir a tal efecto cuantos datos o documentos resulten precisos para ello. Las diferencias de cotización que pudieran resultar de dicha comprobación serán exigidas:
...
b) En el ámbito del sistema a que se refiere el artículo 22.1.c), serán exigidas por la Tesorería General de la Seguridad Social mediante liquidación de cuotas complementaria, sin aplicación de recargos, a aquella que es objeto de comprobación y cobro a través del sistema de domiciliación en cuenta para la cotización a efectuar en el plazo reglamentario de ingreso, en aquellos supuestos en que dicho sistema resulte obligatorio, así como en aquellos casos de aplicación voluntaria del mismo. En caso de impago, se continuará con el procedimiento de recaudación de la Seguridad Social."

[9] En vigor desde 17 junio de 2023.

4. LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA INICIAL DE LAS PENSIONES, REVALORIZACIÓN Y COMPLEMENTO A MÍNIMOS

Las modificaciones alcanzan a los artículos 57, 58[10] y 59, se introducen dos nuevas disposiciones adicionales 53ª y 59ª y una disposición transitoria 39ª en la LGSS

En relación con la limitación de la cuantía inicial de las pensiones recogida en su art. 57 LGSS, la redacción anterior de dicho precepto constaba de un único párrafo, que se mantiene, pero modificaciones, al que se añaden ahora otros tres nuevos párrafos. Con ello se reconfigura la regulación del límite máximo de la cuantía inicial de las pensiones que queda fijada en los siguientes términos[11]:

— El importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE). De este modo, cuando el importe de la pensión, determinado conforme a las reglas de cálculo aplicables en cada caso, superase el límite máximo fijado por la LPGE aplicable en el momento del hecho causante, este límite máximo será considerado como importe inicial de la misma.

— Cuando el importe inicial de la pensión quede limitado en el ejercicio en el que se cause en la cuantía máxima de las pensiones contributivas, dicho importe se revalorizará el año siguiente mediante la aplicación del porcentaje previsto en el artículo 58.2 LGSS y las sucesivas revalorizaciones anuales se efectuarán sobre el importe resultante de la revalorización del año anterior.

— En el caso de pensiones concurrentes, la suma de todas ellas no podrá superar el importe de la cuantía máxima vigente en la fecha del hecho causante de la nueva pensión, sin perjuicio de las revalorizaciones ulteriores que correspondan conforme al artículo 58.2 LGSS. Si se extinguiera una de las pensiones concurrentes, la suma de las restantes no podrá superar la cuantía máxima vigente en el ejercicio en que se reconoció la última pensión en vigor, sin perjuicio de las revalorizaciones ulteriores.

El art. 58 LGSS relativo a la revalorización y garantía del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones contributivas es objeto también de modificación en su apartado 2 y se introduce un nuevo apartado 5[12].

Por lo que respecta al apartado 2 se mantiene la previsión de revalorización de las pensiones contributivas al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior. La única modificación consiste en que se recoge una mención expresa a que la revalorización realizada en esos términos afecta a "*todas*" las pensiones contributivas, "*incluido el complemento de brecha de género*".

El segundo párrafo que se añade viene a establecer que anualmente se actualizarán en la correspondiente LPGE, en ese mismo porcentaje, la cuantía máxima de las pensiones a que se refiere el art. 57 LGSS, y la cuantía mínima de las pensiones prevista en el artículo 59 LGSS[13].

[10] Su apartado 4 se deroga con efectos 1 de enero de 2025.

[11] Entrará en vigor el día 1 de enero de 2025.

[12] Este nuevo apartado 5 entra en vigor el 18 de marzo de 2023. Téngase en cuenta además que la disposición derogatoria del RD-ley 2/2023 deroga el apartado 4 de este artículo 58 con efectos de 1 de enero de 2025 (la derogación parece responder a la entrada en vigor en esa misma fecha de la nueva redacción dada al artículo 57).

[13] En vigor desde 1 de enero de 2024.
Hasta ahora el art. 58.2 LGSS únicamente recogía una previsión similar respecto de la cuantía mínima, pero no de la máxima.

El nuevo apartado 5 del art. 58 LGSS se refiere a la revalorización de las pensiones reconocidas en virtud de normas internacionales de las que esté a cargo de la Seguridad Social española un tanto por ciento de su cuantía teórica, respecto de las cuales se establece que se llevará a cabo aplicando dicho tanto por ciento al incremento que hubiera correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad Social el cien por cien de la citada pensión.

Con independencia de lo ahora normado por el art.58 LGSS, debe tenerse en cuenta la nueva disposición transitoria trigésima novena de la LGSS, que establece una norma transitoria para la determinación del límite máximo aplicable al importe inicial de las pensiones desde 1 de enero de 2025. A tenor de la exposición de motivos del RD-ley 2/2023 su propósito es compensar la mayor carga que supondrá para algunos trabajadores el incremento en la cotización que resulta de la subida anual de la base máxima de cotización prevista en la nueva disposición transitoria trigésima octava de la LGSS. Según esta nueva disposición transitoria trigésima novena de la LGSS:

— Para determinar la cuantía máxima inicial prevista en el art. 57 a las pensiones que se causen desde el año 2025, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado, comenzando por la correspondiente a ese año y finalizando con la del año 2050, aplicarán a la cuantía máxima establecida en el año anterior el porcentaje previsto en el art. 58.2 más un incremento adicional de 0,115 puntos porcentuales acumulativos cada año hasta 2050.

— Las pensiones iniciales causadas desde 2025 cuyo importe se haya determinado conforme a lo indicado en el párrafo anterior se revalorizarán en años sucesivos de acuerdo con el art. 58.2.

— Las pensiones causadas antes de 2025 cuyo importe a 31 de diciembre de 2024 estuviese limitada por aplicación del límite máximo establecido en la Ley de Presupuestos Generales para ese año, se actualizarán en lo sucesivo aplicando al importe que tuvieran establecido en 2024 lo dispuesto en el artículo 58.2, efectuándose las sucesivas revalorizaciones anuales sobre el importe revalorizado el año anterior.

En definitiva, cuando la cuantía de la pensión, en fecha 31 de diciembre de 2024, tuviese limitada su cuantía por aplicación del límite máximo vigente en esa fecha, esa cuantía limitada será la que se tenga en cuenta a efectos de su revalorización en los términos previstos en el art. 58.2 LGSS[14].

El nuevo art. 59 LGSS[15] recoge los siguientes cambios en su contenido:

[14] Desde 2051 el incremento anual adicional aplicable para determinar la cuantía máxima inicial de las pensiones causadas desde ese año hasta 2065 es el que se recoge en la siguiente tabla:

2051	3,2
2052	3,6
2053	4,1
2054	4,8
2055	5,5
2056	6,4
2057	7,4

2058	8,5
2059	9,8
2060	11,2
2061	12,7
2062	14,3
2063	16,1

En 2065 en el marco del diálogo social se valorará la conveniencia de mantener el proceso de convergencia hasta alcanzar un incremento total de 30 puntos porcentuales.

[15] Se modifica su apartado 1 y se introducen dos nuevos apartados, 2 y 3, pasando el contenido del actual apartado 2 a numerarse como apartado 4.
Su entrada en vigor será el 18 de marzo de 2023.

— En apartado 1 adecúa ciertas referencias a determinados conceptos a la normativa reguladora del IRPF. Así, en el párrafo primero se incluye una referencia a los rendimientos "*de régimen de atribución de rentas*", y en el párrafo tercero se elimina la referencia a los rendimientos procedentes de bienes inmuebles y se introduce la correspondiente a los "*rendimientos de capital*".

— Los nuevos apartados 2 y 3 contienen normas de aplicación de los complementos para pensiones inferiores a la mínima a las pensiones prorrateadas reconocidas en virtud de normas internacionales.

— El apartado 2 determina que a esas pensiones, una vez revalorizadas conforme al art. 58.2 se les añadirá, cuando proceda, el complemento por mínimos que corresponda, que consistirá en la diferencia entre la cuantía resultante de aplicar el tanto por ciento a cargo de la Seguridad Social española a la cuantía mínima establecida en cada ejercicio para la pensión de que se trate y la suma de la pensión prorrateada española más el importe de las pensiones públicas extranjeras que tenga reconocidas el beneficiario en el caso de que sean concurrentes.

— El apartado 3 establece que si después de aplicar lo anterior la suma de las pensiones reconocidas al amparo de una norma internacional y, en su caso, del importe del complemento, fuese inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate vigente en cada momento, se garantizará al beneficiario, en tanto resida en territorio español y reúna los requisitos exigidos al efectos, la diferencia entre la suma de las pensiones reconocidas, españolas y extranjeras, y el referido importe mínimo. A estos efectos, las cuantías fijas del SOVI tendrán la consideración de importes mínimos.

Y finalmente se incluye una nueva disposición adicional quincuagésima tercera en la LGSS relativa a las pensiones mínimas e indicadores de suficiencia. Conforme a ella desde el año 2027 la cuantía mínima de la pensión de jubilación contributiva para un titular mayor de 65 años con cónyuge a cargo, una vez revalorizada, y que servirá de cuantía de referencia, no podrá ser inferior al umbral de la pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos.

El referido umbral se determinará multiplicando por 1,5 el umbral de pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados para España en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de vida del INE actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos ocho años[16].

[16] A tenor de la información que facilita el INE (https://www.ine.es/):
"El umbral de pobreza para el conjunto nacional en un año determinado se calcula como el 60% de la mediana de los ingresos anuales por unidad de consumo (o renta equivalente) de todos los hogares a nivel nacional. Al tratarse de una medida relativa, su valor depende de cómo se distribuya la renta entre la población. La mediana es el valor que, ordenando a todos los individuos de menor a mayor ingreso, deja una mitad de los mismos por debajo de dicho valor y a la otra mitad por encima. Este umbral aumenta o disminuye en la medida en que lo haga la mediana de los ingresos en cada año. El umbral de pobreza se establece en euros.
El ingreso anual por unidad de consumo (o renta equivalente) del hogar en euros, depende del tamaño del hogar y de las edades de sus miembros, es decir, del número de unidades de consumo.
Para una mejor comparación de los ingresos de distintos tipos de hogar (nº de personas y edades) se utiliza el concepto de renta equivalente. Para convertir la renta del hogar a renta equivalente, se aplica internacionalmente el concepto de unidad de consumo, que tiene en cuenta las economías de escala que se producen según el número y las edades de las personas que comparten los gastos del hogar y las personas se convierten a unidades de consumo equivalentes utilizando la escala de la OCDE modificada. La renta equivalente de un hogar se calcula dividiendo la renta disponible total del hogar por el número de unidades de consumo equivalentes que lo componen y esta renta se asigna por igual a todos los miembros del hogar.

La brecha entre la cuantía de referencia y el umbral de pobreza calculado para un hogar de dos adultos se irá reduciendo progresivamente de acuerdo una escala que se recoge en la propia disposición adicional y que arranca de 1 de enero de 2024 y finaliza en 2027.

Igualmente se establece que la cuantía mínima de la pensión de viudedad con cargas familiares, las de las pensiones contributivas con cónyuge a cargo (excepto la de incapacidad permanente total de menores de 60 años) serán desde 2024 iguales a la cuantía de referencia indicada anteriormente.

El resto de las cuantías mínimas de las pensiones contributivas, una vez revalorizadas, se incrementarán adicionalmente cada año y en el mismo período en un porcentaje equivalente al 50 por ciento de los porcentajes resultantes de la escala anteriormente mencionada.

También se prevé que las pensiones no contributivas, una vez revalorizadas, se incrementarán adicionalmente cada año y en el mismo período en un porcentaje equivalente al 50 por ciento de los porcentajes resultantes de esa misma escala, pero con la referencia de multiplicar por 0,75 el umbral de la pobreza de un hogar unipersonal.

La determinación de las citadas cuantías se efectuará por las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado para cada año.

Por último, la citada disposición adicional dispone que en cumplimiento de la Recomendación 15 del Pacto de Toledo de 2020, el Gobierno realizará un seguimiento continuo de la evolución de las pensiones mínimas y de las pensiones no contributivas, a partir del cual elevará anualmente un informe a la Comisión del citado Pacto en el que evaluará el impacto de estas prestaciones en la reducción de la pobreza con particular atención a la dimensión de género y propondrá en su caso, la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.

5. MEDIDAS RELACIONADAS CON LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES Y REDUCCIÓN DE LA MISMA

El RD-ley 2/2023 ha venido a modificar el art. 60 y la disposición adicional 37ª, incluyendo dos nuevas disposiciones transitorias 41ª y 44ª en la LGSS[17].

Las novedades afectan a la configuración de su régimen jurídico, a la aplicación a hechos causantes anteriores a la reforma, a un incremento en su cuantía para el período 2024-2025, a su alcance temporal y a la integración de lagunas en la pensión de jubilación en tanto la brecha de género sea superior al 5º.

El artículo 60 LGSS relativo al complemento de brecha de género queda modificado en su apartado 1 y además se introduce un nuevo apartado 7[18]. La principal novedad de la modificación del

Como valores ilustrativos, según la información que proporciona la Encuesta de Condiciones de Vida del año 2021, el valor del umbral de riesgo de pobreza de un hogar en España de una sola persona (calculado con los datos de ingresos de 2020) se situó en 9.535 euros anuales, un 0,9% menos que el estimado en el año anterior. En hogares compuestos por dos adultos y dos menores de 14 años, dicho umbral fue de 20.024 euros anuales.
Una persona con unos ingresos anuales por unidad de consumo inferiores a los valores del umbral de pobreza se considera que está en riesgo de pobreza relativa."

[17] Véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Luces y sombras del complemento de brecha de género (complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* 31 (2022), pp. 13:30.

[18] Entrada en vigor el 18 de marzo de 2023. Confrontar con la nueva disposición transitoria 44ª LGSS.

apartado 1 del art. 60 LGSS es inclusión de un nuevo párrafo (que queda numerado como condición 3ª).

Para comprender su alcance se ha de tener en cuenta que a los pensionistas varones de jubilación e incapacidad permanente se les exigen para tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género unos requisitos, entre los que se encuentran:

— Tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los 3 años posteriores o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los 3 años siguientes (condición 1ª, aplicable en el caso de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994).

— Que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores (condición 2ª aplicable en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1.1.1995).

Pues bien, de acuerdo con la modificación ahora introducida, para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización a que se refieren dichas condiciones, no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el art. 237 de la LGSS (se refiere a la prestación familiar no económica).

Esta previsión resulta aplicable en los complejos términos de la nueva disposición transitoria 44ª LGSS. Conforme a la disposición final 10ª del RD-ley 2/2023, la nueva redacción del art. 60 de la LGSS entraría en vigor el 18 de marzo de 2023. Ahora bien, a tenor de la nueva disposición transitoria 44ª de la LGSS[19], en cuanto determina que para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización no se tengan en cuenta los beneficios en la cotización establecido en el art. 237 LGSS, será de aplicación para el reconocimiento del complemento para la reducción de la brecha de género de las pensiones contributivas causadas desde el 4 de febrero de 2021. Es decir, resultará de aplicación desde que entró en vigor el complemento para la reducción de la brecha de género, en sustitución del complemento por maternidad, como consecuencia de la modificación del artículo 60 de la LGSS efectuada por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.

Aparte de ello, se ha introducido ciertas mejoras de redacción como la sustitución de la referencia a la percepción de la pensión pública de menor cuantía por la correspondiente a su titularidad de; o la corrección en el apartado 1.a) de la referencia a "causar" una pensión de viudedad por la correcta referida a "tener reconocida una pensión de viudedad".

En el nuevo apartado 7 se clarifica la forma en que se han de computar las pensiones a efectos de determinar cuál de los dos progenitores es titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía, indicando que las pensiones se tendrán en cuenta en su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder.

A ello se añade que cuando ambos progenitores sean del mismo sexo y coincida el importe, el complemento se reconocerá a aquel que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento. Ha de tenerse en cuenta que en caso de ser de distinto sexo y coincidir los importes, el complemento ha de reconocerse a la mujer, ya que uno de los requisitos exigidos a los hombres para ser beneficiarios es – de acuerdo con el apartado 1.b) de este mismo artículo- que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior que las que le corresponda a la mujer.

[19] Véase el apartado 44 del artículo único del RD-ley 2/2023.

De acuerdo con la nueva redacción del art. 58.2 de la LGSS, que entrará en vigor a partir de 1 de enero de 2024, el complemento para la reducción de la brecha de género se revalorizará al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior. No obstante, la disposición transitoria primera del RD-ley 2/2023, establece que el importe del complemento para la reducción de la brecha de género sea objeto de un incremento adicional del 10 por ciento sobre la revalorización prevista en el art. 58.2 en el bienio 2024-2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas LPGE.

La disposición adicional 37 LGSS relativa al alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género de las pensiones contributivas resulta modificada en los siguientes términos:

— Una reordenación del contenido anterior de esta disposición, con algún cambio de redacción, la principal novedad consiste en la inclusión de un nuevo apartado (que queda numerado como 2) que prevé que, además del complemento para la reducción de la brecha de género del art. 60, se podrán fijar en el marco del diálogo social y con carácter temporal otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres.

— También respecto de estas medidas que puedan adoptarse, se establece que una vez que la brecha de género de las pensiones de jubilación de un año sea igual o inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto para su derogación, previa consulta a los interlocutores sociales.

Se introduce una nueva Disposición transitoria cuadragésima primera de la LGSS[20], relativa a la Integración de lagunas para el cálculo de las pensiones de jubilación en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento.

De acuerdo con esta previsión, en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento, para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de lagunas prevista en el art. 209.1 LGSS, los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100 por ciento de la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo, y desde la mensualidad sexagésima primera a la octogésima cuarta con el 80 por ciento de esa misma base.

Esta previsión será también de aplicación a los hombres siempre que en relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos en las reglas 1ª) o 2ª) del artículo 60.1.b) para ser beneficiario del complemento para la reducción de la brecha de género, si bien no se les exigirá que su pensión o suma de pensiones sea superior a la del otro progenitor ni que tengan derecho al referido complemento.

Obviamente esta integración se aplicará sin perjuicio de lo previsto en el artículo 209.1b) LGSS[21].

[20] Añadida por el apartado cuarenta y uno del artículo único RD-ley 2/2023.
Entrará en vigor el 1 de enero de 2026.

[21] Se refiere a la base reguladora de la pensión de jubilación en relación con la regla general de integración de lagunas.

6. ADAPTACIÓN DE DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LGSS A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Las adaptaciones afectan a los artículos 77.1 f) 234, 352 y disposición adicional 25ª LGSS

La modificación del art. 77.1. letra f) (cesión de datos) permitirá la cesión o comunicación de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social cuando tenga por objeto la protección por los órganos judiciales o por el Ministerio Público de los derechos e intereses de los menores y personas en cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo a su capacidad jurídica. Se sustituye la anterior referencia a las personas con capacidad modificada por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público[22].

El art. 234 LGSS (relativo al abono de las pensiones de orfandad en determinados supuestos) se ve modificado en sus dos párrafos con el objeto de sustituir las referencias a las personas con capacidad judicial modificada por la correspondiente a personas mayores de edad con medidas de apoyo a su capacidad jurídica para percibir la pensión, así como incluir una referencia a la institución curatelar de la persona mayor a la que, en su caso, deba abonarse la pensión de orfandad[23].

El apartado 2.c) del artículo 352 LGSS que atribuye a los hijos con discapacidad mayores de dieciocho años la condición de beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus padres, sustituyendo la referencia a que su capacidad no haya sido modificada judicialmente y conserven su capacidad de obrar por la correspondiente a que no se haya establecido respecto de ellos ninguna medida de apoyo a su capacidad para ser beneficiarios de asignaciones del sistema de la Seguridad Social[24].

El apartado treinta y uno del artículo único del RD-ley 2/2023 modifica la disposición adicional vigésima quinta en el sentido de que, a efectos de la aplicación de la LGSS, y sin perjuicio de poder acreditarse la discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento mediante el certificado emitido por el IMSERSO o por el órgano competente de la comunidad autónoma, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en el citado grado o superior, las personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos (la anterior referencia era a las personas declaradas judicialmente incapaces)[25].

7. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Una nueva reforma la incapacidad temporal se suma a las llevadas a cabo en diciembre de 2022[26], enero y febrero de 2023[27]. Se modifican los artículos 84. 2 letra b (propuestas de alta médica

[22] Entrada en vigor el 1 de abril de 2023.

[23] En vigor desde 1 de abril de 2023.

[24] En vigor desde 1 de abril de 2023.

[25] En vigor desde el 1 de abril de 2023, sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria 3ª del RD-ley 2/2023 que establece que aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces por sentencia antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento a efectos de la aplicación de la LGSS.

[26] RD 1060/2022, de 27 de diciembre, que modificó el RD 625/2014, de 18 de junio, sobre gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros 365 días.

[27] Orden ESS/1187, 2015, 15 de junio que modifica la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero; y LO 1/2023, de 28 de febrero, que modifican los arts. 144, 169, 172, 173 y 177 LGSS. La LO 1/2023, de 28 de febrero también modifica

por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social), 169 (concepto de incapacidad temporal), 170 (competencias en los procesos de incapacidad temporal), 174 (extinción del derecho) y disposición adicional primera, apartado 4 (relativa a las disposiciones aplicables a los regímenes especiales) de la LGSS[28].

Los cambios introducidos en el art. 84.4 LGSS afectan al último párrafo de la letra b) y básicamente consisten en lo siguiente:

— En relación con las propuestas de alta de las mutuas a la Inspección Médica de los servicios públicos de salud, se elimina la posibilidad de que si estos últimos desestiman la propuesta la mutua pueda dirigirla al INSS. En consecuencia, la mutua solo podrá dirigirse al INSS cuando la Inspección Médica del servicio público de salud no conteste a su propuesta de alta en la forma y plazo establecido, algo que, según se recoge ahora expresamente, habrá de ser excepcional.

— El plazo del INSS para resolver esa propuesta pasa de cuatro días a cinco días hábiles.

— Y se elimina la referencia al Instituto Social de la Marina en el párrafo cuarto del artículo, consecuencia de la modificación que se introduce en el apartado 4 de la disposición adicional primera del LGSS[29].

Se da nueva redacción al apartado 1.b) del artículo 169 LGSS (concepto de incapacidad temporal), referido a los períodos de observación por enfermedad profesional, para sustituir la referencia a la duración máxima de seis meses prorrogables por otros seis, por la correspondiente a ciento ochenta días prorrogables por otros cientos ochenta. En realidad con ello se evita que la duración real del período de observación por enfermedad profesional pueda variar en función de los días de los meses concretos en que se produzca, unificándola para todos los interesados[30].

Las modificaciones del art. 170 LGSS (competencias sobre los procesos de incapacidad temporal) aportan las siguientes novedades:

1ª) Apartado 1 del art. 170 LGSS[31]:

el art. 2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, sobre prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, por *maternidad, paternidad*, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

[28] En vigor desde 18 de marzo de 2023. A tener en cuenta también la disposición transitoria cuarta del RD-ley 2/2023, sobre vigencia transitoria de la normativa anterior en materia de incapacidad temporal, que señala que:
"Las modificaciones introducidas por el artículo único de este real decreto-ley, apartados diez, diecisiete, dieciocho, diecinueve y treinta que modifican los artículos 82.4.b), 169, 170, 174 y la disposición adicional primera, así como el apartado treinta y siete, que introduce la nueva disposición transitoria trigésima séptima, todos ellos relativos al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, serán de aplicación tanto a los procedimientos de incapacidad temporal que se inicien con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, como a los iniciados con anterioridad a dicha fecha.
No obstante, seguirá abonándose directamente por la entidad gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social el subsidio correspondiente cuando, a la mencionada fecha de entrada en vigor, hubiere sido dictada la resolución prevista en el artículo 170.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción anterior a la entrada en vigor del artículo único, apartado dieciocho, que modifica dicho artículo.".

[29] El nuevo apartado 4 de la disposición adicional primera, dice así: "*El Instituto Nacional de la Seguridad Social ejercerá a través de su inspección médica las competencias previstas en el artículo 170, apartados 1, 2 y 3, y en el artículo 174, apartado 1, tanto respecto de los trabajadores incluidos en el Régimen General como de los comprendidos en alguno de los regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social."*

[30] En vigor desde 17 de mayo de 2023. Si bien téngase en cuenta la disposición transitoria 4ª del RD-ley 2/2023.

[31] La nueva redacción entra en vigor el 17 de mayo de 2023. Ha de tenerse en cuenta la DT 4ª RD-ley 2/2023.

Se sustituyen las referencias a los inspectores médicos adscritos al INSS por la correspondiente a la inspección médica del INSS.

-En relación con las competencias de control de los procesos de IT a partir del día 365, la entidad gestora ejercerá la citada competencia a través de su inspección médica del mismo modo que la ejerce durante los primeros 365 días, sin intervención, como hasta ahora, de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador (esto es, equipos de valoración de incapacidades –EVIS– u órganos equivalentes en Cataluña).

Consecuencia de lo anterior será que:

— El inicio del expediente de incapacidad permanente, en el caso a que el mismo se refiere, se articulará a través de la emisión de una alta médica con propuesta de incapacidad permanente, y no como hasta ahora mediante una resolución.

— El agotamiento del plazo de 365 días sin emisión de alta médica supondrá el pase automático a la prórroga de IT, sin necesidad de declaración expresa, estableciéndose la presunción de que dentro del período subsiguiente de 180 días el trabajador puede ser dado de alta por curación o mejoría.

Desaparece, en consecuencia, la necesidad de declaración expresa de la prórroga, previa valoración del EVI, que hasta la fecha se articulaba a través de una resolución.

— Se mantiene que el INSS sea el único competente para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología en los 180 días posteriores a la alta médica emitida una vez agotados los 365 días por curación, mejoría que permita la reincorporación al trabajo (referencia que ahora se recoge expresamente) o incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por la entidad gestora, si bien ahora se precisa que será a través de su inspección médica.

2ª) Un nuevo párrafo en el apartado 2 del art. 170 LGSS, que establece:

— El mantenimiento de la colaboración obligatoria en el pago de la prestación durante la prórroga de la IT hasta que se notifique al interesado el alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos, o hasta el último día del mes en que el INSS emita el alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o hasta el cumplimiento de los 545 días, finalizando en todo caso en esta fecha.

— Se recoge la obligación de las empresas colaboradoras voluntarias de pagar a su cargo la prestación de IT hasta la fecha en que se notifique al interesado el alta médica o la resolución por la que se extinga el derecho al subsidio, incluida en su caso, la situación de prolongación de efectos económicos prevista en el artículo 174.5 LGSS.

— Se mantiene como hasta ahora la posibilidad de que el trabajador, cuando no se prorrogue la situación de incapacidad temporal, inicie el procedimiento de disconformidad frente al alta médica por curación, mejoría o incomparecencia al reconocimiento médico emitida por el INSS al agotamiento de los 365 días.

3ª) Se renumeran diversos apartados del art. 170 LGSS

Los anteriores apartados 3, 4 y 5 del art. 170 LGSS pasan ahora a ser los apartados 4 (con cambios mínimos de redacción), 5 y 6, respectivamente.

El art. 174 LGSS relativo a la extinción de la prestación económica durante la situación de incapacidad temporal es objeto de los siguientes cambios[32]:

1ª) Párrafo tercero del apartado 1:

Dicho apartado viene atribuir al INSS la competencia exclusiva para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología cuando se hubiera denegado la incapacidad permanente en un expediente iniciado antes de los 545 días, se especifica expresamente que esa competencia se ejercerá a través de la inspección médica de la entidad gestora, eliminando la anterior referencia a los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente.

2ª) Párrafos primero y tercero del apartado 3:

La referencia a tres meses desde que la IT alcanza los 545 días en IT, como plazo máximo en que ha de examinar el estado del trabajador a efectos de su calificación, se sustituye por la correspondiente a 90 días naturales. Se trata de una modificación que, sin alterar el plazo establecido, clarifica y unifica su cómputo.

3ª) Apartado 4:

La referencia a la denominada alta médica con propuesta de incapacidad como causa de extinción de la IT, contenida en el actual párrafo primero, se sustituye el inciso "expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los trescientos sesenta y cinco días" por "cualquiera que sea el momento en que sea expedida".

4ª) Se elimina el párrafo segundo del apartado 4

Dicho apartado normaba que regulaba la extinción de la IT en los casos en que el INSS acordase iniciar un expediente de IP al agotamiento de los 365 días, o durante la prórroga declarada expresamente. Con el fin de ajustarse a las modificaciones introducidas en el art. 170.2 LGSS antes indicadas.

5ª) Modificación del apartado 5

Estamos ante las mismas razones ya señaladas, se elimina la referencia al acuerdo del INSS de iniciación de expediente de IP como causa de extinción. En este mismo apartado, con la nueva redacción la prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal se produce hasta "que se notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente" en lugar de "hasta que se califique la incapacidad permanente". Ha de entenderse que la notificación a la que se refiere es la que se efectúe al interesado.

Se modifica la disposición adicional primera LGSS[33], relativa a las normas aplicables a los regímenes especiales, y concretamente su apartado 4 que atribuye INSS las competencias previstas

[32] La nueva redacción entra en vigor el 17 de mayo de 2023. Debe tenerse también en cuenta la disposición transitoria 4ª RD-ley 2/2023.

[33] La nueva redacción entra en vigor el 17 de mayo de 2023. Debe tenerse también en cuenta la disposición transitoria 4ª RD-ley 2/2023.

en el art. 170.1 (y con el cambio también las de los artículos 170.2 y 3 y 174.1) tanto respecto de los trabajadores incluidos en el Régimen General como de los comprendidos en alguno de los regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social. Los cambios introducidos se refieren:

— A la ampliación de las remisiones efectuadas en la disposición (antes limitadas al art. 170.1 LGSS) que se derivan de las nuevas competencias ejercidas por el INSS a través de su inspección médica.

— A la eliminación de la excepción relativa a los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar respecto de los cuales, hasta ahora, las competencias se atribuían al Instituto Social de la Marina. Con la nueva redacción las citadas competencias también se atribuyen expresamente al INSS respecto del citado colectivo.

La nueva disposición transitoria 37ª LGSS establece que las referencias efectuadas en la Ley a la inspección médica del INSS se entenderán realizadas al órgano que realice las mismas funciones en la comunidad autónoma donde dicho Instituto aun no disponga de inspección médica, hasta tanto no se constituya y entre en funcionamiento la misma[34].

Finalmente debe tenerse en cuenta la disposición transitoria 4ª del RD-ley 2/2023 relativa a que las modificaciones introducidas en los artículos 82.4b), 169, 170, 174 y en la DA 1ª, así como la nueva DT 37ª, todos ellos de la LGSS, serán de aplicación tanto a los procedimientos de incapacidad temporal que se inicien con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor (para todos ellos el 17 de mayo de 2023, salvo el 82.4.b) que entró en vigor el 18 de marzo de 2023) como a los iniciados con posterioridad a dicha fecha. No obstante, seguirá abonándose directamente por la entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social el subsidio correspondiente cuando, a la mencionada fecha de entrada en vigor, hubiere sido dictada la resolución prevista en el artículo 170.2 de la LGSS en la redacción anterior a la fecha de entrada en vigor de su modificación

8. FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Se modifican los artículos 117 a 121 de la LGSS. Básicamente las modificaciones son de carácter técnico y se trata de precisiones relativas a que se considera excedentes que nutren el Fondo (un poco confusa resulta los ap. 2 y 4 art. 119 LGSS) y que alcanza a todos los servicios comunes de la S. Social y no solo a la TGSS. Y expresamente se indica que la cotización adicional del "*Mecanismo de Equidad Intergeneracional"* se ingresará en el Fondo (art. 118.4 LGSS) de forma automática (art. 120.2 LGSS)[35].

En relación con las disposiciones de activos (art. 121 LGSS) se incide en el destino de las disposiciones, que deben de tener como objeto reforzar el equilibrio y sostenibilidad del sistema. Anualmente en la LPGE se establecerá, desde 2033, el desembolso anual a efectuar por el Fondo que consistirá en el porcentaje que se determine del PIB, con unos límites máximos de desembolsos (desde 2033 a 2053)[36].

[34] La nueva redacción entra en vigor el 17 de mayo de 2023. Debe tenerse también en cuenta la disposición transitoria 4ª RD-ley 2/2023.

[35] En vigor desde 1 de abril de 2023.

[36] En vigor desde 1 de abril de 2023.

9. MECANISMO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

Las modificaciones consisten en incorporar un nuevo art. 127 bis y nueva DT. 43 a la LGSS; añadir una nueva disposición adicional 5ª a la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero; y la derogación de la disposición final 4ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

El nuevo art. 127 bis LGSS "Mecanismo de Equidad Intergeneracional"[37] consiste en una cotización finalista aplicable en todos los regímenes y en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación, que no será computable a efectos de prestaciones y que nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social[38]. Presenta las siguientes características:

— La cotización será de 1,2 puntos porcentuales (en caso de trabajadores por cuenta ajena 1 empresa y 0,20 trabajador).

— No puede ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna.

— No puede ser tampoco objeto de disminución por la aplicación de coeficientes u otra fórmula que suponga disminuya la cotización (excepción con la cotización en el Régimen Especial de los Trabajadores de Mar, art. 10 Ley 47/2015).

La nueva disposición adicional 5ª de la Ley 47/2015 incorpora también al colectivo de los trabajadores del mar la aplicación del MEI si bien con las adaptaciones que considera necesarias en relación con las singularidades en la cotización que tienen los trabajadores por cuenta ajena de los grupos segundo y tercero y de los trabajadores por cuenta propia.

10. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

La novedad va a consistir en modificar la forma de cálculo de la base reguladora de la prestación por nacimiento y cuidado de menor a que se refiere el art. 248.1b) LGSS y además de actualizar la

[37] Sobre la construcción y finalidad de este Mecanismos Equidad (pero también de sostenibilidad) de las pensiones, puede consultarse Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2ª edición ampliada y actualizada, 2022; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social,* Barcelona, Atelier, 2022; Monereo Pérez, J.L., y Martín-Serrano Jiménez, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo,* Murcia, Laborum, 2022.

[38] Efectos desde 1-1-2023. Debe tenerse en cuenta la nueva Disposición Transitoria 43ª de la LGSS que establece que desde 1-1-2023 hasta 31-12-2050 la cotización al MEI se hará de acuerdo a la siguiente escala

Año	Porcentaje	Empresa	Trabajador
2023	0,60	0,5	0,1
2024	0,70	0,58	0,12
2025	0,80	0,67	0,33
2026	0,90	0,75	0,15
2027	1	0,83	0,17
2028	1,10	0,92	0,18
2029	1,2	1,00	0,2
2030 a 2050	1,20	1,00	0,20

denominación de la prestación (hasta ahora la referencia era a maternidad y paternidad), se refiere el período de cálculo a las cotizaciones correspondientes a los doce meses naturales inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (y no al año anterior a la fecha del hecho causante, como hasta ahora)[39].

Del mismo modo, se clarifica el cálculo en los supuestos en los que las bases de cotización acreditadas en la empresa antes del mes previo al del hecho causante se refieren a un período inferior a doce meses (en cuyo caso la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases cotizadas acreditadas entre el número de días naturales a que esas cotizaciones correspondan) y en los supuestos de ingreso en la empresa en el mes anteriores al del hecho causante o en el mismo mes de este (en que se tendrán en cuenta las reglas establecidas, respectivamente en los párrafos primero y segundo del artículo 179.2) LGSS.

Los cambios introducidos suponen adecuar las reglas de cálculo de la base reguladora de la prestación de nacimiento y cuidado de menor de los trabajadores a tiempo parcial con las establecidas en el artículo 179 con carácter general como consecuencia de la modificación introducida en el mismo por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio.

11. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

Se modifican los artículos 190, 191 y 192 LGSS[40]. Las novedades que se introducen la LGSS son las siguientes[41]:

[39] En vigor desde 17 de mayo de 2023.

[40] Afecta también al Estatuto de los Trabajadores y al Estatuto Básico del Empleado Público. La disposición final tercera del RD-ley 2/2023 modifica el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores en lo que respecta a la reducción de jornada para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento del menor a su cargo afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y sea necesario su cuidado directo, continuo y permanente. Los cambios se corresponden con los introducidos en la LGSS en cuanto a la posibilidad de reconocer el derecho a la reducción de jornada una vez cumplidos los 18 años por el menor a cargo hasta que cumpla 23 años, cuando el padecimiento haya sido diagnosticado antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que en la fecha de la solicitud se acrediten los requisitos exigidos para la reducción, salvo la edad. También se establece que el derecho a la reducción se mantendrá hasta que la persona cumpla 26 años si antes de alcanzar los 23 acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. Junto a los supuestos de separación y divorcio incluidos hasta la fecha, se recogen también ahora los casos de nulidad matrimonial, extinción de la pareja de hecho, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género. Para todos ello se determina que el derecho se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos.
Por su parte la disposición final cuarta del RD-ley 2/2023, modifica a su vez el art. 49 letra e) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por RD-legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en similares términos que para los trabajadores afectados por el Estatuto de los Trabajadores.

[41] En vigor desde 1 de abril de 2023. Si bien debe tenerse en cuenta la disposición transitoria 5ª del RD-ley 2/2023 que establece una previsión relativa a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de hijos o personas sujetas a guarda con fines de adopción o acogida con carácter permanente por cáncer u otra enfermedad grave extinguida por cumplir los 23 años, en los siguientes términos:

- Las personas que hubieran disfrutado de una reducción de la jornada de trabajo al amparo del artículo 37.6 del ET que se hubiera extinguido por el cumplimiento por aquel de 23 años de edad antes de la entrada en vigor del real decreto-ley, podrán volver a solicitar la reducción de la jornada de trabajo prevista en el citado artículo cuando el causante acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento antes de alcanzar dicha edad y se sigan reuniendo el resto de requisitos para acceder a este derecho, pudiendo mantenerse, como máximo, hasta que cumpla los 26 años.
- Si el causante hubiera contraído matrimonio o constituido una pareja de hecho, tendrá derecho a la reducción de jornada su cónyuge o pareja de hecho, siempre que acredite las condiciones para ser beneficiario.

1ª) Artículo 190 LGSS. Situación protegida.

Se modifica el apartado 3 de este artículo que pasa a tener tres párrafos en lugar de uno. Los cambios se refieren a lo siguiente:

— Se mejora la redacción del primer párrafo, antes único, relativo a la posibilidad de mantener hasta el cumplimiento de los 23 años el derecho reconocido antes de alcanzar la mayoría de edad si persiste el cáncer o enfermedad grave diagnosticada anteriormente y subsiste la necesidad de hospitalización, tratamiento y cuidado durante el mismo, en los términos y con la acreditación que ese mismo artículo exige.

— En el segundo párrafo se establece la posibilidad de reconocer la prestación cumplidos los 18 años y hasta los 23, en los supuestos de padecimiento de cáncer o enfermedad grave diagnosticada antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que en el momento de la solicitud se acrediten los requisitos establecidos en ese artículo, salvo la edad.

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

2ª) Artículo 191 LGSS. Beneficiarios.

Se modifica el apartado 2, que establece que cuando concurren en ambos progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a uno de ellos.

La modificación afecta al segundo párrafo en el que, junto a los supuestos de separación y divorcio incluidos hasta la fecha, se recogen también ahora los casos de nulidad matrimonial, extinción de la pareja de hecho constituida en los términos del art. 221 LGSS, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género.

Para todos ello se determina que el derecho se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos.

3ª) Artículo 192 LGSS. Extinción.

En el apartado 2, relativo a las causas de extinción de la prestación se añade un nuevo inciso conforme al cual en el supuesto del nuevo apartado 3 del art.190 (que posibilita mantener el derecho hasta los 26 años en caso de discapacidad igual o superior al 65 por ciento) la prestación se extinguirá, además, si la persona enferma dejara de acreditar el grado de discapacidad requerido o, en todo caso, cuando cumpla los 26 años.

• Esta reducción de jornada se considerará situación protegida a los efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave prevista en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

12. BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Es objeto de modificación el art. 209.1 LGSS, relativo al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación. Se modifica la fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de modo que cuando entre en vigor la nueva redacción (lo que se analiza posteriormente) pasará a ser el cociente que resulte de dividir entre 378, la suma de las 324 bases de cotización de mayor importe del interesado comprendidas dentro del período de los 348 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, y ello de acuerdo con las siguientes reglas:

— Se seleccionarán los 348 meses consecutivos inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

— Si en dicho período aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo y el resto de las mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima.

— Cuando en alguno de los meses a tener en cuenta la obligación de cotizar hubiera existido solo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual establecida para el Régimen General. En tal supuesto la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

No obstante, habrá de tenerse en cuenta lo previsto en la nueva disposición transitoria cuadragésima primera, en vigor desde el 1 de enero de 2026[42].

— Las bases correspondientes a los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal y las restantes se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC desde el mes a que aquellas correspondan, hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período a que se refiere la regla anterior.

— De las 348 bases calculadas conforme a las reglas anteriores se elegirán de oficio las 324 bases de cotización de mayor importe, cuya suma se dividirá entre 378.

[42] La disposición transitoria cuadragésima primera viene a disponer lo siguiente en relación con la integración de períodos sin obligación de cotizar para el cálculo de las pensiones de jubilación en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5%:
"En tanto la brecha de género sea superior al 5 por ciento en los términos de la disposición adicional trigésima séptima, para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de períodos sin obligación de cotizar según lo dispuesto en el artículo 209.1, los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100 por ciento de la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo. Este porcentaje será del 80 por ciento de la misma base desde la mensualidad sexagésima primera a la octogésima cuarta.
Para el cálculo de la pensión de jubilación de los hombres a los que sea de aplicación el artículo 209.1.b), se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior respecto a las mismas mensualidades y con igual importe, siempre que en relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos en las reglas 1.ª o 2.ª del artículo 60.1.b), si bien no se exigirá que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor ni que este deba tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género.
La integración a que se refiere esta disposición transitoria se aplicará sin perjuicio de lo previsto en el citado artículo 209.1.b).".

La nueva redacción del artículo 209.1 LGSS entrará en vigor el 1 de enero de 2026. No obstante, viene modulada por la nueva disposición transitoria cuadragésima de la LGSS y el nuevo apartado 7 de la disposición transitoria cuarta, ambas de la LGSS, de la siguiente forma.

1ª) Nueva disposición transitoria cuadragésima LGSS

La nueva DT 40 introducida en la LGSS por el apartado cuarenta y uno del artículo único del RDLP, establece que la determinación de la base reguladora prevista en el artículo 209.1 se aplicará a todos los regímenes de forma gradual, conforme a las reglas que en la misma establece para cada uno de los años comprendidos entre 1 de enero de 2026 y 31 de diciembre de 2036.

Dichas reglas suponen una ampliación progresiva del número de bases de cotización a tener en cuenta (que se incrementan a razón de 2 meses cada año), del período dentro del cual han de estar comprendidas (que se incrementa a razón de 4 meses cada año) y del número por el que ha de dividirse su suma (que se incrementa en 2,34 al año)[43]. Será a partir de 2037 se aplicará, en sus propios términos el art. 209.1 en su nueva redacción.

2ª) Nuevo apartado 7 de la disposición transitoria cuarta LGSS

El apartado Treinta y seis del artículo único del RD-Ley 2/2023 añade a la DT 4ª de la LGSS un nuevo apartado 7 de acuerdo con el cual, a los solos efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación:

— Cuando el hecho causante se produzca con posterioridad a 31-12-2025 y antes de 31-12-2040, se aplicará de oficio en su integridad el artículo 209.1 en su redacción vigente el 1 de enero de 2023, cuando el cálculo resulte más favorable que el vigente en la fecha del hecho causante.

— Cuando el hecho causante se produzca durante el año 2041, se aplicará de oficio en su integridad el artículo 209.1 en su redacción vigente el 1 de enero de 2023, con una base reguladora que comprenderá las bases de cotización de los últimos 306 meses entre 357, cuando el cálculo resulte más favorable que el vigente en la fecha del hecho causante.

[43] En resumen:

AÑO	Nº DE BASES DE MAYOR IMPORTE A SUMAR	PERÍODO EN QUE HAN DE ESTAR COMPRENDIDAS LAS BASES	DIVISOR
2026	302	304	352,33
2027	304	308	354,67
2028	306	312	357,00
2029	308	316	359,33
2030	310	320	361,67
2031	312	324	364,00
2032	314	328	366,33
2033	316	332	368,67
2034	318	336	371,00
2035	320	340	373,33
2036	322	344	375,67
Desde 1-1-2037	324	348	378,00

— Cuando el hecho causante se produzca durante el año 2042, se aplicará de oficio en su integridad el artículo 209.1 en su redacción vigente el 1 de enero de 2023, con una base reguladora que comprenderá las bases de cotización de los últimos 312 meses entre 364, cuando el cálculo resulte más favorable que el vigente en la fecha del hecho causante.

— Cuando el hecho causante se produzca durante el año 2043, se aplicará de oficio en su integridad el artículo 209.1 en su redacción vigente el 1 de enero de 2023, con una base reguladora que comprenderá las bases de cotización de los últimos 318 meses entre 371, cuando el cálculo resulte más favorable que el vigente en la fecha del hecho causante.

A partir de 2044, se aplicará lo previsto en el art. 209.1 LGSS en la redacción vigente desde 1 de enero de 2026, en todos los casos.

3ª) Artículo 322 LGSS. Integración de lagunas en el RETA a efectos de determinar el importe de la pensión de jubilación.

Se añade un nuevo párrafo conforme al cual en los supuestos en que en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación del régimen aparecieran, con posterioridad a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, períodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes seis meses de cada uno de dichos períodos con la base mínima de la tabla general de este régimen especial.

13. PRESTACIÓN FAMILIAR NO ECONÓMICA

Se modifican los apartados 2 y 3 del art. 237 de la LGSS con el siguiente alcance[44]:

— La consideración como efectivamente cotizados del período de excedencia por el cuidado de los familiares, distintos de los hijos o menores a cargo, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida, a que se refiere el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, con el alcance establecido en el artículo 237.2 de la LGSS, pasa a referirse a los tres primeros años de ese período, en lugar del primer año como hasta ahora.

— El cómputo de las cotizaciones realizadas durante el período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores incrementadas al 100 por cien de la cuantía que habría correspondido de si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin esa reducción, a que se refiere el apartado 3 del art. 237 de la LGSS, pasa a referirse a los tres primeros años de ese período de reducción en lugar de a los dos primeros como hasta ahora.

— Dicho incremento pasa a referirse igualmente a los tres primeros años en los demás supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo del citado art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, en lugar de "al primer año" como hasta ahora.

[44] En vigor desde 18 de marzo de 2023.

14. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Se modifican los artículos 247 y 248 LGSS, sobre cómputo de los períodos de cotización y cuantía de las prestaciones económicas. Las novedades son las siguientes[45]:

1ª) Artículo 247 LGSS. Cómputo de los períodos de cotización.

Se modifica la forma de computar los períodos de cotización correspondientes a un contrato de trabajo a tiempo parcial. Así, de acuerdo con la nueva redacción del art. 247 de la LGSS, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

De este modo, cada día en alta con un contrato a tiempo parcial se considera día cotizado, eliminándose el cómputo anterior consistente en la aplicación del coeficiente de parcialidad correspondiente a cada período de alta con un contrato a tiempo parcial, así como la reducción de los períodos mínimos de cotización exigidos para causar cada una de las prestaciones mediante la aplicación del coeficiente global de parcialidad.

2ª) Artículo 248 LGSS. Cuantía de las prestaciones económicas

En el apartado 1.c) del artículo 248 se introduce un nuevo párrafo segundo que regula la forma de cálculo de la base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal de las personas con contrato fijo-discontinuo.

Así pues la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas desde su alta en el correspondiente régimen a consecuencia del inicio de la prestación de servicios motivado por el último llamamiento, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el período[46].

En relación con el apartado 2 del art. 248 LGSS[47], a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los cuales no haya existido obligación de cotizar se llevará a cabo en los términos establecidos en los artículos 209.1 y 197.4 LGSS, respectivamente. Se suprime así la regla especial establecida en la redacción anterior, conforme a la cual dicha integración se llevaría a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

3ª) Se elimina el apartado 3 del art. 248 LGSS relativo a la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común. Esta supresión se deriva del hecho de que al desparecer en el artículo 247 las reglas especiales de cómputo de los días considerados cotizados en un trabajo a tiempo parcial, no resulta tampoco procedente establecer reglas específicas respecto a su toma en consideración a efectos de cuantificar las pensiones[48].

[45] En vigor desde 1 de octubre de 2023.
[46] En vigor desde 17 de mayo de 2023.
[47] En vigor desde 1 de enero de 2026.
[48] En vigor desde 1 de abril de 2023. Confrontar con la fecha de entrada en vigor de la reforma del art. 247 LGSS.

15. INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ALUMNOS QUE REALICEN PRÁCTICAS FORMATIVAS O PRÁCTICAS ACADÉMICAS EXTERNAS INCLUIDAS EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN

La inclusión se lleva a cabo mediante la incorporación de una nueva disposición adicional 52 en la LGSS[49] y derogando la anterior previsión establecida en la disposición adicional quinta del RD-ley 28/2018, 28 de diciembre. La inclusión es vía asimilación a trabajadores por cuenta ajena (bien en el Régimen General –no sistemas especiales- bien en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar) de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación. Esta medida se enmarca dentro del proceso de *construcción de un nuevo estatuto jurídico protector de los trabajadores jóvenes,* cuya última medida conduciría pronto, al parecer, a la aprobación adicional del llamado "Estatuto de los Becarios" (que cuenta ya con un Acuerdo Sociopolítico bilateral entre el Gobierno de Coalición y las organizaciones sindicales más representativas).

Aspectos a tener en cuenta del régimen jurídico de la integración:

1º) Acción protectora

La acción protectora será la correspondiente al régimen de Seguridad social aplicable, con la exclusión de la protección por desempleo y de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional. En el supuesto de las prácticas no remuneradas se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se abonarán por la entidad gestora o, en su caso, por la mutua colaboradora mediante pago directo, y las que correspondan por incapacidad temporal, cualquiera que sea las contingencias, mediante pago delegado. No incluye (al menos en el texto no se recoge) la prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante –antigua paternidad-.

En el caso de las prácticas formativas no remuneradas, las altas y bajas en la Seguridad Social se practicarán conforme a la normativa general salvo las excepciones previstas en la propia disposición adicional, efectuándose el alta al inicio de las prácticas formativas y la baja a la finalización de estas "sin perjuicio de que para la cotización a la Seguridad Social y su acción protectora se tengan en cuenta exclusivamente los días en que se realicen dichas prácticas".

A efectos de prestaciones, cada día de prácticas formativas no remuneradas será considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse, en ningún caso, el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de día se computarán como día completo.

2º) Prácticas incluidas y obligaciones de encuadramiento.

Quedan incluidas las siguientes prácticas:

— Alumnos universitarios: títulos oficiales de grado, máster, doctorado y títulos propios (másteres de formación permanente, diploma de especialización o experto).

— Alumnos FP salvo que se presten en régimen de FP intensiva (art. 55 LO. 2/2022 "FP dual").

[49] En vigor desde 1 de octubre de 2023.

En relación con el cumplimiento de las obligaciones instrumentales:

— Prácticas formativas remuneradas: la entidad u organismo que financie el programa de formación (si hubiere más de una aquel que le corresponda hacerla efectiva). Se aplica la normativa general en relación con las altas y bajas.

— Prácticas formativas no remuneradas: Empresa, institución o entidad en la que se desarrollen, salvo que el convenido o acuerdo de cooperación disponga que sea el de comunicar los días efectivos de prácticas.

— Peculiaridades en las altas y baja: alta al inicio de la misma y baja a su finalización, sin perjuicio de que la cotización lo sea por los días de prácticas.

3º) Cotización[50]

a) Prácticas formativas remuneradas

Se aplican las reglas de cotización establecidas para los contratos formativas en alternancia.

La base de cotización será la mínima vigente en cada momento correspondiente al grupo 7 (si el alta no se extiende a todo el mes será la parte proporcional).

b) Prácticas formativas no remuneradas

Consiste en una cuota empresarial por cada día de prácticas por CC y CP (excluida IT) establecida en la LPGE.

La BC a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la B. Mínima del grupo 8 por los días de prácticas en el mes (límite la base mínima de cotización correspondiente al grupo 7 –sic-).

Se establecen los siguientes plazos de ingreso: enero, febrero y marzo en abril; abril, mayo y junio en julio; julio, agosto y septiembre, en noviembre; y octubre, noviembre y diciembre en enero del año siguiente. El plazo reglamentario de ingreso será el penúltimo día del mes indicado.

Se debe informar a la TGSS de las incidencias en la no realización de prácticas y solicitar la liquidación de cuotas por parte del "empresario".

En caso de situaciones de IT (CP), nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o lactancia debe informarse a la TGSS los días previstos de prácticas.

16. OTRAS NOVEDADES Y MANDATOS

Observatorio para el análisis y seguimiento de la prestación por cese en la actividad e integración de lagunas en la cotización

Se modifica la disposición adicional 50ª en el sentido de: añadir a su rúbrica "la integración de períodos sin obligación de cotizar"; y fijar un plazo de inicio de la actividad del Observatorio: desde

[50] A tener en cuenta DT. 2ª del RD-ley 2/2023 que establece que entre el día 1-10 a 31-12-2023 habrá una reducción de la cotización (97%). La cuota empresarial por cada día de alta será 2,36 € CC y 0,29 € por CP. El máximo será de 53,59 € CC y 6,51 € CP.

1-4-2023 y el objeto de dicho Observatorio para incluir lo relativo al análisis de la integración de lagunas en la cotización.

Nuevo marco regulador de la jubilación parcial

La disposición adicional 1ª del RD-ley 2/2023 contiene un mandato al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor del real decreto-ley, y previa negociación en el marco del diálogo social, presente al Pacto de Toledo una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial. Y ello de modo que, teniendo en cuenta el marco regulador recogido en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, garantice un régimen de compatibilidad efectiva de trabajo y pensión, preserve la calidad del empleo de los relevistas, equilibre el coste de esta modalidad de pensión y tenga en cuenta la incidencia que las modificaciones puedan tener en los distintos sectores de la actividad, especialmente en la industria manufacturera.

Seguimiento de las proyecciones de impacto estimado de las medidas adoptadas a partir de 2020

La disposición adicional 2ª establece que a partir de marzo de 2025 y cada tres años, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) publique y envíe al Gobierno un Informe de Evaluación con las proyecciones del impacto estimado de las medidas adoptadas a partir de 2020 para fortalecer los ingresos del sistema público de pensiones en el período 2022-2050. En caso de que el impacto exceda determinados parámetros recogidos en la disposición, el Gobierno solicitará a la AIReF un Informe de Impacto de las Medidas a partir del cual negociará con los interlocutores sociales una propuesta a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo para corregir el exceso de gasto en pensiones que podrá, en los términos previstos en la propia disposición adicional, dar lugar a un proyecto de Ley con las medidas apropiadas para eliminar el exceso de gasto neto en pensiones.

Informe de envejecimiento y sostenibilidad socio-económica, Pacto de Toledo e interlocutores sociales

Por disposición adicional 3ª del RD-ley 2/2023, se impone al Gobierno la obligación de informar periódicamente a la Comisión Permanente del Pacto de Toledo y a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas del resultado de las proyecciones de gasto en pensiones públicas del informe de envejecimiento que elabora la Comisión Europea. Esta medida trata de mantener un control y acción comunicativa dinámica de la sostenibilidad del sistema de pensiones públicas en el marco del proceso de concertación política y social que viene presidiendo la reforma permanente de este Sistema público.

Prestación farmacéutica

a) Regularización extraordinaria de la aportación del beneficiario

El RD-ley 2/2023 vía disposiciones adicionales 5ª y 6ª establecen medidas para resolver la situación derivada del encuadramiento erróneo de determinados pensionistas, a efectos de determinar su participación en el precio de los productos farmacéuticos, acaecida entre diciembre de 2021 y noviembre de 2022. A tal fin las disposiciones adicionales quinta y sexta del RD-ley determinan lo siguiente:

— Los pensionistas y sus beneficiarios que en el citado período quedaron encuadrados en alguno de los colectivos sometidos a aportación económica en el pago de los productos farmacéuticos conforme a los párrafos b) y c) del artículo 102.6 del texto refundido de

la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuando hubieran debido quedar exentos de la misma en virtud de lo dispuesto en el párrafo i) del artículo 102.8 de ese mismo texto refundido, recibirán la aportación económica que corresponda.

— Los pensionistas y sus beneficiarios que durante el citado período estuvieron exentos de aportación pese a estar encuadrados en alguno de los colectivos sometidos a aportación económica previstos en los apartados b) o c) del citado artículo 102.6, mantendrán tal exoneración, por razones de seguridad jurídica.

— Con carácter excepcional el INSS, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley [ha de entenderse real decreto-ley] procederá de oficio, previa autorización conjunta del Ministerio de Sanidad y del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a abonar a los pensionistas en situación de alta en dicha fecha en la base de datos de aseguramiento sanitario antes indicados un importe equivalente al límite máximo de aportación mensual previsto en los párrafos b) o c) del artículo 102.6 del citado texto refundido, en función del grupo de aportación farmacéutica en el que hubieran sido encuadrados indebidamente.

— El citado abono, tanto para los pensionistas de la Seguridad Social como para sus beneficiarios se realizará mediante ingreso en la cuenta bancaria designada por el pensionista para el cobro de la pensión.

— El procedimiento para efectuar los abonos previstos en el punto anterior se regulará mediante orden ministerial conjunta del Ministerio de Sanidad y del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

— Se establece que la modalidad de control del reconocimiento de la obligación de pago resultante de la regularización extraordinaria a que se refiere la disposición adicional quinta será la función interventora y el control financiero permanente de acuerdo con el artículo 142 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

— No obstante, para el reconocimiento del derecho al citado abono se aplicará exclusivamente la modalidad de control financiero permanente. En todo caso, los actos de ordenación y pago material se intervendrán conforme a la sección 5ª, capítulo IV, Título II del Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social

b) Protección y tratamiento de datos

La disposición final octava RD-ley 2/2023 modifica el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio. Concretamente se *modifica el artículo 103,* relativo a la protección de datos personales. En la redacción anterior se facultaba al INSS o ISM para tratar los datos de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, y de las entidades que colaboran con las mismas, imprescindibles para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica, sin necesidad del consentimiento del interesado. Con la nueva redacción lo anterior se sustituye por la habilitación al Ministerio de Sanidad para tratar los datos que le sean comunicados por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y por las entidades que colaboran con las mismas y que resulten imprescindibles para determinar la cuantía de la referida aportación,

igualmente sin necesidad de consentimiento del interesado. Y obviamente la referencia que anteriormente se hacía al INSS y al ISM en el apartado 2 respecto a la comunicación a las mismas por la administración competente en materia tributaria y por las administraciones públicas competentes para determinar la concurrencia de los requisitos establecidos para la exención de la aportación, se sustituye por la correspondiente al Ministerio de Sanidad. Igualmente, en el apartado 3 desaparece la comunicación por el INSS y el ISM al ministerio de Sanidad de determinada información para que este lo remita a las demás administraciones sanitarias.

También se añade un nuevo apartado 4 que actualiza la referencia normativa en materia de protección de datos.

Lo anterior se completa con una disposición transitoria sexta del RD-ley 2/2023, lleva como rúbrica "Tratamiento de datos personales para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica". Señala que las modificaciones introducidas en el art. 103 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, serán de aplicación una vez que el Ministerio de Sanidad implemente las medidas técnicas normativas y los sistemas de información necesarios para la recepción, tratamiento y comunicación de la misma, implementación que deberá llevarse a cabo en el plazo máximo de 12 meses a partir de la entrada en vigor del real decreto-ley.

Nuevas reformas en el régimen de protección social de los artistas

No habiendo entrado en vigor todavía el marco jurídico de la protección de los artistas diseñado por el RD-ley 1/203 es modificado por la disposición final 7ª del RD-ley 2/2023.

Se introduce en el citado Real Decreto-ley 1/2023 una disposición transitoria quinta, con el fin de fijar la aplicación de la normativa anterior a su entrada en vigor a las personas acogidas a la misma a efectos de la compatibilidad entre la actividad artística por la que se perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual y la pensión de jubilación. De acuerdo con esta disposición transitoria:

— Las personas que antes de 1 de abril se hubieran acogido al régimen de compatibilidad previsto en el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, podrán seguir manteniendo dicha compatibilidad en los términos establecidos en el citado real decreto.

— Si se produce la baja en el régimen correspondiente de la Seguridad Social por finalizar la relación laboral o por cese en la actividad por cuenta propia, si posteriormente vuelven a realizar una actividad artística antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205.1.a) del TRLGSS podrán seguir acogiéndose a dicho real decreto a efectos de compatibilizar la pensión de jubilación.

— En esos mismos supuestos, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación el cese en la actividad artística determinará, de realizarse posteriormente otra actividad artística, la aplicación del nuevo régimen jurídico de compatibilidad con la pensión de jubilación establecido en el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero.

También se modifica el apartado k) de la disposición derogatoria con el fin de clarificar que la derogación del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, y del Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, tiene efectos de 1 de abril de 2023, que es, precisamente la fecha de entrada en vigor del nuevo

artículo 249 quater del texto refundido que establece el nuevo régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y la actividad artística

Por otro lado, también es objeto de modificación, la disposición final cuarta, apartado 7, que introduce el artículo 249 quater en el TRLGSS, la redacción dada al apartado 4 del citado artículo. La modificación consiste en eliminar en su último párrafo la referencia a la jubilación parcial entre las modalidades excluidas del ámbito de aplicación de ese artículo.

E igualmente se modula el alcance de la exclusión de cualquier modalidad de jubilación anticipada, al añadirse el inciso "en tanto su titular no cumpla la edad ordinaria de jubilación que le corresponda de acuerdo con el artículo 205.1.a)".

Prestación extraordinaria de cese en la actividad de los afectados por el estado de alarma 2020

La prestación normada por el art. 17 del RD-ley 8/2020, 17 marzo, resulta modificada en su apartado 9 por la disposición final quinta del RD-ley 2/2023. Afecta a la situación que se puede producir si iniciados los trámites para la comprobación de las resoluciones provisionales adoptadas atendiendo a las peticiones se comprobará la falta de algún requisito por justificar. La novedad consiste en si en el proceso de revisión se comprueba que en la resolución provisional se ha reconocido la prestación por uno de los supuestos del apartado primero, pero falta algún requisito por justificar y, sin embargo, mediante la prueba obrante en el expediente, se verifica que el beneficiario reúne desde la fecha del hecho causante todos los requisitos para la percepción de la prestación por otro supuesto diferente del mismo apartado, la resolución definitiva confirmará el derecho a la prestación por cese de actividad por el nuevo supuesto.

Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril

Una última modificación es la relativa a la disposición decimoctava de la Ley de Clases Pasivas, por la disposición final primera del RD-ley 2/2023, relativo al complemento para la reducción de brecha de género, con la inclusión de un nuevo apartado 7 en relación con la determinación de qué pensiones o suma de pensiones tienen menor cuantía a la hora y su reconocimiento.

Este nuevo apartado 7 de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que queda redactado en los términos siguientes: «7. Para determinar qué pensiones o suma de pensiones de los progenitores tiene menor cuantía se computarán dichas pensiones teniendo en cuenta su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder. Cuando ambos progenitores sean del mismo sexo y coincida el importe de las pensiones computables de cada uno de ellos, el complemento se reconocerá a aquel que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento.»

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Protección de las contingencias profesionales en los trabajos en beneficio de la comunidad

Protection against occupational hazards in community work

Juan José Fernández Domínguez *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0002-5231-7566

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Protección de las contingencias profesionales en los trabajos en beneficio de la comunidad». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 45-68

Resumen

Los trabajos en beneficio de la comunidad, como género con las cualificadas especies de aquellos vinculados al artículo 49 del Código Penal, los dirigidos a menores y los establecidos por las entidades locales como alternativa a las sanciones pecuniarias, presentan el elemento común de constituir una relación laboral excluida de las listadas en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores. Con todo, los lazos con el ordenamiento social son profundos, no solo a partir del eco de institutos laborales básicos en su regulación, sino, sobre todo, de la remisión que se efectúa a la normativa de protección social y de prevención de riesgos laborales en orden a dotar de cobertura adecuada a las contingencias profesionales acaecidas durante su desempeño. El estudio ofrece un análisis cuidadoso de los ámbitos subjetivo y objetivo asegurados, los actos de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social, la incidencia de las ausencias motivadas por un accidente de trabajo en la liquidación de la condena y, finalmente, el recargo de prestaciones y la responsabilidad civil que derivan del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Palabras clave

Trabajos en beneficio de la comunidad; Relación laboral excluida; Seguridad Social; Recargo de prestaciones; Responsabilidad civil.

Abstract

Community service work, as a genre with the qualified elements of those linked to Article 49 of the Penal Code, those directed at minors and those established by local entities as an alternative to financial penalties, share the common characteristic of constituting an employment relationship excluded from those listed in Article 1.3 of the Workers' Statute. However, the links with social legislation are extensive, not only because of the inclusion of basic labour institutes in its regulations, but, above all, because of the reference to social protection and occupational risk prevention regulations in order to provide adequate coverage for occupational contingencies that occur during their performance. The study offers a detailed analysis of the subjective and objective areas insured, the acts of inclusion in the Social Security System, the incidence of absences caused by an accident at work in the settlement of the conviction and, finally, the surcharge of benefits and civil liability deriving from the non-fulfilment of obligations in the field of occupational risk prevention.

Keywords

Community service; Excluded employment relationship; Social Security; Benefits surcharge; Civil liability.

1. LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: UNA RELACIÓN LABORAL EXCLUIDA (PERO MENOS)

Cualquier aproximación a la relación de Seguridad Social que ampara la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) demanda la tarea previa de proceder a la identificación taxonómica de las diversas especies que comprende el género, así como aquilatar la dimensión última derivada del elemento común derivado del hecho de constituir relaciones excluidas por definición del ordenamiento laboral, a cuya regulación, sin embargo, sirven de inspiración algunos de sus institutos fundamentales.

Fecha Recepción: 20/2/2023 - Fecha Revisión: 28/2/2023 - Fecha Aceptación: 29/2/2023
Pags. 45-68

1.1. Tres orígenes y tres fuentes de regulación para la misma realidad en esencia

Con el antecedente dado por el art. Cuatro de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, destinado a la reordenación de los Juzgados de Menores, los TBC alcanzaron aplicación general a través de su recepción en el art. 49 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), para alumbrar un modelo cuya regulación se completa con las previsiones sobre las condiciones de ejecución contempladas en el RD 840/2011, de 17 de junio, así como en la regulación de Seguridad Social actualmente establecida en el RD 782/2011.

En tanto materia objeto de transferencia, no cabrá ignorar, tampoco, el amplio acervo acumulado a lo largo de cuatro décadas de desarrollo legal en Cataluña, a partir de cuanto posibilitó el RD 3482/1983, de 28 de diciembre. A la espera de una dinámica semejante en el País Vasco al calor del RD 474/2021, de 29 de junio, a día de hoy habrá de seguir sirviendo de referencia en la ordenación de la medida el Convenio suscrito por aquella Comunidad Autónoma con el Ministerio del Interior el 18 de agosto de 2011.

El ser la especie emblemática, por dirigida al común de los ciudadanos, no habrá llevar a ignorar otras dos singulares: una por razones subjetivas, habida cuenta de que sus destinatarios son personas menores; otra en atención a su funcionalidad geográfica limitada, en tanto operativa únicamente dentro de la entidad local que decida establecerla.

Por cuanto hace a quienes no alcancen los 18 años, procederá tomar en consideración la ordenación recogida en los arts. 7.1 k), 9.3, 10.1 a) y 15.2 de la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Sin perjuicio de que sus lagunas o vacíos deban ser integrados –en la medida en la cual resulten compatibles[1]– con lo establecido en las normas de aplicación comunes, las referencias anteriores constituyen verdadera legislación especial a completar con lo establecido en los arts. 5.1 f), 10.1 6ª e), 13.2 b) y 20 del Real Decreto 1774/2004.

La última variante que surge en el tiempo trae causa en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, cuando decide añadir un Título XI a la Ley 7/1985, de 8 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL). A su amparo, muchas ordenanzas municipales han incorporado programas llamados a sustituir las sanciones consistentes en multas en TBC; superando así, por la vía de los hechos consumados, cuanto aún se discute en la doctrina y en los tribunales acerca de su viabilidad jurídica.

En este sentido, preciso será reconocer que la LBRL no contempla en ningún momento la posibilidad de sustituir las sanciones pecuniarias, recogidas como único tipo previsto en la ley, lo cual da pie a que alguna sentencia (excepcional) haya declarado la nulidad de pleno derecho de la medida[2]; también a la contestación por un importante conjunto de autores, para los cuales las entidades locales carecen de cobertura a tal fin, salvo –como aclara la jurisprudencia– cuando otra norma lo establezca, en cuyo caso ninguna duda cabría sobre su viabilidad[3]. Pero, por encima incluso

[1] Sobre estas peculiaridades (que cabrá referir a la diferente edad para una posible medida de este tipo, la distinta finalidad y el fundamento propio de la sanción, las iniciativas específicas de prevención de riesgos, etc.), por extenso, Toledo Picazo, A.: "Derecho Administrativo Sancionador y menores de edad", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, págs. 91-126; García García, M.J.: "Las responsabilidades de los menores de edad por infracciones administrativas y las prestaciones en beneficio de la comunidad como alternativa a la imposición de sanciones de contenido económico", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 13-14, 2010-2011, págs. 247-310 o García Saura, P.J.: "Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a los menores", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 41, 2016, en especial, págs. 220-226.

[2] STSJ, Cont.Admtivo, Castilla y León/Valladolid 28 octubre 2019 (rec. 500/2018).

[3] Según reconocen las SSTS, Con.-Admtivo, 18 julio y 21 octubre 2011 (recs. 224 y 281/2020). Entre los preceptos contenidos en diversas normas que así lo establecen, art. 22.3 Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona; art. 59.3 Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos de la Comunidad de Madrid; arts. 22.4 y 24.3 Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la convivencia y el ocio de Extremadura;

de los argumentos jurídicos, en esta ocasión cabrá dejar constancia del enorme peso de la realidad, medida en el impacto cuantitativo de las entidades que aplican pacíficamente esta transformación de multas en TBC, alentadas por la adecuación de tal medida a los fines de prevención general y especial pretendidos en el ámbito sectorial donde se proyecta la sanción y/o el subjetivo respecto del cual se prevé su aplicación[4].

1.2. Las notas características de una relación laboral en los trabajos en beneficio de la comunidad: razones para una exclusión

Habiendo sido la doctrina penalista la que ha dedicado fundamentalmente sus esfuerzos al análisis del instituto, la mayor parte de sus estudios no van más allá de afirmar el carácter no laboral de la relación que ampara la realización de los TBC. Cuando contados autores han entrado en mayores detalles –sumando la voz de algún reputado laboralista– buscan el fundamento en la lista del art. 1.3 ET y proceden a encontrarle lugar adecuado, bien en tareas propias del voluntariado (por su ubicación en el sector no lucrativo de la Economía)[5], bien, en un sentido radicalmente opuesto, como prestaciones personales obligatorias, recordando el criterio que así figuraba en la Exposición de Motivos del RD 782/2001[6].

Sin perjuicio de los rasgos de semejanza que descubren ambas propuestas con las variantes significadas de exclusión declarativa, parece más correcto situar la figura en la referencia abierta recogida en la letra g) del precepto, destinada a dar cabida, "en general, [a] todo tipo de trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1". La alternativa postulada permite revisar, sin ningún tipo de condicionante previo, las distintas notas que adornan una relación laboral, sopesando con tiento las razones para considerarlas presentes o no. En apretada síntesis cabría señalar que:

A.- Los arts. 49.1 CP y 2.1 RD 480/2011 coinciden en el literal a partir del cual "los trabajos en beneficio de la comunidad no podrán imponerse sin consentimiento del penado". Aquiescencia que obedece a una triple razón: el alejamiento de cualquier variante de trabajo forzoso, según cabe seguir del art. 25.2 CE y de las obligaciones asumidas a nivel internacional[7]; la certeza de que la función

art. 30.3 Ley 1/2006, de 13 de marzo, por el que se regula el Régimen Especial del Municipio de Barcelona; art. 52.3 Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid; art. 9.3 Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en espacios abiertos en los municipios de Andalucía; o, en una última muestra, art. 41 Ley 5/2018, de 3 de mayo, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

[4] Un resumen de las principales posiciones en favor o en contra de esta iniciativa a la luz de la normativa en vigor a través del tiempo en Domenech Pascual, G.: "La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 6, 2004, págs. 14 y 15, notas 24 a 27 y García Saura, P.J.: "Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a los menores", cit., págs. 215-220 y 221-228. La conclusión en García García, M.J.: *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, Granada (CEMCI), 2014, pág. 144.

[5] García Saura, P.J.: "Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a menores", cit., pág. 214.

[6] Sanmartín García-Osorio, M.E. y Gómez Lanz, J.: "El accidente de trabajo y la enfermedad profesional generados en el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020 (RI 42312), pág. 2; Escribano Gutiérrez, J.: "El trabajo en beneficio de la comunidad: perspectivas jurídico-laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 121, 2004, pág. 49 o ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2020, págs. 389 y 390 y, sobre todo, 431.

[7] Torres Rossel, N.: *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, págs. 289 y ss.; Brandariz García, J.A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, págs. 218 y ss. o Tenreiro Martínez, J.M.: *La sanción penal*

resocializadora dependerá de la cooperación del destinatario de la medida[8]; y, en fin, la recepción implícita de la decisión personal de cooperar en la reparación del daño causado[9].

El consentimiento prestado, sin embargo, no convierte en "voluntarios" estos trabajos en el sentido del art. 1.3 ET, sino que su única pretensión radica en introducir un mecanismo de garantía que impida cualquier imposición forzosa. Acto, por tanto, de estricta "conformidad", llamado a operar no solo en vía judicial (en el momento de su imposición), sino también en la administrativa (cuando el interesado toma noticia y asume las condiciones y circunstancias del desempeño) y durante toda su ejecución en la entidad de destino[10].

B.- La utilidad pública de la actividad, como requisito clave de la sanción expresamente enunciado en los arts. 49 CP y 2.1 RD 840/2011, encuentra complemento adecuado en la condición añadida de que "no se supeditará al logro de intereses económicos", para así otorgar un sentido específico a los TBC desde el punto de vista de la ajenidad en sentido laboral.

Asumen, de esta forma, la función de ofrecer una compensación simbólica a la comunidad (deslindándola de cualquier eventual modelo atento a intereses particulares[11]), no en vano la actividad "posee una utilidad económica y esta es transmitida automáticamente a [quien es su] receptor"[12]. Ajenidad en los riesgos y en los frutos que, a fin de mantener la esencia del instituto, habrá de satisfacer un triple condicionante fáctico[13]: no han de mediar fines lucrativos directos, será preciso evitar cualquier tipo de competencia con trabajos profesionales y nunca podrán servir para que las entidades colaboradoras obtengan mano de obra gratuita.

C.- La claridad y sencillez de la situación de dependencia (dirección y control de la actividad) en los supuestos de TBC desarrollados bajo la estructura bilateral de las entidades locales que deciden sustituir la sanción administrativa pecuniaria, alcanza un grado de complejidad superior cuando media una decisión judicial, pues resultará vital el papel intermedio entre el órgano jurisdiccional y la entidad destinataria que van a desempeñar los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SGPMA), u órganos correspondientes de la Comunidad de Cataluña y –en un futuro– del País Vasco) en el caso de los menores, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

En todas las variantes media una clara subordinación del penado a las instrucciones que impartan cualquiera de los sujetos, órganos y entidades mentados en el ámbito de sus respectivas competencias, que de alguna manera queda patente en tres momentos claves:

– En primer lugar, en la elaboración del plan de ejecución (programa individualizado de ejecución en el caso de los menores), a partir de la comparecencia del penado ante el órgano judicial (o entrevista para los de menos de 18 años,, con los condicionantes recogidos en los apartados 7 y 8 del

de trabajos en beneficio de la comunidad, Tesis Doctoral, Coruña (Universidad de A Coruña), 2012, págs. 296 y 297, en https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/10152.

[8] Vegas Aguilar, J.C.: *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. El consentimiento como un elemento más hacia la reeducación y reinserción del penado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, en particular págs. 36-37 y 212 y ss.

[9] Brandariz García, J.A.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en AA.VV. (Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L.M., Dirs.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, con especial atención a cuanto el autor argumenta en pág. 358. Destacando que constituye la única pena que requiere la colaboración activa del destinatario para su efectividad, Fernández Aparicio, J.M.: "Aspectos prácticos de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *La Ley Penal*, núm. 75, 2010, pág. 1.

[10] Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, cit., págs. 389-391.

[11] Blay Gil, E.: *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, A Coruña (Atelier), 2007, págs. 108 y 109

[12] Escribano Gutiérrez, J.: "El trabajo en beneficio de la comunidad: perspectivas jurídico-laborales", cit., pág. 54.

[13] Entre un elenco más amplio, Tenreiro Martínez, J.M.: *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., págs. 323 y 324.

art. 20 RD 1774/2004), con el propósito de obtener una valoración primera de la actividad que parezca más adecuada, informando al interesado de sus aspectos más relevantes, escuchando cualquier posible propuesta y, finalmente, elevando una propuesta estrictamente administrativa y ejecutiva al órgano judicial para su aprobación (art. 5 RD 840/2011)[14].

– Iniciada la ejecución, el poder de dirección toma forma a través de las instrucciones de la entidad destinataria; el de control a partir los informes periódicos (y eventual notificación de incidencias) que regularmente deben elevar al órgano judicial los SGPMA y servirán de base para su informe final (art. 7.1 RD 840/2011), con paralelo en la labor de supervisión y los informes de seguimiento cada 25 o 50 horas –además de otros extraordinarios si le son solicitados– que debe realizar la persona responsable de la actividad en el caso de los menores (arts. 13.2 y 3 y 28 RD 1774/2004).

En un segundo nivel, sobre la Administración Penitenciaria pesa la labor de supervisar las actuaciones de la entidad destinataria, prestándole el apoyo y asistencia necesarios, para así cumplir sus funciones de coordinación y seguimiento, las cuales pueden comprender la posibilidad de impartir instrucciones directas y, en todo caso, poner en conocimiento de la autoridad judicial cualquier incidente relevante para la ejecución (arts. 4.2 y 8 RD 840/2011).

En fin, a los Jueces de Vigilancia penitenciaria –en los supuestos en los cuales los TBC constituyen una pena– y al tribunal sentenciador –cuando son impuestos como condiciones para la suspensión de la ejecución de una pena–[15] queda encomendada la responsabilidad última en el control de la ejecución, el cual tendrá lugar, principalmente, a través de los informes que pudiera recibir o recabar, pero sin descartar la viabilidad de instrucciones directas, que gozarán de prioridad absoluta sobre cualquier otra.

– El último momento donde queda patente el elemento de dependencia viene dado por la valoración del desempeño. Si cumplido el plan de ejecución con normalidad (desarrollo satisfactorio de la prestación, por acomodado al programa previsto y a las instrucciones enunciadas para su correcto desempeño), los SGPMA informarán a la autoridad judicial a fin de que esta proceda a la extinción de la responsabilidad penal; en otro caso, habrá lugar a la notificación de las incidencias advertidas por quien ha recibido al penado y que le habrán sido comunicadas al órgano judicial por los SGPMA para que adopte las medidas oportunas (art. 49.6 CP). La decisión puede pasar por acordar la continuidad de la ejecución (con o sin medidas de adaptación), enviar al penado a que la finalice en otro lugar distinto o entender que ha incumplido la pena, con los efectos anejos a tal decisión.

D.- "Cooperación no retribuida", proclama el art. 49 CP y repite el art. 2.1 RD 840/2011, para resaltar el rasgo esencial que aleja la prestación tanto de una relación laboral como del trabajo productivo desarrollado por los privados de libertad, según dispone el art. 27.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 20 de septiembre, General Penitenciaria.

De este modo, la exacción no remunerada de la fuerza del trabajo constituye un contenido propio de la pena que la convierte en "doblemente aflictiva"[16], a la par que satisface la finalidad de reparación simbólica a la comunidad, pues sin el carácter gratuito "no sería una compensación,

[14] En torno a esta determinación "plenamente administrativa", relegando a la jurisdicción a "un mero papel de ejecución", Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, cit., pág. 405.

[15] Polémica en la distribución de competencias saldada por STS, Penal, 28 noviembre 2018 (rec. 828/2018). De interés para comprender los matices del asunto, la posición de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en Nota 1/2018, sobre "Adecuación de la conclusión 11ª de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016 a la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia 603/2018, de 28 de noviembre, del Peno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", en https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-603-2018-ts-sala-penal-rec-828-2018-28-11-

[16] Téllez Aguilera, A.: *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid (Edisofer), 2005, págs. 121 y 129.

sino un gasto para la sociedad"[17]; más aún, estaría en disposición de causar serias disfunciones en el mercado de trabajo en la medida en la cual podría conducir, *de facto*, a un "injustificable agravio comparativo de los penados frente a amplios colectivos que se encuentran en desempleo forzoso"[18].

Ausencia de salario que, por otra parte, confiere pleno sentido a dos decisiones que en esta nota encuentran justificación: de un lado, la plena compatibilidad del cumplimiento de la pena o sanción a través de TBC con el desempeño de otra actividad que proporciona sustento al interesado, con sus ocupaciones formativas e informativas e, incluso, con el cumplimiento de otra pena en prisión; de otro, y aunque solo se prevea de manera expresa para los menores (art. 20.3 RD 1774/2004), la asunción de los gastos generados por la prestación (manutención, transporte, etc.) por Instituciones Penitenciarias o la entidad local que impone la sanción administrativa, sin que nunca pueda recaer ni sobre el reo o persona sancionada (pues constituiría un elemento capaz de limitar el acceso a la medida), ni sobre la entidad de acogida (que tendría la tentación de no ofertar o limitar el número de plazas puestas a disposición), pudiendo tomr tomar perfectamente –como en el modelo catalán– de indemnización o suplido[19].

1.3. Los elementos de laboralidad en los trabajos en beneficio de la comunidad

El discurso precedente aporta razones para negar que se trate de una exclusión laboral constitutiva[20], pues fallan las notas de voluntariedad y –sobre todo–, retribución[21]. También ha de servir, pues concurren los dos rasgos centrales de ajenidad y dependencia, para replicar a quienes afirman que "no puede decirse que las prestaciones en beneficio de la comunidad encajen en ninguna de las características que podían configurarlas como una relación de carácter laboral"[22].

Esta ubicación intermedia, donde el elemento medular de la subordinación en la prestación deviene fundamental, va a llevar de manera inmediata a que algunos de los conceptos, categorías e institutos del Derecho del Trabajo estén llamados a proporcionar contenido y pauta de interpretación apropiada a la regulación de los TBC, no en vano todos los intervinientes asumen con familiaridad su uso cotidiano bajo aquel norte. Tres pueden ser las principales referencias a sopesar al respecto:

A.- Cuando el art. 49 CP sienta que la realización de TBC "no atentará a la dignidad del penado", introduce un requisito que dista de ser superfluo[23], pues recibe el acervo acumulado de la ordenación internacional en este sentido[24], para intentar conseguir que no constituya un intento más

[17] Parés I Gallés, R.: "La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 64, 1998, págs. 160 y ss.

[18] Brandariz García, J.A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, cit., págs. 307 y ss.

[19] Blay Gil, E.: *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, cit., pag. 106.

[20] Espíritu que late en la construcción de Escribano Gutiérrez, J.: "El trabajo en beneficio de la comunidad: perspectivas jurídico-laborales", cit., págs. 60 y 61.

[21] En los tribunales se razona que "así resulta especialmente del RD 840/2001 (art. 2.1), cuando hace depender del consentimiento del penado la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad –actividades diversas de las que hace simple enumeración– y cuando califica su ejecución como cooperación no retribuida", STSJ Galicia 27 abril 2018 (rec. 4876/2017).

[22] Para completar tal tesis con la afirmación a partir de la cual, "por eso deben ser consideradas desde su propia perspectiva, entendiendo que constituyen una prestación de cooperación personal resultante de la imposición de una sanción", García García, M.J.: *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, cit., pág. 230.

[23] Según lo valoran, entre otros, Landrove Díaz, G.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Diario La Ley*, núm. 4, 2004, pág. 8; Torres Rosell, N.: *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, cit., pág. 306 o Aránguez Sánchez, C.: "La pena de trabajo en beneficio de la comunidad", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 70, 2000, pág. 23.

[24] En referencia al principio 3.9 de la Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, por la cual se aprueban las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, o la regla 23 de la Recomendación nº R (92) 16 de Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 19 de octubre de 1992, acerca de las reglas europeas sobre

de vincular de manera estricta el trabajo digno a la proscripción de la pena de trabajos forzados[25]. Antes al contrario, tratar a su través de que incorpore el discurso característico del ordenamiento social sobre los derechos constitucionales del ciudadano-trabajador, que "los convierte en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se intentan hacer valer"[26].

Bajo esta perspectiva, las exigencias del requisito obligan a diferenciar entre derechos laborales individuales y colectivos en su aplicación a los TBC: procede reconocer los primeros al condenado o sancionado, en tanto lo protegen como persona durante la prestación, y bajo esta condición "se deben extender a cualquier tipo de trabajador con independencia de la posible incorporación del mismo en el restrictivo ámbito definido en el art. 1.1 [ET]"[27]; los segundos, en cambio, derivan de la pertenencia al colectivo de trabajadores en sentido estricto y aparecen ordenados a la defensa de sus intereses, motivo por el cual pierden cualquier sentido respecto a quienes no solo no reúnen aquella característica profesional, sino –y sobre todo– que están cumpliendo una sanción[28].

B.- Consciente del paralelismo entre el contenido de esta pena (o sanción) y la realización del trabajo por cuenta ajena, el legislador traslada categorías laborales básicas, como las relativas a la ordenación del tiempo de actividad, a este singular marco.

En este sentido, el primer dato destacable viene dado por la extensión material de la pena, concretada entre un día y un año (art. 49.4 y 5 CP), para determinar una duración mínima y máxima que conducirá a una pena leve cuando su duración quede establecida entre uno y treinta días [art. 33.4 i) CP], o menos grave si cifrada entre treinta y un días y un año [art. 33.3 l)]. Tales datos primeros se ven modificados a partir de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de abril, en tanto obliga a separar los supuestos de pena por sustitución y los de suspensión extraordinaria de penas que no excedan de los dos años: en el primero de los casos, cada día de responsabilidad subsidiaria por impago del art. 53.1 CP o de prisión del art. 71.2 CP equivaldrá a un día de TBC; en el segundo, recogido en el art. 80.3 CP, la duración no podrá ser inferior al resultante de aplicar los criterios de conversión fijados en el art. 84 (facultad del juez o tribunal en atención a las circunstancias, pero "sin que pueda exceder de la que resulte de cumplir un día de trabajo por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración") sobre un quinto de la pena originalmente impuesta. Este último supuesto sirve para mostrar cómo, pese a la impresión primera, en tanto en cuanto cabe la sustitución de penas privativas de libertad de hasta dos años, la duración final podrá alcanzar hasta los dieciséis meses, e incluso alcanzar los cuarenta meses en los supuestos del art. 80.5 CP.

Por cuanto hace a la distribución del tiempo de trabajo, los art. 49 CP y 6.1 RD 840/2011 establecen que la jornada no podrá exceder de las 8 horas diarias, sin tener que respetar el límite que había establecido el RD 515/2005 de cuatro horas como mínimo, dos de ellas continuadas. Con todo, cabrá valorar positivamente el criterio doctrinal para el cual habrá de obrar un umbral inferior insuperable de una hora, aunque únicamente sea para respetar las unidades de cómputo en las penas y no introducir otra nueva[29].

---

sanciones y medidas no privativas de libertad, Tenreiro Martínez, J.M.: *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., pág. 306.

[25] González Tascón, M.M.: *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Madrid (Ministerio del Interior), 2013, pág. 252.

[26] Palomeque López, M.C.: "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R., Coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2003, pág. 230.

[27] Escribano Gutierrez, J.: "El trabajo en beneficio de la comunidad: perspectivas jurídico-laborales", cit., pág. 65.

[28] Torres Rosell, N.: *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, cit., pág. 542, nota 1006 o Aránguez Sánchez, C.: "La pena de trabajo en beneficio de la comunidad", cit., págs. 24 y 39.

[29] González Tascón, M.M.: *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad*, cit., pág. 260.

Los elementos de flexibilidad en la materia encuentran, por su parte, dos referencias fundamentales: por una parte, el mencionado art. 6.1 establece que, a la hora de determinar la duración y plazo en el cual deban cumplirse las jornadas, será menester valorar las cargas personales o familiares del penado; por otra, trasladando igual inquietud al horario, el órgano judicial podrá acordar "el cumplimiento de la pena de forma partida en el mismo o diferentes días", permitiendo así realizar una jornada completa en varios días, o dos jornadas en el mismo día, dada la filosofía de configurar "una pena a la carta"[30].

C.- El último elemento de clara inspiración laboral viene dado por los cuatro motivos a partir de los cuales ha lugar a la apertura y tramitación de una incidencia (arts. 49.6 CP y 8 RD 840/2011) que incluso puede finalizar con la deducción de testimonio para proceder de conformidad con cuanto prevé el art. 468 CP respecto al quebrantamiento de condena. La semejanza no solo radica en la descripción del tipo de comportamiento que viene a ser considerado incumplimiento, sino en la exigencia de gravedad y culpabilidad en la actuación del condenado[31].

En primer lugar, las ausencias al trabajo encuentran en el dato de que sean dos como mínimo el elemento de gravedad requerido; demandado, además, la intervención de los SGPMA tras la primera falta para advertir al interesado sobre las consecuencias de una reincidencia, para "concederle, de este modo, una nueva oportunidad"[32]. La culpabilidad aparece asociada a un "rechazo voluntario", que supone la expresión manifiesta de romper con el componente rehabilitador al que obedecen los TBC, motivo por el cual no concurrirá cuando obre adecuada justificación en razones médicas, cuantas otras generarían permisos en el ámbito laboral[33] o las debidas al cumplimiento de diversas obligaciones personales, familiares o laborales de las cuales se acompañe cumplida prueba[34].

En segundo término, la gravedad de la disminución del rendimiento radica en que sea "sensiblemente inferior al requerido"; entendido no tanto en función de los resultados, cuanto en el comportamiento atento a las variables circunstancias subjetivas del interesado y objetivas de la actividad[35] ("al modo de hacer, no a la cantidad de lo que se haga"[36]), remitiendo a la diligencia debida tanto en función de las capacidades del penado como de la dificultad o complejidad de la actividad[37]. Por su parte, la culpabilidad provendrá de la negligencia o falta consciente de colaboración sostenida en el tiempo pese a la repetida advertencia (el legislador utiliza el término "requerimientos" en plural) de la entidad de acogida y en detrimento del plan diseñado para su resocialización y la reparación debida a la comunidad[38].

[30] Santaló Junquera, J.I.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Foro Galego*, núm. 203, 2017, págs. 203 y 204.

[31] Sobre esta inspiración laboral, Aránguez Sánchez, C.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", cit., págs. 34 y 35 o Cid Moliné, J.: "Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a los trabajos en beneficio de la comunidad y la prohibición de acercamiento)", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 12, 2004, pág. 223.

[32] Parés I Gallés, R.: "La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad", cit., pág. 1777 o BLAY GIL, E.: "Una apuesta paradójica: modificaciones introducidas en la regulación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por LO 15/2003, de modificación del Código Penal", *Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, pág. 22.

[33] Cervera Salvador, S., *El problema de la ejecución de las penas sustitutivas de prisión*, Tesis Doctoral, Castellón (Universidad Jaime I), 2015, pág. 282, en https://www.tesisenred.net/handle/10803/462030#page=4 o ICAIP: *Instrucción 9/2011, de 11 de julio, de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias sobre procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y el nuevo manual de ejecución*, 2011, pág. 36, en http://www.acaip.info/info/circulares/instruccion_9_2011.pdf.

[34] Olarte Hurtado, A.: *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Vitoria (Araarteko), 2006, pág. 202, en https://www.araarteko.eus/sites/default/files/2021-12/0_194_1.pdf.

[35] Tenreiro Martínez, J.M.: "Reflexiones sobre el incumplimiento de la pena de trabajo en trabajos en beneficio de la comunidad", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 12, 2008, pág. 941.

[36] González Tascón, M.M.: *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., pág. 351.

[37] Brandariz García, J.A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, cit., pág. 316.

[38] Téllez Aguilera, A.: *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, cit., pág. 150.

En tercer lugar, el incumplimiento reiterado y manifiesto de las instrucciones encuentra traducción laboral en la indisciplina o desobediencia, cuya gravedad viene dada en esta ocasión por la reiteración y el carácter ostensible y carente de justificación de la insubordinación. Para poder abrir una incidencia por este motivo, las órdenes deben cumplir un doble requisito[39]: desde el punto de vista subjetivo, han de provenir de quien deba ser considerado responsable del trabajo y, por tanto, persona legitimada para emitir esas indicaciones; desde el plano objetivo, han de reunir los requisitos de ser suficientes y adecuadas o, si se prefiere, no abusivas ni ajenas a la actividad.

La causa enunciada en último lugar actúa a modo de cajón de sastre similar al de la transgresión de la buena fe en el ordenamiento laboral, para recoger "cualquier otra razón" que lleve al responsable del trabajo a rechazar su continuidad. La doctrina refiere estos motivos a infracción de los deberes de comportamiento tales como embriaguez y/o consumo de drogas, apropiación de bienes o, en particular, generación de un ambiente hostil (al provocar desconsideraciones, insultos, amenazas, conatos de violencia, etc.) que dificulten la normal convivencia[40].

2. LA COBERTURA DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN FAVOR DE QUIENES REALIZAN TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

En la primera versión del art. 49 CP, allá por 1995, ya figuraba que quienes realizan la prestación de TBC "gozarán de la protección dispensada a los penados por la legislación de Seguridad Social". Obra desde un primer momento, por ende, la inclinación por una cobertura de protección social pública, frente a alternativas coetáneas en ámbitos afines que se decantaron por el seguro privado, como ocurrió apenas un año después con la decisión contenida en el art. 8.2 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado (actual art. 14.3 de la Ley 45/2015, de 14 de abril)[41]. Con todo, y aun cuando la decisión se mantuvo en los mismos términos en el art. 11 del RD 690/1996, de 26 de abril, fue preciso esperar a la habilitación recogida en el art. 21 de la Ley 55/1999, de 29 de julio, para encontrar oportuno desarrollo a través del RD 782/2001, de 6 de julio, cuyo tenor permanece hasta la actualidad con las modificaciones introducidas por el art. Único del RD 2131/2008, de 26 de diciembre.

Un compendio de sus previsiones y los asuntos de enjundia jurídica suscitados a su calor puede quedar compendiado conforme sigue.

2.1. Ámbitos subjetivo y objetivo de protección

Una regulación tan parca como la dedicada a la ordenación de la Seguridad Social del colectivo demanda aquilatar con tiento la referencia subjetiva y encuentra explicación en la limitación a la protección social dispensada.

En principio, el primero de los extremos resulta sencillo de determinar, pues la protección social dispensada se extiende a cualquier sentenciado a una pena de TBC. Con todo, la regla conoce una notable excepción y exige un apunte sobre quienes realizan la actividad como producto de una sanción administrativa.

Por cuanto hace de la excepción, preciso será tomar en consideración cuanto dispone el art. 20.4 del RD 1774/2004, de 30 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, a cuyo tenor tal será la protección que procede otorgar "al menor que tenga la edad legal requerida" (16 años, cabe entender); por el contrario, "al menor que no tenga dicha edad, la entidad pública le garantizará una cobertura suficiente por los accidentes que pudiera padecer durante el desempeño de la prestación". Esta diferencia de trato que introduce en función de la edad ha merecido la firme contestación de

[39] Cervera Salvador, S.: *Los problemas de la ejecución de las penas sustitutivas de prisión*, cit., pág. 284.

[40] López Barja De Quiroga, J.: "Las penas privativas de derechos", *Poder Judicial*, núm. 53, 1999, pág. 149 o Brandariz García, J.A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, cit., pág. 319.

[41] Sobre la alternativa, barajada en algunos borradores de la norma, González Tascón, M.M.: *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., pág. 338, nota 1181.

un sector de la doctrina, pues entiende que "carece completamente de sentido desde el momento en que quienes cumplen una medida de prestación en beneficio de la comunidad no mantienen ningún tipo de relación de naturaleza laboral con la entidad en que desarrollan el trabajo". Siendo cierto el punto de partida, dista de serlo el de arribada, pues estos autores postulan la equiparación "mediante la concertación de seguros privados para la protección de estos condenados frente a determinados riesgos que se producen durante el cumplimiento de condena"[42]. Lejos de cualquier "distorsión" innecesaria, que conduzca a una uniformidad proveniente de la gestión privada a través de un mismo seguro colectivo, parece preferible aprovechar los servicios de la Seguridad Social para este cometido, aunque solo sea (conforme ocurre, por ejemplo, en la experiencia del País Vasco) con la finalidad de supervisar la vigencia y corrección del convenio suscrito con una entidad de seguros[43].

Respecto a la matización, preciso será dar cuenta de la ausencia de cualquier previsión general para los supuestos de sustitución de sanciones administrativas de carácter pecuniario por TBC. El dato ha hecho que en algunas ocasiones se haya decidido suscribir un seguro de responsabilidad civil para poder hacer frente a la derivada de accidentes ocurridos durante la realización de la actividad[44], y en la mayor parte de las ocasiones a no contemplar ninguna medida al respecto[45]. Alternativas precarias que mueven a propugnar la aplicación analógica de lo establecido en la norma penal[46].

En lo ateniente al ámbito objetivo, la protección dispensada lo es "a efectos de las contingencias profesionales" y exclusivamente "por los días de prestación efectiva de dicho trabajo"; negando, de manera expresa, cualquier cobertura cuando el cumplimiento de la pena tenga lugar "mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares". Alcance poco generoso, en su momento recibió la acerada crítica del Consejo Económico y Social de España bajo unos términos contundentes: "La protección que se dispensa en este precepto a quienes cumplen penas de trabajos en beneficio de la comunidad, se limita a los riesgos profesionales de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Esta limitación resulta claramente contraria a lo dispuesto en el Código Penal que en el artículo 49, al describir el contenido de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, dispone, en su condición 4.a) que quien sea condenado a esta pena, voluntariamente aceptada, 'gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social'. En el artículo 18 del Proyecto de Real Decreto se establece la protección social de los trabajadores titulares de la relación laboral especial de penados, con extensión a gran parte de las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen General de la Seguridad Social. Cualquier disminución del ámbito de protección que diferencie en menos a quienes cumplen la pena de trabajos en beneficio de la comunidad frente a los penados trabajadores, será una desviación del Reglamento respecto de una Ley Orgánica y, además, contraria al principio de mayor protección y más amplia aplicación de las normas favorables. Para subsanar esta anomalía debe efectuarse una remisión al ámbito de protección social de los trabajadores penados con relación laboral especial"[47].

---

[42] El literal de González Tascón, M. M.: *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., pág. 199; en el mismo sentido, Montero Hernanz, T.: "Los trabajos comunitarios en la justicia juvenil", *Diario La Ley*, núm. 7266, 2009, pág. 13.

[43] Sobre el origen de esta alternativa, Olarte Hurtado, A.: *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, cit., págs. 223 y 242-243.

[44] Así el supuesto que describe, con todos los problemas anejos, la STSJ, Social, Galicia 27 abril 2018 (rec. 4876/2017).

[45] Ejemplos de este silencio en García García, M.J.: *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, cit., págs. 233 y 234.

[46] Convincentes los argumentos utilizados por García García, M.J.: "La responsabilidad de los menores de edad por infracciones administrativas y las prestaciones en beneficio de la comunidad como alternativa a la imposición de sanciones de contenido económico", cit., págs. 293 y 294, notas 109 y 110.

[47] CES: *Dictamen 1/2001 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a trabajos en beneficio de la comunidad*, 10 enero 2001, pág. 9, en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-13171.

Ciertamente cabrá justificar la diferencia entre internos y quienes realicen las actividades propias de un TBC en que el recluso se encuentra sometido a vigilancia constante y se le impide salir del recinto penitenciario, mientras que quien desarrolla esta específica prestación en favor de la comunidad "tiene muy pocas limitaciones a su libertad ambulatoria, y prácticamente ninguna restricción a sus derechos ciudadanos. Únicamente cuando ejerce la actividad en que se concreta su condena a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad se aprecian dichas restricciones. Parece razonable, por tanto, que la protección que se dispense por dicha circunstancia se extienda únicamente a los momentos en que se esté realizando las prestaciones características de la condena"[48].

La controversia obedece a una dialéctica ya clásica entre trabajos retribuidos y no retribuidos, para llevar a la inclusión únicamente a los estrictamente laborales (y negarla en esta ocasión, equiparando los TBC a las prestaciones personales obligatorias, según obra en la justificación incorporada a la exposición de motivos del RD 782/2001)[49]; sin embargo, y con la mejor doctrina, "dista bastante de ser clara" y "deja dudas aplicativas", llamando a "la necesidad de una ordenación actual y unificada"[50]. No parece suficiente, por tanto, con una protección de las contingencias profesionales homologable en su extensión a la otorgada al trabajador común[51], pues encierra la opción de una "reducción [de la acción protectora] de dudosa constitucionalidad"[52], capaz de motivar fundadas propuestas de *lege ferenda* dirigidas a una aproximación de la protección conferida al trabajo de los internos, en particular por cuanto hace a la prestación de desempleo[53].

2.2. Actos de encuadramiento

Cuatro cuestiones conforman el grueso de la regulación en detalle contenida en la norma, atinentes a la atribución de las obligaciones de encuadramiento, así como a su articulación en sentido estricto, para atender a la afiliación y el alta, la cotización y el pago de las prestaciones.

1.- Principia esta ordenación en el párrafo 2º del art. 22 del RD 782/2001, cuando dispone que el Ministerio del Interior asumirá las obligaciones que, para la cobertura de las contingencias profesionales, se establecen en el artículo siguiente. Obra, de este modo, una rectificación en 2008 de la previsión originaria, que asignaba tal deber a quien recibía el trabajo, cuya justificación se asienta sobre una razón doble[54]: en primer lugar, y más evidente, se trata de no gravar a aquellas entidades con una carga que claramente podía desincentivar la oferta de plazas; en segundo término, busca asegurar que efectivamente se realice el acto de encuadramiento cuanto proceda, y no como venía ocurriendo hasta ese momento en la práctica. En el supuesto de la sustitución de sanciones administrativas de

[48] Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, cit., pág. 484.

[49] Su exposición en Soler Arreboca, L.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, Granada (Comares), 2000, págs. 270 y ss.

[50] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Madrid (Civitas), 2000, págs. 402 y 403.

[51] Leganés Gómez, S.: "Evolución de los programas para los agresores", en AA.VV. (Martínez García, E. y Vegas Aguilar, J.C., Coords.): *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pág. 147. Su aplicación judicial, por ejemplo, en STSJ, Social, Castilla-La Mancha 12 enero 2018 (rec. 1760/2016).

[52] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 403.

[53] Tenreiro Martínez, J. M., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., págs. 312 y 333 o Blay Gil, E.: *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, cit., págs. 106 y 107. Sobre la laguna de protección a que puede conducir en la práctica administrativa y opinión judicial respecto a otras prestaciones, en particular la de orfandad, SSTSJ, Social, Castilla y León/Burgos 26 octubre 1998 (rec. 811/1998), País Vasco 25 febrero 2014 (rec. 151/2014), Castilla y León/Valladolid 27 febrero 2017 (rec. 2381/2016), Andalucía/Sevilla 1 febrero y 20 diciembre 2018 (recs. 424 y 3720/2017), Aragón 28 marzo 2018 (rec. 139/2018) o Cataluña 13 mayo 2019 (rec. 795/2019).

[54] Olarte Hurtado, A.: *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, cit., págs. 277 y 295.

carácter pecuniario por TBC, y ante la ausencia de norma específica, las obligaciones instrumentales para el aseguramiento (idealmente en la Seguridad Social) corresponderán en exclusiva a la entidad local que adopte la medida.

2.- El art. 23 diferencia en apartados consecutivos las obligaciones instrumentales que, a los anteriores efectos, será menester realizar. De este modo, su párrafo 1º establece que "se procederá a la afiliación y/o alta de los penados en el Régimen General de la Seguridad Social", siempre "con efectos desde el día del cumplimiento de la pena". Con respecto a la baja, procederá solicitarla "una vez que finalice la ejecución de la pena", y en todo caso "con efectos desde el día de finalización" de aquella, teniendo presente –según concreta el inciso– que no procede "la comunicación de altas y bajas intermedias por los días de prestación efectiva de trabajo".

Dos cuestiones han planteado algunos problemas prácticos solventados a través de sendos criterios operativos en el INSS[55]:

a) En cuanto hace a los extranjeros irregulares, se les facilita un número de afiliación a los únicos efectos de que puedan ejecutar esta pena; evitando, por ende, una situación administrativa que pudiera conducir siempre, e ineludiblemente, al cumplimiento de una pena privativa de libertad.

b) Por lo que atañe a las situaciones de compatibilidad de los TBC con algunas prestaciones de Seguridad Social, cabrá sentar tres conclusiones básicas: en primer lugar, la plena compatibilidad con la pensión de jubilación, que continuará percibiendo el reo mientras permanezca en situación de alta por la cobertura de contingencia profesional; en segundo término, la situación de incapacidad permanente total no resulta incompatible, *a priori* (y mucho menos la incapacidad temporal dada su naturaleza episódica), con la realización de TBC, pero será menester evitar las tareas que en un futuro pudieran provocar una agravación de la salud; por último, la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez, en tanto solo resultan compatibles con trabajos que no afecten al estado invalidante del pensionista, llevan en la práctica a la inviabilidad de poder realizar TBC, pues será muy difícil encontrar actividades absolutamente marginales de interés a este fin.

3.- El apartado 2º del mentado art. 23 atiende a la obligación de cotización, concretando su importe, plazo y forma:

a) Por cuanto hace al montante, los condicionantes dados por la ausencia de retribución y extensión de la cobertura en exclusiva a las contingencias profesionales llevan a la solución "natural"[56] de que la cuantía sea el resultado de aplicar al tope mínimo de cotización fijado para cada ejercicio en el Régimen General de Seguridad Social el tipo de cotización establecido en la tarifa de primas que corresponda a la actividad económica de prestación de servicios a la comunidad en general, CNAE 842.

En la actualidad, la tarifa viene establecida en la disposición adicional 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, bajo la redacción dada por la disposición final 5ª del RD Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; en concreto, sus porcentajes son los siguientes: IT, 1.40; ISM, 2,20; Total, 3,60.

b) En lo ateniente al plazo, el ingreso de las cuotas que procedan a favor de la TGSS se efectuará con carácter anual, dentro de los 15 primeros días del mes de diciembre de cada ejercicio. A resultas de tal previsión, la cotización tendrá lugar de una sola vez, atendiendo al global del importe del conjunto de cotizaciones por todos los penados que realicen este tipo de prestaciones.

[55] Cervera Salvador, S.: *Los problemas de ejecución de las penas sustitutivas de prisión*, cit., págs. 209, 275 y 282 y Olarte Hurtado, A.: *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, cit., págs. 277 y 278.

[56] Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, cit., pág. 486.

El eventual retraso deberá tener bien presente la responsabilidad en la que puede incurrir el Ministerio del Interior, así como el criterio judicial sentado para el trabajo penitenciario de que, en esta ocasión, no estaría actuando como poder público, sino como singular obligado por prescripción legal[57].

c) En fin, y por cuanto concierne a los aspectos formales, también al Ministerio del Interior queda atribuida la labor de certificar los importes adeudados que correspondan a la cotización devengada en los 12 meses naturales anteriores, bajo los términos y con los requisitos determinados por la Caja Común.

d) En la medida en la cual se ha materializado la transferencia de competencias en la materia, la carga que en el resto del territorio nacional pesa sobre el Ministerio de Interior queda atribuida en la actualidad en Cataluña al Departamento de Justicia, Derecho y Memoria[58]. Por su parte, habrá de entenderse que ha perdido vigencia la cláusula Segunda.5 del Convenio entre el Ministerio del Interior, el Departamento de Justicia del País Vasco y Eudel–Asociación de Municipios Vascos, de 1 de julio de 2020, en cuya virtud el Ministerio de Interior hacía frente a las obligaciones para la cobertura de las contingencias que correspondían al INSS[59], pues obra un reciente Acuerdo-Marco de 3 de febrero de 2022 entre el Gobierno Vasco y Eudel, en virtud del cual el primero asume el compromiso de hacerse cargo de la cobertura de las contingencias correspondientes al INSS[60].

4.- El limitado alcance de la protección dispensada influye en el mecanismo técnico de reconocimiento y abono de las prestaciones, pues el apartado 3º del art. 23 del RD 782/2001 limita su tenor a significar que el Ministerio del Interior emitirá los partes de accidentes de trabajo por el procedimiento legalmente establecido, siempre y cuando –lógicamente– el hecho causante acaezca "como consecuencia de los trabajos realizados en cumplimiento de las penas en beneficio de la comunidad". Tales partes se constituyen, por tanto, en el documento acreditativo imprescindible para poder lucrar las prestaciones de origen profesional.

2.3. Ausencias debidas a contingencias profesionales y liquidación de la condena

Noticia ha quedado de que la falta justificada del penado "no se entenderá como abandono de la actividad"; sin embargo, el art. 49.7ª CP completa aquella decisión primera estableciendo que "el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberá hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubieran impuesto".

Considerando que la previsión tiene su lógica, y resulta proporcionada con carácter general, se ha estimado oportuno introducir algunos elementos para su corrección, así como postular una excepción destinada a proporcionar conveniente respuesta a situaciones que así lo demanden: en cuanto a los primeros hace, y para salvar el perjuicio que pudiera derivar de esta disposición, la práctica muestra el recurso habitual a superar el plazo máximo establecido o a establecer una variación en el ritmo de la ejecución[61]; en cuanto a la segunda se refiere, recientemente la doctrina ha puesto

[57] Interesantísimo el discurso que al respecto contiene la STSJ, Cont.-Admtivo, Castilla-La Mancha 7 febrero 2022 (rec. 485/2019).

[58] Contreras Román, M.: *Eficacia rehabilitadora de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Evaluación del modelo de ejecución en la provincia de Barcelona*, Trabajo de Investigación, 2010, pág. 24 en https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2010/eficaciaRehabilitadoraTrabajos_ES.pdf.

[59] https://www.eudel.eus/en/dokumentuak/convenio_de_colaboracion_entre_la_administracion_general_del_estado__a_traves_del_ministerio_de_interior__la_administracion_general_de_la_comunidad_autonoma_del_pais_vasco__a_traves_del_departamento_de_justicia_y_administracion_publica__y_eudel_asociacion_de_municipios_vascos_para_el_cumplimiento_.

[60] https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/noticia/2022/el-gobierno-vasco-y-eudel-firman-acuerdo-marco-incrementar-plazas-municipales-que-permitan-cumplir-penas-trabajos-beneficio-comunidad/.

[61] Brandariz García, J.A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad con sanción penal*, cit., pág. 315.

de relieve cómo, en los supuestos de contingencias profesionales, "esta tesis implica una serie de consecuencias prácticas no solo indeseables, sino sistemáticamente incongruentes".

Sobre tal juicio de valor se alza un discurso extenso, original y brillante en su construcción cuyo núcleo, debidamente aderezado con algunos datos adicionales, puede quedar sintetizado bajo la forma de silogismo construido a partir del siguiente esquema[62]:

a) Como premisa mayor procederá situar la imposibilidad sobrevenida de acudir al trabajo o de mantener un nivel de rendimiento adecuado por causas ajenas al penado; antes bien, surgida o agravada por la actividad exigida para el cumplimiento de los TBC.

De esta manera, hacer pesar sobre el penado los efectos adversos de la contingencia profesional bien podría suponer una vulneración del principio *non bis in idem* tanto en su vertiente clásica (que veda un doble cumplimiento de la sanción), cuanto en su configuración tras aquella doctrina del Tribunal Constitucional (deudora en este punto del criterio previo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[63]) destinada a subrayar como contenido propio la prohibición de cualquier clase de exceso punitivo[64].

En este sentido, no estar en disposición acudir al trabajo en los supuestos de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional o, por idéntico motivo, de mantener el rendimiento debido (incapacidad permanente parcial), seguir con el normal desempeño del quehacer concreto encomendado (incapacidad permanente total), y hasta la imposibilidad de realizar cualquier tipo de actividad en beneficio de la comunidad (incapacidad permanente absoluta o gran invalidez), no deberían merecer la consecuencia común prevista en el art. 49.7 CP, sino otra sensible a la causa "laboral" que justifica la ausencia y/o la inviabilidad de alcanzar los resultados pretendidos.

Resulta ilustrativo a este respecto aquel pronunciamiento llamado a valorar el accidente sufrido por quien, teniendo como profesión habitual la de peón de albañil, llevaba a cabo, en virtud de sentencia, tareas de limpieza en una institución penitenciaria como TBC. Mientras desarrollaba su jornada, y al limpiar un cubo de basura, se le derramó un producto corrosivo sobre su pie. Tras atención en el servicio de urgencias, se emite parte de incapacidad temporal por contingencias profesionales; con posterioridad fue precisa una operación de la que evolucionó –en principio– correctamente, recibiendo el alta hospitalaria, si bien una ulterior recaída exigió nuevo tratamiento y diversas intervenciones que finalizaron con una declaración de incapacidad permanente parcial. La noticia de interés radica en que todas las jornadas de trabajo previstas como TBC durante la baja fueron consideradas cumplidas a todos los efectos[65].

b) Como premisa menor se habrá de alzar el sentido de la cobertura que está llamada a otorgar el Sistema de Protección Social. Bajo el riesgo de dejarla reducida a la atención sanitaria (a la cual se tendría derecho también en virtud de otros títulos) y, en su caso, una prestación mínima de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia, preciso será explorar en busca de soluciones adecuadas. Tarea hermenéutica en la cual procederá situar como meta la idea de que el reenvío a la acción protectora de la Seguridad Social entraña materialmente una remisión de carácter mediato a la normativa laboral, en la medida en la cual esta última resulte necesaria para integrar los efectos de

[62] Sanmartín García-Osorio, M.E. y Gómez Lanz, J.: "El accidente de trabajo y la enfermedad profesional generados en el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", cit., en particular págs. 4 y ss.

[63] Así, por ejemplo, en la significativa STEDH 25711/94, de 30 de julio de 1998, asunto *Olivera c. Suiza*.

[64] STC 2/2003, de 16 de enero. Con mayor detalle, Henríquez Salido, M.C.; Ordóñez Solís, D. y Rabanal Carbajo, P.F.: "El uso actual del 'non bis in ídem' en el Tribunal Supremo español y en los tribunales supranacionales europeos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2017, págs. 483-510.

[65] STSJ, Social, Aragón 28 marzo 2018 (rec. 139/2018).

la incapacidad temporal o permanente en la prestación desarrollada por el penado[66]; si se prefiere, y acudiendo ahora al literal de los autores a quienes se sigue, "integra, sin duda, el aspecto sistemático del contexto, que constituye uno de los factores ineludibles para la formulación de una propuesta interpretativa"[67].

Buena prueba de lo afirmado se encuentra en dos aspectos que pudieran resultar paradigmáticos: de un lado, la justificación de la falta de asistencia precisamente en los partes médicos de baja laboral[68] o, por lo menos, en la acreditación o no de la atención médica recibida[69]; de otro, los casos en los cuales se declara que el desarrollo de los TBC resulta compatible[70] o incompatible[71] con la situación de incapacidad temporal para el trabajo ordinario.

De seguir tal pauta y aplicarla a cuanto ahora importa, procederá retener cómo los efectos naturales de la incapacidad temporal conducen a la suspensión del contrato [art. 45.1 c) ET] y el abono de la consiguiente prestación durante todo el tiempo en el cual el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo (arts. 169 y ss. LGSS). Más aún, procederá unir a tales datos cuanto completa el régimen de cotización arriba significado para recoger, en la regla Primera de la disposición final 5ª del RD Ley 28/2018 (por el cual se modifica la disposición adicional 4ª de la vigente Ley 42/2006), que el tipo de cotización será aplicable durante "los períodos de baja por incapacidad temporal y otras situaciones de suspensión de la relación laboral con obligación de cotización", lo cual supone tanto como vincular la actividad descrita con el código CNAE 842 (3º Justicia) con las situaciones de suspensión de la relación laboral común.

Esta es, por otra parte, la solución incorporada a dos supuestos similares. Así, en primer lugar, en el de prestaciones personales obligatorias (a las cuales, no por casualidad, aludía la Exposición de Motivos del RD 782/2001 en este preciso contexto[72]), donde el ordenamiento jurídico adopta como principio la posibilidad de eximirse de su cumplimiento[73]; en segundo término, y en el marco del trabajo penitenciario asalariado, la relación laboral especial se suspende con ocasión de una incapacidad temporal, exonerando al penado de la obligación de trabajar y se extingue por la incapacidad permanente total y absoluta o gran invalidez[74]. Más interés incluso presenta, en este último supuesto, el tratamiento de la asistencia sanitaria, pues para los internos constituye un periodo cumplido a efectos de liquidación de la pena de prisión, sin exigir una prolongación de la condena por el tiempo de ausencia del recinto penitenciario; de igual modo, las enfermedades muy graves, entre las

[66] Segarra Crespo, M.J.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 14 (*La pena y medidas de seguridad*), 2006, pág. 357.

[67] Sanmartín García-Osorio, M.E. y Gómez Lanz, J.: "El accidente de trabajo y la enfermedad profesional generados en el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", cit., pág. 6.

[68] SSAP, Penal, Cantabria 7 abril y 28 octubre 2011 (recs. 269 y 796/2011) o AAP, Penal, Jaén 4 febrero 2010 (rec. 10/2010) y Barcelona 25 enero 2022 (rec. 10/2022).

[69] SSAP, Penal, Cádiz 6 junio 2011 (rec. 52/2011) y Murcia 15 diciembre 2016 (rec. 93/2016).

[70] Así trabajador que recibe la baja por ansiedad en su empleo ordinario como conductor y desarrolla TBC en favor de un ayuntamiento y una fundación, sin que conste que los mismos influyeran negativamente en la curación del cuadro de alteración psicológica padecida, STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 21 julio 2016 (rec. 491/2016).

[71] En el supuesto de quien, teniendo como profesión habitual la de peón de albañil, y estando de baja para el desarrollo de tal quehacer, realiza para el ayuntamiento TBC de mantenimiento de edificios públicos como peón de oficios en la brigada de obras y servicios. Ocupación similar que evidencia, bien que el penado contaba con la capacidad laboral necesaria para desempeñar su trabajo habitual, bien que ponía en peligro su recuperación para poder desarrollarlo, STSJ, Social, Comunidad Valenciana 20 septiembre 2011 (rec. 650/2011).

[72] Escribano Gutiérrez, J.: "El trabajo en beneficio de la comunidad: perspectivas jurídico-laborales", cit., pág. 49.

[73] Tolivar Alas, L.: "Las prestaciones personales", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 14, 1991, págs. 137-139.

[74] Soler Arrebola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, cit., pág. 429; Fernández Artiach, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, págs. 525 y ss.; GIL PLANA, J.: "Vicisitudes del trabajo penitenciario: suspensión y extinción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, págs. 474, 483 y 484-487 o Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, cit., págs. 319-320, 327-328 y 332.

que algunas autores incluyen las causantes de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez[75], dan lugar a la suspensión de la pena. Ninguna de las alternativas de protección anteriores están previstas en favor de quienes realizan TBC[76].

En atención a tales factores, y si bien es cierto que muchos de los derechos de Seguridad Social se ordenan en función del salario que sirve de base para la cotización[77], algunos otros pueden y deben tener un distinto sentido de protección más integral. Así, cuanto en algunas relaciones se traduce en prestaciones pecuniarias, por ser la finalidad económica el objeto fundamental del vínculo que lleva al alta en el Sistema, en otras debería servir para atender al cumplimiento de la pena, en tanto objetivo principal de la actividad dotada de cobertura[78].

c) El razonamiento trabado conduce de manera lógica a una interpretación sistemática de lo previsto en las condiciones 4ª y 7ª del art. 49 CP, a partir de la cual, si bien la regla general habrá de ser que la ausencia justificada a los TBC no computa a efectos de la liquidación de la condena, la excepción habrá de venir dada cuando esté llamada a actuar la acción protectora de la Seguridad Social, es decir, aquellas ocasiones en las cuales los penados sufren una contingencia profesional. Diferenciando supuestos, sería menester colegir –en la más original de las aportaciones de los autores seguidos en el discurso– que[79]:

– Durante la incapacidad temporal, la obligación de TBC quedaría suspendida y el penado o sancionando no habría de recuperar tal periodo, abonando cada día de asistencia sanitaria durante esta situación a la liquidación de la pena o cumplimiento de la sanción. Ante la ausencia de una regla específica, lo más razonable sería computar a estos efectos una jornada de trabajo por cada día de asistencia sanitaria, acudiendo a la analogía con lo previsto en el art. 155 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el cual se aprueba el Reglamento Penitenciario.

– Ante la eventualidad de una incapacidad permanente parcial, en la medida en la cual no se encuentre afectado el desarrollo de las tareas fundamentales de la actividad en que consistían los TBC, procederá continuar con su desarrollo, pero –de ser preciso– adecuándolo o modulándolo en el plan de ejecución al rendimiento que cabe esperar del penado e, incluso, adaptando las condiciones concretas de la prestación cuando fuera menester para garantizar su integridad (art. 15 LPRL).

– En la medida en la cual la declaración de incapacidad permanente total inhabilita para la realización de todas las tareas fundamentales actividad propia de los TBC inicialmente asignados, cuanto procede es una verdadera novación del plan inicial de ejecución, con propuesta adecuada al efecto de los SGMPA a la cual el penado preste oportuno consentimiento.

– En fin, los supuestos de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez conducen a una situación de imposibilidad sobrevenida e involuntaria de cumplimiento de la pena. Eventualidad en la cual se entiende desproporcionado supeditar la extinción de la responsabilidad criminal al transcurso de los plazos de prescripción y cancelación de antecedentes derivados de los arts. 133 y 136 CP, en particular porque el penado carece de alternativa viable de cumplimiento. Las distintas propuestas

[75] En apoyo de su criterio los argumentos de Ríos Marín, J.C. (Dir.); Etxeberría Zarrabeitia, X. y Pascual Rodríguez, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, 2ª ed., , Madrid (Universidad Pontificia de Comillas), 2018, pág. 521.

[76] De hecho, apenas si se encuentran reflexiones sobre cómo proceder en estas situaciones. Alguna autora apunta, por ejemplo, que, en tanto "la incapacidad permanente impediría dar de alta a el penado, lo procedente sería acudir a la suspensión de la pena, por imposibilidad de cumplimiento de la misma, sin perjuicio del tiempo ya cumplido, poniendo dicha circunstancia en conocimiento del tribunal sentenciador a los efectos oportunos", Cervera Salvador, S.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nú. 255, 2011, págs. 113 y 114.

[77] Aránguez Sánchez, C.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", cit., pág. 32.

[78] Sentido tácito que cabría apreciar en el discurso de Brandariz García, J. A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, cit., págs. 253 y 254.

[79] Sanmartín García-Osorio, M.E. y Gómez Lanz, J.: "El accidente de trabajo y la enfermedad profesional generados en cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", cit., págs. 10-12.

a través de las cuales se ha pretendido adaptar la suspensión de la ejecución prevista para las penas privativas de libertad a estas situaciones pecan de distorsionar en exceso el tenor legal. Por este motivo, el círculo se ha de cerrar con otra propuesta *de lege ferenda*, en esta ocasión destinada a modificar los arts. 80 y 81 CP para permitir su aplicación a los TBC; complementada, en su caso, por la incorporación de un precepto análogo al art. 60 CP para los casos de imposibilidad sobrevenida de incumplimiento de la pena por razones físicas.

2.4. El recargo de la prestación y la responsabilidad civil derivados del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales

Mientras que la protección de Seguridad Social frente a contingencias profesionales ha venido acompañando desde su origen a la prestación de quienes realizan TBC, su correlato lógico, la prevención de siniestros vinculados a la actividad, debió esperar una década más hasta que el art. 11.2 del RD 515/2005, de 6 mayo, añadió que "también estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales".

Extraña e injustificada demora tanto a la luz de las pautas internacionales en la materia, como del efervescente desarrollo de la seguridad y salud en el trabajo de la época. En este sentido, cabrá recordar la Recomendación nº R (92) 16 de 19 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que recoge las reglas europeas sobre sanciones y medidas no privativas de libertad, demandando la número 68 que esta actividad "se ajustará a toda la legislación vigente en materia de seguridad y salud laborales"[80]. Patrón más tarde recordado por la regla 50 de la Recomendación CM/Rec (2010) 1, de 20 de enero, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las reglas del Consejo de Europa relativas a la *probation*, a cuyo tenor los condenados a tal TBC "deben estar protegidos adecuadamente en materia de seguridad y salud laboral, con medidas que no serán menos rigurosas que las aplicadas a otros trabajadores"[81].

Pero aun más sorprendente resulta la omisión a la luz del amplio programa desplegado en este ámbito a partir de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Profesionales (LPRL). El nuevo marco destinado al diseño de "una auténtica cultura preventiva" –según rezaba su Exposición de Motivos– sirvió para dar un impulso inusitado, por cuanto ahora importa, también al recargo de prestaciones de Seguridad Social que recogía el art. 124 LGSS/1994 (actual art. 164 LGSS), y a partir de ese momento pasa a recibir también el art. 42.3 LPRL, para así dejar constancia expresa de la plena compatibilidad de la responsabilidad penal o administrativa con esta concreta recogida en ordenamiento social y la civil por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la norma (art. 42.1 LPRL).

Con todo, fue necesario esperar a la reforma de aquel art. 11.2 a través del RD 840/2011 para lograr la plena correspondencia entre el ámbito preventivo y el reparador en el marco general, así como para obtener un dibujo acabado de las variantes que lo acompañan.

Por cuanto hace a la equiparación, la extensión de la acción protectora en materia de seguridad y salud se produce "en las mismas condiciones" en que ha lugar a la incorporación en el Régimen General de la Seguridad Social, es decir, "por los días de prestación" y con exclusión de quienes cumplan la pena "mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares". Mientras ningún óbice cabe plantear

[80] Recordando la referencia internacional, Tenreiro Martínez, J.M.: *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., pág. 314, nota 900. Su contexto concreto en GOBIERNO VASCO, *V Plan de Justicia Juvenil en la CA. P.V. 2020-2024*, 2020, pág. 34, en https://www.euskadi.eus/contenidos/noticia/xiileg_planes_departamentales/es_def/V-PLAN-JUSTICIA-JUVENIL-2020-2024.pdf.

[81] Sobre las observaciones que merece la regla cabe remitir a CONSEJO DE EUROPA: "Comentario a las Reglas de *probation*", *Documento de Trabajo CM (2009) 187 add3*, 2010, pág. 36, en https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/ProbationComentario_ES.pdf.

a la delimitación temporal, no ocurre lo mismo con la relegación de la actividad desarrollada en talleres y programas, que quizá obedezca al deseo de mantener en 2011 una redacción paralela a la de 2005, sin percatarse del cambio sustancial derivado de haber incorporado una nueva forma de cumplir los TBC. Redacción "tan poco afortunada" no puede obviar que una exclusión dotada de pleno sentido en el Sistema de Seguridad Social, en tanto la ausencia de cualquier actividad laboral convierte la contingencia en común, dista de encontrar justificación desde el plano de la prevención, pues ese lugar de desarrollo de talleres y programas lo es de trabajo a todos los efectos para quienes lo imparten, y las condiciones de seguridad y salud se extiende a quienes acuden a recibir formación, sea de manera voluntaria o por imposición judicial[82].

La solución en favor de la equiparación, por otra parte, ya había sido anticipada para los menores a través del RD 1774/2004, diferenciando entre dos colectivos: para quien sea mayor de 16 años se establece que "durante la prestación de la actividad (…) estará protegido por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos"; respecto a quienes no alcancen tal edad, que gozarán de "una protección que en ningún caso será inferior a la regulada por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos" (art. 20.4).

Sin respuesta legal expresa se encuentran, sin embargo, los supuestos de aquellas entidades sociales que decidan incorporar los TBC como alternativa a sanciones administrativas, aun cuando no parece que pueda haber margen alguno para la opción a cuanto es una clara obligación de derecho necesario absoluto. Por este motivo, cabrá repudiar el contenido de aquellas ordenanzas que contemplan diversas fórmulas de una autotutela errónea[83]; a la par, saludar a cuantas otras dan un paso al frente, ya como entidades de acogida de TBC[84], ya como organizaciones de la actividad por iniciativa propia, y llevan a la plena equiparación de los penados/sancionados con los trabajadores ordinarios[85].

Pocas indicaciones más cabrá obtener respecto a este reenvío a la normativa de seguridad y salud en el trabajo. Tan solo se han localizado dos fuentes adicionales que aporten algún matiz de interés. En primer lugar, el Convenio entre la Federación Española de Municipios y Provincias para el cumplimiento de las penas de TBC recoge, en su punto 5.2, que "los ayuntamientos, a través de los órganos o servicios habilitados para ello, se comprometen a impartir los conocimientos necesarios para que la actividad desplegada por los penados pueda ser cumplida eficazmente, y facilitará el material

[82] Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, cit., págs. 415 y 416.

[83] Así, por ejemplo, el art. 8 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Villarejo del Sabanés (Madrid) recoge que "el sancionado que se acoja a lo recogido en la presente Ordenanza, ejecutará los trabajos en beneficio de la Comunidad, en lo referente a enfermedades y accidentes, a su riesgo y ventura. No obstante lo anterior, el Ilmo. Ayuntamiento podrá suscribir una póliza de seguros, que beneficie a los sancionados, y que cubra los riesgos dimanantes del cumplimiento de los trabajos en beneficio de la Comunidad*"*, en https://www.villarejodesalvanes.es/images/Ordenanzas/ORDENANZA%20MUNICIPAL%20SANCIONES%20ECON%C3%83%E2%80%9CMICAS%20ADMINISTRATIVAS%20POR%20TRABAJOS%20EN%20BENEFICIO%20DE%20LA%20COMUNIDAD.pdf.

[84] SERVICIO DE PREVENCIÓN PROPIO AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ MÁLAGA: *Manual de acogida de prevención de riesgos laborales del Excmo. Ayuntamiento de Vélez Málaga (Servicios Comunitarios)*, 2015, en https://mail.google.com/mail/u/0/#search/drlgcg00%40estudiantes.unileon.es/FMfcgzGqRPwMHzVXWmxRZTZwZspTLxvf?projector=1&messagePartId=0.5

[85] En este sentido, la Ordenanza Municipal de Guadalajara contempla que, "a petición de la coordinación del servicio de TBC, se recaba informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales acerca de la capacidad física del candidato para desempeñar el puesto asignado. En el caso de ser positiva la valoración, se le imparte una formación básica a la persona infractora, y se elabora un informe del servicio de Prevención de Riesgos Laborales que se remite al servicio de TBC para incluirlo en su expediente. A partir de este momento, se informa al infractor del puesto a desarrollar, condiciones, funciones, domicilio, responsables del área, horarios, fechas, etc., en un documento que ha de firmar". Un sugerente comentario a este respecto en Ortiz, J.: "Trabajos en beneficio a la comunidad en jóvenes sancionados por conductas incívicas: la experiencia de Guadalajara", *Cuadernos de Investigación en Juventud*, núm. 7, 2019, pág. 8, en https://www.cjex.org/wp-content/uploads/2021/02/Beneficio-Comunidad.pdf.

necesario para la realización de la tarea encomendada"[86]. En segundo término, la "Carta de Servicios 2021-2024", dirigida por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a los SGPMA, indica que estos "contarán con las prestaciones técnicas necesarias para garantizar la adecuada seguridad y salud de las personas allí atendidas"; por su parte, "las entidades tendrán la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar que las actividades encomendadas se desarrollan con las condiciones de seguridad y salud adecuadas"[87].

La ausencia de una regulación acabada para acometer esta remisión en bloque a la legislación de prevención de riesgos no supone mayor problema (excepto por cuanto pudiera hacer a los ínsitos a la coordinación de actividades, *ex* art. 24 LPRL) cuando se trata de TBC desarrollados en la propia entidad local que ha acudido a esta vía para sustituir la sanción administrativa de multa; sí, en cambio, en todos los demás supuestos en los cuales media una relación compleja.

De este modo, la estructura triangular del vínculo–tipo entre Instituciones Penitenciarias/entidad receptora de los TBC/penado viene a reproducir, en lo básico, la que tiene lugar cuando se trata de prestaciones realizadas por un menor o de TBC externalizados por la entidad local. Imagen paralela que sugiere tomar en consideración la distribución de obligaciones contenida en el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, dada la evidente analogía que muestra la posición de Instituciones Penitenciarias con la ETT, la entidad receptora con la empresa usuaria y el penado con el trabajador cedido; sin perjuicio, claro está, de atender a las peculiaridades que puedan mostrar los TBC en cada caso concreto, en particular cuando su desempeño corresponda a menores.

En este sentido, tanto el art. 16 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT, como el art. 42.3 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 en el Orden Social, parten del principio de que la entidad o empresa donde se realiza la prestación es la responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo; no obstante, la regla debe convivir con la excepción recogida en la apostilla relativa a "sin perjuicio de las responsabilidades propias" de quien no deja de ser el titular último de la relación.

De este modo, media un importante elemento de confusión, capaz de poder llevar a defender la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes[88]. Así lo ha hecho el único pronunciamiento judicial localizado, en el cual quien realizaba TBC en labores de jardinería utilizando un motocultor sufrió un accidente de importancia, habiendo quedado probado que no había recibido formación ni información sobre su utilización, faltaban medidas imprescindibles de seguridad en la máquina y no se habían entregado los EPIS necesarios. Tras dedicar la mayor parte de su contenido a afirmar la competencia del orden social *ex* art. 2 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la

[86] Resolución de 5 de septiembre de 2022, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Federación Española de Municipios y Provincias, para el cumplimiento de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14867.

[87] SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Carta de Servicios 2021-2024. Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas*, 2021, pág. 10, en https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/carta-de-servicios/Subdireccion-General-de-Penas-y-Medidas-Alternativas/Carta.pdf

[88] Se ha afirmado, por ejemplo, que cualquier interpretación que trate de separar responsabilidades partirá de algo "ficticio, porque el accidente o la enfermedad profesional del trabajador pueden derivar de múltiples causas que pueden ocasionar responsabilidades conectadas entre sí, y entonces sí tendríamos una pluralidad de deudores y podríamos pensar en una extensión de responsabilidad más allá de lo que inicialmente se establece en la ley. En dichos casos, y teniendo en cuenta que el legislador nada prevé, tendríamos que determinar cuál es el mecanismo de la responsabilidad: si la mancomunidad o la solidaridad, criterio general este último en el orden laboral cuando haya una pluralidad de deudores", Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G.: "Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV. (Ojeda Avilés, A.; Alarcón Caracuel, M.R. y Rodríguez Ramos, M.J., Coords.): *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 445.

Jurisdicción Social (dada la atribución de "garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente"), el órgano juzgador concluye, invocando los arts. 14, 24 y 42 LPRL y de forma harto sucinta, que "en el ámbito de la prevención de riesgos laborales en casos como el actual, en que no existan elementos bastantes para diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los partícipes ni para deslindar sus específicas responsabilidades, la regla o vínculo ordinario es la solidaridad con relación al perjudicado para la efectividad de la indemnización"[89].

Lejos de tan sencillo expediente, mientras que en el supuesto del recargo de prestaciones procede la imputación de responsabilidad a la entidad o empresa donde se realizan los TBC, aun cuando solo sea por la posición de garante último que surge de su obligación *in vigilando*, en el supuesto de responsabilidad civil será menester hilar más fino y atender al hecho de conformidad con el cual "en estos supuestos no hay tanto obligaciones compartidas (aunque sí una obligación implícita de colaboración de carácter dinámico), ni tampoco previsiones sobre comunicación alguna de responsabilidades, sino que por la compleja relación que se genera (…) [procede] una delimitación y separación de los deberes que corresponde a cada una de las partes"[90]. Huir, por ende, del fácil recurso a una "solidaridad" sin fundamento legal y reconocer que, aun cuando haya supuestos en los cuales habrán de responder ambas entidades, tal carácter compartido derivará del desconocimiento de obligaciones individuales perfectamente delimitadas y separadas que concurren por haber desconocido los distintos deberes que incumben a las concernidas[91].

En este sentido, y trasladando el esquema de la relación triangular al respecto (que, idealmente, debería constar en sus líneas básicas en el convenio entre las partes, sin perjuicio de la autonomía negocial respecto a los aspectos disponibles[92]), cabría postular la distribución de obligaciones a continuación enunciada, con la atribución subsiguiente de responsabilidad para el caso de incumplimiento[93]:

A.- Sobre los SGPMA de Instituciones Penitenciarias (los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla en el supuesto de los menores o los servicios correspondientes de la entidad local que externalice la actividad) habrá de pesar la obligación fundamental de verificar la adecuación de las condiciones psicofísicas del penado a las condiciones específicas que pudiera requerir la prestación a realizar (arts. 22, 25, 26 y 27 LPRL); en su caso, previa identificación de riesgos y, si fuere menester, reconocimientos médicos inicial y periódico o pruebas de seguimiento de salud cuando se trate de supuestos especiales, según ocurre con alguna frecuencia, por ejemplo, con la vigilancia de consumo de alcohol o drogas a través de test de despistaje pautados o aleatorios, o a partir de métodos de seguimiento a lo largo del tiempo como los parches de sudor. De igual modo, deberá asumir una obligación de información básica sobre las características propias de las actividades a desarrollar y las cualificaciones o aptitudes requeridas (art. 18 LPRL) y, si no se dispone de ella, tendrá que impartir, o comprobar que se imparte de manera adecuada, la formación teórico-práctica requerida (art. 19 LPRL).

[89] STSJ, Social, Galicia 27 abril 2018 (rec. 4876/2017).

[90] Fernández Avilés, J.A.: "Artículo 28. Relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Dirs.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada (Comares), 2004, pág. 284.

[91] Por todos, Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, págs. 83-87 y Alfonso Mellado, C.L.: *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pág. 115.

[92] Blay Gil, E.: *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, cit., pág. 129.

[93] Fernández Domínguez, J.J.: *La temporalidad como factor de riesgo laboral*, Madrid (CEOE), 2016, págs. 182-217.

B.- La entidad o empresa receptora, por su parte, deberá haber identificado y evaluado con carácter previo los riesgos de la actividad (art. 16 LPRL) y, una vez el penado o sancionado acceda a su destino, será la responsable última de proporcionar los conocimientos necesarios para desempeñar en cada contexto la actividad a través de la información que le afecte (art. 18 LPRL) y la formación teórico-práctica que considere imprescindible (art. 19 LPRL), incluyendo de manera específica las indicaciones sobre la forma de actuar ante situaciones de emergencia (art. 20 LPRL). De igual modo, habrá de facilitar el material necesario (que comprenderá los equipos de trabajo adecuados, las sustancias químicas que minimicen los riesgos y la dotación de los medios de protección precisos *ex* art. 17 LPRL), asumirá la coordinación con otras empresas o centros donde se haya de realizar la actividad para evitar tareas incompatibles (art. 24 LPRL), interrumpirá la actividad si fuera preciso para garantizar en todo momento la seguridad del interesado, de sus compañeros y de terceros (art. 21 LPRL) y efectuará el registro documental de toda la gestión realizada (art. 23 LPRL).

C.- En último término (e importante a la hora de atribuir, excluir o moderar la responsabilidad civil), sobre la diligencia requerida al penado o sancionado pesa el cumplimiento de lo establecido en el art. 29 LPRL y, por tanto, de adecuar su actuación a cuanto aparece indicado en la ficha de riesgos. En particular, realizar los trabajos de acuerdo con las instrucciones establecidas, utilizar los equipos de trabajo y los medios de protección suministrados de conformidad con las instrucciones recibidas y poner en conocimiento de la entidad receptora cualquier situación que pueda suponer un riesgo para la seguridad y salud.

* * * * * *

El asentamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad como una alternativa firme a la prisión y a la sanción administrativa de multas ha de estar y pasar por varias reformas de enjundia. No menor habrá de ser la que afecte a su régimen de Seguridad Social, comenzando por cumplir el mandato incluido en el art. 49 CP de equiparar su protección a la dispensada a los internos en instituciones penitenciarias siguiendo por el ajuste en algunos puntos significativos de los actos de encuadramiento (con decisiones contenidas en norma sobre extranjeros irregulares régimen de compatibilidades, por ejemplo) o el reparto de responsabilidades en el supuesto de incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos; en particular, aclarando la incidencia de las prestaciones devengadas (las de naturaleza profesional desde luego, pero también las de origen común) sobre la liquidación de la condena.

BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, C.L.: *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Madrid (Civitas), 2000.

Aránguez Sánchez, C.: "La pena de trabajo en beneficio de la comunidad", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 70, 2000.

Arias Domínguez, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2020.

Brandariz García, J.A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.

Blay Gil, E.: "Una apuesta paradójica: modificaciones introducidas en la regulación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por LO 15/2003, de modificación del Código Penal", *Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004.

Blay Gil, E.: *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, A Coruña (Atelier), 2007.

Brandariz García, J.A.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en AA.VV. (Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L.M., Dirs.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

Cervera Salvador, S., *Los problema de ejecución de las penas sustitutivas de prisión*, Tesis Doctoral, Castellón (Universidad Jaime I), 2015, en https://www.tesisenred.net/handle/10803/462030#page=4 o ICAIP: *Instrucción 9/2011, de 11 de julio, de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias sobre procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y el nuevo manual de ejecución*, 2011, en http://www.acaip.info/info/circulares/instruccion_9_2011.pdf.

Cervera Salvador, S.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 255, 2011.

CES: *Dictamen 1/2001 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a trabajos en beneficio de la comunidad*, 10 enero 2001, pág. 9, en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-13171.

Cid Moliné, J.: "Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a los trabajos en beneficio de la comunidad y la prohibición de acercamiento)", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 12, 2004.

CONSEJO DE EUROPA: "Comentario a las Reglas de *probation*", *Documento de Trabajo CM (2009), 187 add3*, 2010, pág. 36, en, https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/ProbationComentario_ES.pdf.

Contreras Román, M.: *Eficacia rehabilitadora de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Evaluación del modelo de ejecución en la provincia de Barcelona*, Trabajo de Investigación, 2010,en,https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2010/eficaciaRehabilitadoraTrabajos_ES.pdf.

Domenech Pascual, G.: "La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 6, 2004.

Escribano Gutiérrez, J.: "El trabajo en beneficio de la comunidad: perspectivas jurídico-laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 121, 2004.

Fernández Aparicio, J.M.: "Aspectos prácticos de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *La Ley Penal*, núm. 75, 2010.

Fernández Artiach, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

Fernández Avilés, J.A.: "Artículo 28. Relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Fernández Domínguez, J.J.: *La temporalidad como factor de riesgo laboral*, Madrid (CEOE), 2016.

García García, M.J.: "Las responsabilidades de los menores de edad por infracciones administrativas y las prestaciones en beneficio de la comunidad como alternativa a la imposición de sanciones de contenido económico", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 13-14, 2010-2011.

García García, M.J.: *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, Granada (CEMCI), 2014.

García Saura, P.J.: "Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a los menores", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 41, 2016.

Gil Plana, J.: "Vicisitudes del trabajo penitenciario: suspensión y extinción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011.

GOBIERNO VASCO, *V Plan de Justicia Juvenil en la CA. P.V. 2020-2024*, 2020, pág. 34, en https://www.euskadi.eus/contenidos/noticia/xiileg_planes_departamentales/es_def/V-PLAN-JUSTICIA-JUVENIL-2020-2024.pdf.

González Tascón, M.M.: *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Madrid (Ministerio del Interior), 2013.

Henríquez Salido, M.C.; Ordóñez Solís, D. y Rabanal Carbajo, P.F.: "El uso actual del 'non bis in ídem' en el Tribunal Supremo español y en los tribunales supranacionales europeos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2017.

Landrove Díaz, G.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Diario La Ley*, núm. 4, 2004.

Leganés Gómez, S.: "Evolución de los programas para los agresores", en AA.VV. (Martínez García, E. y Vegas Aguilar, J.C., Coords.): *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.

López Barja De Quiroga, J.: "Las penas privativas de derechos", *Poder Judicial*, núm. 53, 1999.

Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., (Dirs.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada (Comares), 2004.

Montero Hernanz, T.: "Los trabajos comunitarios en la justicia juvenil", *Diario La Ley*, núm. 7266, 2009.

Olarte Hurtado, A.: *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Vitoria (Ararteko), 2006, en https://www.ararteko.eus/sites/default/files/2021-12/0_194_1.pdf.

Ortiz, J.: "Trabajos en beneficio a la comunidad en jóvenes sancionados por conductas incívicas: la experiencia de Guadalajara", *Cuadernos de Investigación en Juventud*, núm. 7, 2019, en https://www.cjex.org/wp-content/uploads/2021/02/Beneficio-Comunidad.pdf.

Palomeque López, M.C.: "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R., Coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2003.

Parés I Gallés, R.: "La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 64, 1998.

Ríos Marín, J.C. (Dir.); Etxeberría Zarrabeitia, X. y Pascual Rodríguez, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, 2ª ed., Madrid (Universidad Pontificia de Comillas), 2018.

Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G.: "Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV. (Ojeda Avilés, A.; Alarcón Caracuel, M.R. y Rodríguez Ramos, M.J., Coords.): *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996.

Sanmartín García-Osorio, M.E. y Gómez Lanz, J.: "El accidente de trabajo y la enfermedad profesional generados en el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020 (RI 42312).

Santaló Junquera, J.I.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Foro Galego*, núm. 203, 2017.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Carta de Servicios 2021-2024. Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas*, 2021, en https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/carta-de-servicios/Subdireccion-General-de-Penas-y-Medidas-Alternativas/Carta.pdf.

Segarra Crespo, M.J.: "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 14 (*La pena y medidas de seguridad*), 2006.

SERVICIO DE PREVENCIÓN PROPIO AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ MÁLAGA: *Manual de acogida de prevención de riesgos laborales del Excmo. Ayuntamiento de Vélez Málaga (Servicios Comunitarios),* 2015, en, https://mail.google.com/mail/u/0/#search/drlgcg00%40estudiantes.unileon.es/FMfcgzGqRPwMHzVXWmxRZTZwZspTLxvf?projector=1&messagePartId=0.5.

Soler Arreboca, L.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, Granada (Comares), 2000.

Téllez Aguilera, A.: *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid (Edisofer), 2005.

Tenreiro Martínez, J.M.: "Reflexiones sobre el incumplimiento de la pena de trabajo en trabajos en beneficio de la comunidad", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 12, 2008.

Tenreiro Martínez, J.M.: *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tesis Doctoral, Coruña (Universidad de A Coruña), 2012, en https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/10152.

Toledo Picazo, A.: "Derecho Administrativo Sancionador y menores de edad", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009.

Tolivar Alas, L.: "Las prestaciones personales", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 14, 1991.

Torres Rossel, N.: *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997.

Vegas Aguilar, J.C.: *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. El consentimiento como un elemento más hacia la reeducación y reinserción del penado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales[1]

Extending social protection to all trainees: a further step towards dignifying non-work placements

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

Cita Sugerida: MORENO GENÉ, J.: «La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 69-94

Resumen

El Real Decreto-Ley 2/2023 ha añadido la disposición adicional quincuagésima segunda al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la que se procede a introducir una nueva regulación de la "inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación". En línea con lo previsto por el Real Decreto-Ley 28/2018, se ha ampliado notablemente el ámbito de aplicación de esta inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social respecto a lo previsto en el Real Decreto 1493/2011, puesto que la misma alcanzará a todos los alumnos universitarios y de formación profesional en prácticas con independencia de que las mismas sean remuneradas o no, todo ello, sin perjuicio de la diferente regulación que se prevé para cada uno de estos supuestos. En este estudio se analiza el alcance actual de esta inclusión de los alumnos universitarios y de formación profesional en prácticas en el Régimen General de la Seguridad Social.

Palabras clave

alumnos universitarios; alumnos de formación profesional; prácticas no laborales; Régimen General de Seguridad Social; protección social

Abstract

Royal Decree-Law 2/2023 added the fifty-second additional provision to the Consolidated Text of the General Social Security Law, which introduces a new regulation on the "inclusion in the Social Security system of students who carry out training placements or external academic placements included in training programmes". In line with the provisions of Royal Decree-Law 28/2018, the scope of application of this inclusion in the General Social Security Scheme has been significantly extended with respect to the provisions of Royal Decree 1493/2011. This will cover all university and vocational training students on work experience, regardless of whether they are paid or unpaid, without prejudice to the different regulations foreseen for each of these cases. This study analyses the current scope of this inclusion of university and vocational training students in the General Social Security Scheme.

Keywords

university students; vocational training students; non-work placements; General Social Security Scheme; social protection

[1] Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "De la cultura de la temporalidad a la contratación indefinida desde una perspectiva multidisciplinar: visión general del mercado laboral y particular de la universidad".

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

Fecha Recepción: 22/5/2023 - Fecha Revisión: 12/6/2023 - Fecha Aceptación: 13/6/2023
Pags. 69-94

1. DE LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN SOCIAL A UNA PROTECCIÓN SOCIAL LIMITADA: LA ASIMILACIÓN DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICAS –FORMATIVAS O ACADÉMICAS EXTERNAS- A LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA.

Entre los aspectos que se han visto más afectados por la tradicional falta de previsión de las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional en la normativa laboral y de seguridad social destacaba, sin lugar a dudas, la protección social dispensada a este colectivo, que en el mejor de los casos se había visto limitada a la prevista por el seguro escolar –régimen especial de estudiantes, regulado por la Ley de 17 de julio de 1953, del establecimiento del Seguro Escolar- a todas luces insuficiente e, incluso, a una mera cobertura mediante pólizas de seguros.

Esta falta de protección social repercutía en todas las prestaciones de Seguridad Social, pero especialmente en el futuro acceso a la pensión de jubilación de los estudiantes y/o personas que se estaban formando que desarrollaban estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, en ocasiones durante largos periodos de tiempo. A tal efecto, el innegable endurecimiento del acceso a la pensión de jubilación y la progresiva reducción de la cuantía de la misma que ha tenido lugar en las últimas reformas legislativas y que con toda seguridad se van a ver intensificados en los próximos años, va a comportar que determinados colectivos, en función de sus características o condiciones personales o en razón del tipo de actividad desarrollada en determinados periodos de su vida profesional, van a tener en un futuro inmediato mayores dificultades para completar los periodos de cotización exigidos para acceder a la pensión de jubilación y, en todo caso, para poder acceder a una pensión de jubilación digna[3].

Entre estos colectivos perjudicados, como se acaba de indicar, se encuentran todas aquellas personas, habitualmente jóvenes, que durante periodos más o menos extensos de tiempo realizan estancias prácticas no laborales en el entorno profesional. En esta dirección, no cabe duda que los períodos de actividad laboral de los jóvenes se han visto reducidos notablemente en los últimos años, al tiempo que se han prolongado los años de formación y de estudios. En otras palabras, el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones[4].

Esta falta de una protección social adecuada de quienes realizaban estancias prácticas no laborales en el entorno profesional puso de manifiesto la necesidad de una intervención de los poderes públicos en esta materia con el fin de dotar a este colectivo o al menos a una parte del mismo de una mayor protección social. En este contexto, se aprobó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (en adelante, Ley 27/2011), que establecía en su Preámbulo "la necesidad de ampliar la cobertura social a colectivos que, en la actualidad, están excluidos de la misma". Entre estos colectivos, el citado Preámbulo incluyó a las personas que participaban en programas de formación, financiados por organismos o entidades públicas o privadas que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, llevaran consigo contraprestación económica para los afectados.

En desarrollo de esta previsión, la Ley 27/2011 incorporó una disposición adicional tercera (en adelante, DA 3ª), en la que, bajo la rúbrica de "Seguridad Social de las personas que participan en programas de formación", se contemplaba la siguiente previsión: "El Gobierno, en el plazo de tres

[3] Vid. De La Puebla Pinilla, A.: "La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la Seguridad Social y otras novedades de la Ley 27/2011 (El convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresas)", VVAA.: *La reforma de la Seguridad Social 2011*, García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (Dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 327.

[4] Vid. De La Puebla Pinilla, A.: "La lenta inclusión de los becarios…" cit. p. 328. Vid. también, Monereo Pérez, J.L. y López Insúa, B.: "La eterna discusión acerca de la promoción del acceso al mercado de trabajo de los jóvenes "versus" retraso en la edad de jubilación de los mayores", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022.

meses a partir de la publicación de la presente Ley y en base a las previsiones contenidas en el art. 97.2.m) de la Ley General de la Seguridad Social y en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente, establecerá los mecanismos de inclusión en la misma de los participantes en programas de formación financiados por organismos o entidades públicos o privados, que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, conlleven contraprestación económica para los afectados, siempre que, en razón de la realización de dichos programas, y conforme a las disposiciones en vigor, no viniesen obligados a estar de alta en el respectivo Régimen de la Seguridad Social".

El Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (en adelante, Real Decreto 1493/2011), como su propio nombre indica, vino a dar cumplimiento a este mandato. A tal efecto, el art. 1 de dicha norma, bajo la rúbrica de "asimilación a trabajadores por cuenta ajena", estableció que "quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de Seguridad Social".

De las distintas posibilidades existentes en nuestro ordenamiento jurídico para dotar de protección social a los participantes en programas de formación, el Real Decreto 1493/2011 optó por su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS) y no por la creación de un Régimen Especial de Seguridad Social específico para este colectivo. Una vez se optó por no crear un Régimen Especial para los participantes en programas de formación, sino por incluirlos en el RGSS, aún resultaban posibles dos vías distintas para llevar a cabo este propósito, las cuales se encuentran recogidas en el art. 7 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), a saber: su inclusión entre los trabajadores por cuenta ajena o su consideración como asimilados a los mismos. Pues bien, dicha norma optó por considerar a los participantes en programas de formación como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena[5].

El Real Decreto 1493/2011 no se limitó a prever la incorporación en el RGSS de los participantes en programas de formación como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, sino que además fijó el régimen jurídico con que debía tener lugar esta inclusión. Ello es posible porque una vez prevista la incorporación de un colectivo en el RGSS como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, le corresponde a la norma en la que se dispone la asimilación, en este caso, el Real Decreto 1493/2011, el establecimiento de las peculiaridades con las que debe llevarse a cabo dicha incorporación, las cuales pueden afectar tanto a las obligaciones de afiliación, alta y cotización, como al régimen de prestaciones.

En este contexto, sin embargo, se aprobó el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y

[5] Sobre la técnica de asimilación vid. Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2022. A tal efecto, se indica que con la denominada "técnica de asimilación" un sujeto que no tiene la condición de sujeto protegido y perteneciente a una determinada actividad profesional se integra, en los términos y condiciones que la norma de asimilación especifique, en el Régimen General, asumiendo desde entonces la cualidad de sujeto protegido.

de empleo (en adelante, Real Decreto-Ley 28/2018) [6], cuya disposición adicional quinta (en adelante, DA 5ª), bajo la rúbrica de "Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas", contenía la previsión de que "la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación, la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen las prácticas indicadas, aunque no tengan carácter remunerado". A lo que se añadía que "las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden las realizadas tanto por alumnos universitarios de titulaciones oficiales de grado y máster como por alumnos de formación profesional de grado medio o superior". Por lo demás, la inclusión en el sistema de Seguridad Social se llevaba a cabo, una vez más, mediante la asimilación de los estudiantes en prácticas a los trabajadores por cuenta ajena.

Como puede observarse, la principal novedad que establecía el Real Decreto-ley 28/2018 consistía en que la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los alumnos en prácticas, a diferencia de lo previsto por el Real Decreto 1493/2011, se llevaba a cabo con independencia de que las mismas fueran o no remuneradas. La efectividad de esta previsión, sin embargo, se hacía depender de la aprobación del desarrollo reglamentario previsto en la propia norma, que debía llevarse a cabo en un plazo de tres meses desde su entrada en vigor. Pues bien, trascurridos más de cuatro años desde la aprobación del Real Decreto-Ley 28/2018 y, probablemente, como consecuencia de las presiones ejercidas por los responsables educativos, temerosos de no encontrar suficientes entidades colaboradoras que quisieran acoger estudiantes en prácticas si tenían que asumir algún coste económico, no se había procedido a desarrollar lo previsto en esta disposición ni a adecuar a la misma las normas reglamentarias sobre la materia, de modo que la misma había quedado en papel mojado, habiéndose seguido aplicando durante todo este tiempo lo previsto en el citado Real Decreto 1493/2011, que restringía su ámbito de aplicación únicamente a las prácticas no laborales que tuvieran carácter retribuido, mientras que quienes realizaban prácticas laborales no retribuidas, en el mejor de los casos, seguían recibiendo únicamente la cobertura, a todas luces insuficiente, que dispensa el seguro escolar o, en su caso, de los seguros de accidentes de trabajo y responsabilidad civil que pudieran suscribirse al efecto.

Este es el contexto en el que se aprueba el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (en adelante, Real Decreto-Ley 2/2023) que, mediante el apartado treinta y cuatro de su artículo único, añade una disposición adicional quincuagésima segunda (en adelante, DA 52ª) al TRLGSS, en la que se procede a introducir una nueva regulación de la "inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación", si bien, la entrada en vigor de la misma se pospone hasta el 1 de octubre de 2023 (disposición final décima (en adelante, DF 10ª) Real Decreto-Ley 2/2023).

Con un carácter altamente pedagógico, en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 2/2023, aunque sea para justificar el recurso, una vez más, a la figura del Real Decreto-Ley, se indica que "la urgente y extraordinaria necesidad de introducir la disposición adicional quincuagésima segunda, que amplia y mejora la regulación de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, dada por la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 28/2018 (…), se justifica por el incumplimiento de lo establecido en el apartado 6 de dicha disposición adicional, unida a los

[6] Un análisis de dicha norma en Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: "El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 52, 2019, pp. 357 y ss.

problemas de aplicación que la misma ha generado". De forma consecuente con ello, el apartado segundo la disposición derogatoria del Real Decreto-Ley 2/2023 deroga la citada DA 5ª Real Decreto-Ley 28/2018.

Una vez más, de las distintas posibilidades existentes en nuestro ordenamiento jurídico para dotar de protección social a los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación (en adelante, alumnos en prácticas), el Real Decreto-Ley 2/2023 ha optado por su inclusión en el RGSS, excluidos los sistemas especiales del mismo, y no por la creación de un Régimen Especial de Seguridad Social específico para este colectivo (apartado 2 DA 52ª TRLGSS), si bien, se exceptúa de esta regla general el supuesto en que la práctica o formación se realice a bordo de embarcaciones, en cuyo caso la inclusión se producirá en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

El recurso a la creación de un Régimen Especial para amparar la situación de desprotección en la que se encuentran quienes realizan prácticas no laborales no hubiera constituido una novedad, sino que la creación de regímenes especiales ha sido una de las vías tradicionalmente más utilizadas para la expansión de la Seguridad Social. Sin embargo, desde ya hace algunos años, la tendencia es precisamente la contraria, siendo un objetivo a lograr la unidad y la homogeneidad del sistema de Seguridad Social[7]. En consecuencia, la creación de un Régimen Especial de los alumnos en prácticas no parecería tener encaje en esta tendencia actual de nuestro sistema de Seguridad Social.

Pero, además, tampoco nos parece que la actividad desarrollada por los alumnos en prácticas satisfaga las exigencias del art. 10 TRLGSS, es decir, que se trate de actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, sea necesaria la creación de un Régimen Especial para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Por el contrario, la actividad desarrollada por los alumnos en prácticas no comporta unas especificidades tan relevantes en cuanto al tiempo, lugar o índole de sus procesos productivos que justifiquen la creación de un Régimen Especial. Si nos atenemos a los demás Regímenes Especiales actualmente existentes, todos ellos contemplan actividades que sin duda justifican en mayor medida la constitución de un Régimen Especial.

Asimismo, de las dos vías existentes para llevar a cabo la referida inclusión en el RGSS previstas en los arts. 7.1.a) y 136 del TRLGSS, a saber: la inclusión entre los trabajadores por cuenta ajena o la consideración como asimilados a los mismos, una vez más el Real Decreto-Ley 2/2023 opta por esta segunda opción, no en vano, de conformidad con la concepción tradicional de no considerar como laboral la actividad desarrollada por los alumnos en prácticas, los mismos no son considerados en ningún caso como trabajadores por cuenta ajena en los términos previstos en el art. 1 ET, sino que únicamente se procede a asimilarlos a los mismos. En consecuencia, el Real Decreto-Ley 2/2023 no incide en modo alguno en la naturaleza jurídica de la prestación de servicios desarrollada por los alumnos en prácticas que en ningún caso pasan a ser considerados como trabajadores por cuenta ajena del art. 1.1 ET, sino que conservan su misma naturaleza extralaboral anterior.

El Real Decreto-Ley 2/2023 ha hecho uso en este punto de la posibilidad prevista en el art. 136.2 q) TRLGSS, que habilita al Gobierno para incorporar, por vía de Real Decreto, como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, a todos los colectivos que estime oportunos por razón de su actividad. Es decir, dicho precepto habilita al Gobierno para que junto a la lista de trabajadores por cuenta ajena por asimilación que se recogen expresamente en el art. 136 TRLGSS, pueda incorporar

[7] En esta dirección, Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S.: "La incorporación al régimen general como asimilado a trabajador por cuenta ajena. Especial referencia a los becarios", VVAA.: *Estudios de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Vicente Palacio, M.A. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2021, p. 296, consideran que la creación de un régimen especial para estos supuestos "perjudicaría la meta de simplificación del sistema". Vid. también, Fernández Orrico, F.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación y otras figuras cercanas", *Información Laboral*, nº 9, 2022, p. 8.

otros colectivos, entre los cuales ahora se incorporan los alumnos en prácticas. No se ha hecho uso, por el contrario, de la posibilidad de modificar directamente por vía legislativa el art. 136.2 TRLGSS, incluyendo de forma expresa a los alumnos en prácticas entre los colectivos asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, como si sucede con otros colectivos.

Para evitar lo que había sucedido con el Real Decreto-Ley 28/2018, que no se había llegado a implementar por la falta del desarrollo reglamentario previsto en dicha norma, el Real Decreto-Ley 2/2023 no se ha limitado a prever la incorporación en el RGSS de los alumnos en prácticas, sino que, además, fija el íntegro régimen jurídico con el que debe tener lugar esta inclusión, lo que le convierte en una norma plenamente aplicable en lo sustancial, sin necesidad de desarrollo reglamentario[8].

Como ya se ha indicado, la fijación de este régimen específico es posible porque una vez prevista la incorporación de un colectivo en el RGSS como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, se habilita a la norma en la que se dispone la asimilación, en nuestro caso, el Real Decreto-Ley 2/2023, para que pueda establecer las peculiaridades con las que debe llevarse a cabo dicha incorporación, las cuales pueden afectar tanto a las obligaciones de afiliación, alta y cotización, como al régimen de prestaciones. Con este fin, el Real Decreto-Ley 2/2023 ha procedido a regular todos estos aspectos, distinguiendo para ello entre el carácter remunerado o no de las prácticas formativas o académicas externas.

2. EL ALCANCE DE LA INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICAS

2.1. Campo de aplicación. Ámbito subjetivo de la inclusión en el Régimen General

Una de las cuestiones más litigiosas que planteó la aprobación del Real Decreto 1493/2011 fue la delimitación del ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS de los participantes en programas de formación que dicha norma contemplaba. En este punto, el art. 1 de dicha norma circunscribió el campo de aplicación de esta inclusión en el RGSS a "quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la seguridad social".

La inclusión de los participantes en programas de formación en el RGSS como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena se hacía depender, por tanto, del cumplimiento de las siguientes exigencias: a) tenía que tratarse de programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados; b) los programas de formación debían estar vinculados a estudios universitarios o de formación profesional; c) los programas no podían tener un carácter exclusivamente lectivo sino que debían incluir la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades; d) los programas debían conllevar una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que fuera el concepto o la forma en que se percibiera; y, finalmente, d) los programas no debían dar lugar a una relación laboral que determinara su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social[9].

[8] De la misma opinión, vid. Camas Rodas, F.: "Prácticas formativas no laborales e inclusión en el sistema de Seguridad Social". En *El Diario de Ferran Camas*, 22 de marzo de 2023. Este documento puede consultarse en: https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/practicas-formativas-no-laborales-e-inclusion-en/ia568, que mantiene que "la norma que regula la inclusión de las prácticas formativas no laborales en la Seguridad Social será eficaz sin necesidad de desarrollo reglamentario".

[9] Un análisis de esta cuestión en Moreno Gené, J.: "La Seguridad Social de los participantes en programas de formación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 345, 2011, pp. 14 a 24. Vid. también, Hernández Martínez, M.: "Inclusión en la Seguridad Social de los becarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 837, 2012 y

En definitiva, eran precisamente estas exigencias, especialmente, que se desarrollara una actividad práctica en una empresa, institución o entidad y que se recibiera una contraprestación económica por ello, las que aproximan la situación en la que se encontraban los participantes en estos programas de formación vinculados a estudios universitarios o de formación profesional con la propia de los trabajadores por cuenta ajena definidos en el art. 1.1 ET y las que justificaban en última instancia que se hubiera decidido asimilar a este colectivo con los trabajadores por cuenta ajena a los efectos de su inclusión en el RGSS. En otros términos, pese a considerarse que la actividad que desarrollan los participantes en estos programas no constituía en ningún caso una actividad laboral, sí que se consideraba que las prácticas desarrolladas eran muy importantes para su formación y posterior incorporación en el mercado laboral, así como también, que las mismas eran extensas y relativamente productivas desde el punto de vista económico y, por tanto, merecedoras de una protección social superior a la dispensada hasta el momento[10].

Entre los principales programas de formación en los que el Real Decreto 1493/2011 desplegaba sus efectos, siempre que se cumplieran el conjunto de requisitos exigidos por esta norma, en especial, que no tuvieran un carácter exclusivamente lectivo y la percepción de una contraprestación económica por parte de los participantes en el programa, se incluían, las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los estudiantes de formación profesional, con las que se pretende completar su formación[11] y las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, con las que también se persigue que los mismos puedan combinar los conocimientos más teóricos adquiridos en la universidad con los de un mayor contenido práctico que puedan adquirir en el entorno profesional[12].

El Real Decreto-Ley 2/2023 viene a simplificar en gran medida la delimitación del ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS de los alumnos en prácticas que dicha norma contempla. A tal efecto, el apartado primero de la DA 52ª TRLGSS lleva a cabo una primera delimitación genérica de su ámbito de aplicación, en virtud de la cual "la realización de prácticas formativas en empresas o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria determinará la inclusión en el sistema de Seguridad Social de las personas que las realicen".

Tras lo cual, el mismo apartado primero de la DA 52ª TRLGSS lleva a cabo una delimitación más específica, en virtud de la cual, se indica de forma expresa que "las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden":

Luque Parra, M. y Calzada i Oliveras, E.: "Seguridad Social de universitarios en prácticas: estado de la cuestión", *Aranzadi Social*, nº 10, 2012.

[10] Como indican Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: "El régimen jurídico…" cit. p. 366, "de esta manera, se logra el reconocimiento de derechos de protección social, típicos del trabajador asalariado, a aquellas personas que vengan a realizar prácticas formativas en empresas en el marco de un programa de formación". Vid. también, De Val Tena, A.L.: "Trabajo en prácticas y prácticas no laborales", *Documentación Laboral*, nº 104, 2015, p. 97.

[11] Vid. De La Puebla Pinilla, A.: "Problemas prácticos de las prácticas no laborales en empresas", VVAA.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, R. (Dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 222; Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P.: "La formación dual en España inspirada en el modelo alemán: análisis del Real Decreto 1529/2011, de 8 de noviembre", *Actualidad Laboral*, nº 1, 2014, p. 27; Mercader Uguina, J.R.: "Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España", *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 1, 2014, p. 96 y Duque González, M.: "Análisis actual de la normativa de becarios, formación práctica y contratación de jóvenes", *Información Laboral*, nº 2, 2014. Vid. ampliamente sobre esta cuestión, Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Barcelona, Atelier, 2015, pp. 164 a 166.

[12] Un amplio comentario de la cuestión en Moreno Gené, J. "La inclusión "definitiva" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 374, 2014, pp. 179 y ss. y Álvarez Cortés, J.C.: "La "re-inclusión" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Temas Laborales*, nº 122, 2013. Vid también, Moreno Gené, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

a) Las realizadas por los alumnos universitarios de grado, máster, doctorado, así como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.

b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en régimen de formación profesional intensiva.

No cabe duda que, en línea con lo previsto por el Real Decreto-Ley 28/2018, se ha ampliado notablemente el ámbito de aplicación de esta inclusión en el RGSS respecto a lo previsto en el Real Decreto 1493/2011, puesto que la misma alcanzará a todos los alumnos universitarios y de formación profesional en prácticas a los que se refiere dicha norma con independencia de que las mismas sean remuneradas o no, lo cual debe valorarse como un importante avance en materia social[13]. Aunque se pueden plantear dudas sobre la conveniencia o no de que se sigan admitiendo prácticas no remuneradas, lo cierto es que actualmente las mismas existen, y mientras ello suceda, debe garantizarse un nivel de protección social adecuado para ellas[14].

Por lo que respecta a las prácticas realizadas por alumnos universitarios, la delimitación que lleva a cabo el Real Decreto-Ley 2/2023 es amplísima y viene a recoger todas las prácticas no laborales de los alumnos universitarios previstas y reguladas por el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (en adelante, Real Decreto 592/2014). A tal efecto, el art. 2 de esta norma define a las prácticas académicas externas como "una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento".

Por su parte, el art. 4 del Real Decreto 592/2014, bajo la rúbrica de "modalidades de prácticas académicas externas", contempla dos supuestos distintos de prácticas, a saber, las curriculares y las extracurriculares. Dentro de la primera modalidad se engloban aquellas prácticas que se configuran como actividades académicas integrantes o vinculadas con el Plan de Estudios de que se trate y, que, por lo tanto, se ven reconocidas en créditos en el ámbito del currículo de las enseñanzas. La segunda modalidad de prácticas académicas externas prevista en el Real Decreto 592/2014, es decir, las prácticas extracurriculares, como su propio nombre indica, son aquellas que no forman parte del plan de estudios de la titulación que se encuentra cursando el estudiante. A tal efecto, el art. 4 b) de la citada norma define a esta modalidad de prácticas como "aquellas que los estudiantes podrán realizar

[13] Ya en relación con el Real Decreto-Ley 28/2018, Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: "El régimen jurídico…" cit. p. 378, indicaban que esta medida "era un verdadero acierto desde la perspectiva social". En la misma dirección, Ortega Lozano, P.: "Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 267 y 268, consideraba que la ampliación de la protección social a las prácticas no laborales no remuneradas debía darse por varios motivos: "primero y principal, para erradicar el fraude y el trabajo precario; en segundo lugar: por una cuestión de lógica empresarial. Es decir: cuando la empresa o empresario tiene un coste económico en la propia formación del alumno (…) es un indicio suficiente de que la empresa necesita contratar a jóvenes preparados, y si ha elegido a ese alumno, piensa que puede ser un activo valioso en el futuro por lo que le va a dar una correcta formación a ese alumno en prácticas". Igualmente, Pérez Hernández, M.M.: "Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022, p. 186, proponía "una ampliación del campo de protección de los "becarios", con una mayor integración en la Seguridad Social, para todos los tipos de prácticas "no laborales", ya se reciba o no contraprestación económica por ello.

[14] Sobre la conveniencia de remuneración de todas las prácticas no laborales vid. Moreno Gené, J.: "Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social", VVAA.: *Empleo juvenil*, Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 290 y ss.

con carácter voluntario durante su período de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente plan de estudios (…)".

Pues bien, tras la aprobación del Real Decreto-Ley 2/2023, a las prácticas académicas externas de los alumnos universitarios les serán de aplicación las disposiciones previstas en esta norma, ya se trate de prácticas dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como de las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto[15].

Por lo que respecta a las prácticas realizadas por los alumnos de formación profesional, la delimitación que lleva a cabo el Real Decreto-Ley 2/2023 también es muy amplia, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (en adelante, Ley Orgánica 3/2022), ha procedido a unificar en un solo Sistema la formación profesional reglada y la formación profesional para el empleo. A tal efecto, de conformidad con el art. 28 de dicha norma, la tipología de las ofertas del Sistema de Formación Profesional está organizada, de manera secuencial, en los siguientes grados: a) Grado A: Acreditación parcial de competencia; b) Grado B: Certificado de competencia; c) Grado C: Certificado profesional; d) Grado D: Ciclo formativo; y, finalmente, e) Grado E: Curso de especialización[16].

En todo caso, en el apartado primero de la DA 52ª TRLGSS se exceptúan del campo de aplicación de esta norma aquellas prácticas que se presten en régimen de formación profesional intensiva.

En este punto, cabe tener en cuenta que el Capítulo II de la Ley Orgánica 3/2022, prevé un doble régimen de la oferta de formación profesional. A tal efecto, el art. 65 de dicha norma establece que "1. Todas las ofertas de formación profesional de Grado C, D y, en su caso, E conducentes a la expedición de un Certificado Profesional, un Título de Formación Profesional, un Título de Especialista o un Máster de Formación Profesional, se efectuarán, con carácter dual, bajo uno de los dos regímenes de oferta, bien general, bien intensiva (…)"

Por un lado, el art. 66 de la Ley Orgánica 3/2022, establece que las ofertas de formación profesional se entenderán hechas en régimen general, siempre con carácter dual, cuando en ellas concurran, cumulativamente, diferentes características, entre las que cabe destacar la "inexistencia de contrato de formación en la empresa". Y, por otro lado, el art. 67 de la Ley 3/2022 indica que la formación profesional intensiva se corresponde con la formación profesional que se realiza alternando la formación en el centro de formación profesional o en la empresa u organismo equiparado con la actividad productiva, y retribuida "en el marco de un contrato de formación".

Como puede observarse, la principal distinción entre la formación profesional en régimen general y la formación profesional intensiva consiste en que, mientras que, en la primera, las prácticas se llevan a cabo sin la formalización de un contrato de trabajo con la empresa, en la segunda, sí se formaliza un contrato de trabajo en la modalidad de contrato en formación. Ello justifica, por tanto, que las prácticas realizadas por los alumnos en el régimen de formación profesional intensiva

[15] Ya con el Real Decreto 1493/2011 se hacía una interpretación extensiva que permitía incorporar también a los estudiantes universitarios matriculados en títulos propios, Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S.: "La incorporación al régimen general…" cit. pág. 318. Vid. también, Rodríguez Escanciano, S.: "Las especialidades de Seguridad Social de las actividades fronterizas", VVAA.: *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Madrid, Cinca, 2016.

[16] Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A.: "El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 63, 2022, p. 70, consideran, al respecto, que "cabe entender que los tres primeros grados serían los propios de la formación no reglada o para el empleo (para mayores de 16 años), mientras que los Grados D y E conformarían la formación profesional reglada en sentido estricto (dentro del sistema educativo)". Vid. también, Camas Roda, F.: "La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral", *Trabajo y Derecho*, nº 94, 2022.

queden excluidas del campo de aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023, no en vano, en este supuesto, ya nos encontramos ante trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el RGSS. Por el contrario, en la formación profesional dual en régimen general, sí nos encontramos ante prácticas no laborales, susceptibles de quedar amparadas por lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 2/2023.

Siendo plenamente justificada la exclusión del campo de aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023 de las prácticas realizadas por alumnos de formación profesional que se presten en el régimen de formación profesional intensiva, resulta extraño que esta misma previsión no se haya contemplado de forma expresa también en relación con las prácticas de los alumnos universitarios que se desarrollen en el marco de la formación dual universitaria, puesto que en estos supuestos, los alumnos también pueden suscribir un contrato en formación en alternancia con la entidad y/o empresa en la que desarrollan sus prácticas (art. 11.2 ET)[17].

A pesar de que las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los estudiantes de formación profesional y de los estudiantes universitarios eran los principales supuestos incluidos y, por tanto, amparados en la protección social dispensada por el Real Decreto 1493/2011, el ambiguo redactado de dicha norma ha dado cabida también a otras muchas modalidades de prácticas formativas que normalmente se canalizan mediante la convocatoria de ayudas de estudios o becas por parte de administraciones, empresas y otras entidades, que también comportan la realización de prácticas formativas más o menos vinculadas a estudios universitarios o de formación profesional a cambio de una contraprestación económica para los beneficiarios de las mismas[18].

La delimitación actual del campo de aplicación de la inclusión en el RGSS que se recoge en la DA 52ª TRLGSS parece limitarse exclusivamente a las prácticas realizadas por los alumnos universitarios y por los alumnos de formación profesional que se señalan de forma expresa en dicha norma, sin que sea posible dar cabida a otras prácticas no laborales distintas a estas. Pese a ello, no faltan interpretaciones más flexibles que se apartan de la literalidad de la norma y consideran que el verbo "comprender" que se contiene en el apartado primero de la DA 52ª TRLGSS, "tiene un carácter inclusivo, pero no excluyente en el sentido de que las prácticas formativas no laborales universitarias y de formación profesional sean únicamente las señaladas por el precepto para ser objeto de inclusión en el sistema de Seguridad Social"[19].

Tras la aprobación del Real Decreto 1493/2011 también se planteó la cuestión de si esta norma debía amparar únicamente a los alumnos que realizaran prácticas no laborales en el entorno profesional o si, por el contrario, también podía amparar a titulados recientes que también se encontraran realizando las referidas prácticas[20]. A tal efecto, el principal problema interpretativo se planteaba en la interpretación que debía darse a la exigencia de que los programas formativos estuvieran vinculados a estudios universitarios y de formación profesional, en concreto, si de ello se desprendía que debía

[17] Sobre esta posibilidad vid. Moreno Gené, J.: "El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, nº 1, 2021.

[18] En esta dirección, Pérez Hernández, M.M.: "Actuaciones de la Inspección de Trabajo…" cit. p. 184, indica que "la "vinculación a estudios universitarios o de formación profesional" hay que entenderla en sentido amplio, y no necesariamente dirigidos a la obtención de los correspondientes títulos académicos".

[19] Vid. Camas Rodas, F.: "Prácticas formativas…" cit. A tal efecto, el autor considera que también quedarían incluidas, al margen de estos ámbitos educativos, las prácticas formativas no laborales que se realizan en el marco de la formación para el empleo o para el trabajo, u otra tipología de prácticas formativas aunque no tengan cobertura reglamentaria. En apoyo de esta afirmación, el autor acude a la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 2/2023, de la que deduce que "las prácticas formativas son de diversa tipología, muchas de ellas reguladas, y otras no reguladas pero toleradas. Dentro de esta galaxia de prácticas, se incluyen determinadas realizadas en el ámbito universitario y de formación profesional. Leyendo la Exposición de motivos, parecería que todas ellas, las últimas y las primeras referenciadas en este párrafo, se incluirían en el sistema de Seguridad Social".

[20] Vid. Arrieta Idiakez, F.J.: "Las últimas reformas en materia de becas de trabajo", *Actualidad Laboral,* nº 3, 2013, p. 343.

tratarse de estudiantes que estuvieran cursando estudios universitarios o de formación profesional o podría comprender, también, los supuestos de titulados universitarios o de formación profesional recientes. Poco a poco, sin embargo, se fue imponiendo la segunda de las interpretaciones posibles, es decir, la que aboga por considerar que el requisito de "vinculación a estudios universitarios o de formación profesional" comprendía tanto la formación dirigida a la obtención del título como el hecho de estar en posesión del mismo. En este punto, debe tenerse en cuenta, además, lo previsto por el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas (en adelante, Real Decreto 1543/2011), el cual, a las pocas semanas de la entrada en vigor del Real Decreto 1493/2011, procedió a extender los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social previstos en esta norma a los participantes en prácticas no laborales contemplados en su ámbito de aplicación que se dirigen, entre otros, a titulados universitarios y de formación profesional[21].

Los términos taxativos con que se pronuncia ahora la DA 52ª TRLGSS, al referirse de forma expresa a los "alumnos universitarios" y a los "alumnos de formación profesional", parecen excluir la aplicación de este precepto a cualquier otro tipo de prácticas que puedan desarrollar aquellas personas que ya se encuentren en posesión de la titulación universitaria y/o de formación profesional correspondiente, sin perjuicio de que aún pueda resultar válida para estos supuestos la remisión expresa que el Real Decreto 1543/2011 efectúa a los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social previstos por el Real Decreto 1493/2011.

Sin lugar a dudas, en este punto se pone de manifiesto el desajuste que ha supuesto la aprobación del Real Decreto-Ley 2/2023, sin que, al mismo tiempo, se haya aprobado un "Estatuto del Becario", que venga a ordenar y clarificar la amalgama de prácticas no laborales actualmente existentes[22].

2.2. Actos de encuadramiento de los alumnos en prácticas.

El apartado 4 de la DA 52ª TRLGSS regula los actos de encuadramiento (afiliación, altas y bajas), distinguiendo al respecto según se trate de prácticas formativas remuneradas o no remuneradas.

Cuando se trata de prácticas formativas remuneradas se prevé que el cumplimiento de dichas obligaciones corresponderá a la entidad u organismo que financie el programa de formación, que asumirá a estos efectos la condición de empresario. A tal efecto, se indica que, si el programa de formación se encuentra cofinanciado por dos o más entidades u organismos, tendrá la condición de empresario aquel al que corresponda hacer efectiva la respectiva contraprestación económica. Por lo demás, se establece que las altas y las bajas en la Seguridad Social se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación.

Si se trata de prácticas formativas no remuneradas, se prevé que el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social corresponde a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen las prácticas, salvo que en el convenio o acuerdo de cooperación que, en su caso, se suscriba para su realización se disponga que tales obligaciones corresponderán al centro de formación responsable de la oferta formativa. En este caso, quien asuma la condición de empresario deberá comunicar los días efectivos de las prácticas a partir de la información que facilite el centro donde realice la práctica formativa.

---

[21] Rodríguez Cardo, I.A.: "La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 99, 2012, p. 75, mantiene al respecto que "es dudoso que las personas que desarrollan prácticas no laborales al amparado del RD 1543/2011 estuvieran comprendidas formalmente en el ámbito subjetivo definido por el art. 1 RD 1493/2011 en ausencia de una remisión expresa". Sobre esta inclusión expresa vid. Mella Méndez, L.: "Las prácticas no laborales en empresas para jóvenes titulados: un estudio de su régimen jurídico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 36, 2014 y Moreno Gené, J.: "La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿un sucedáneo de contrato en prácticas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 347, 2012.

[22] Pérez Hernández, M.M.: "Actuaciones de la Inspección de Trabajo…" cit. p. 177, se refiere al "marasmo legislativo".

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 15 y 16 y 139 TRLGSS, los sujetos responsables del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social que se acaban de identificar, ya sea para las prácticas formativas remuneradas como para las no remuneradas, estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de Seguridad Social de los alumnos en prácticas –en el caso de que no lo estuvieran-, así como comunicar el inicio y, en su caso, la finalización de las prácticas formativas, para que dichos alumnos en prácticas sean dados respectivamente de alta y de baja en el RGSS. Recuérdese, sin embargo, lo dispuesto por la DF 10ª Real Decreto-Ley 2/2023, que pospone la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS hasta el 1 de octubre de 2023 y, por tanto, hasta esta fecha los correspondientes sujetos responsables no tendrán la obligación de cumplir con las obligaciones de Seguridad Social impuestas por esta norma.

En el caso de que el sujeto responsable en cada supuesto incumpla estas obligaciones, el propio alumno en prácticas podrá instar su afiliación, alta y baja, directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social (art. 16.3 y 139.2 TLGSS), todo ello, lógicamente, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que el sujeto responsable haya incurrido como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Finalmente, el organismo competente de la Administración de la Seguridad Social también podrá efectuar tales actos de oficio, cuando a raíz de los datos de que dispongan, de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones (art. 16.4 y 139.2 TLGSS).

Con esta declaración expresa en torno al sujeto responsable de los actos de afiliación, alta y baja de los alumnos en prácticas se delimitan de forma expresa las responsabilidades en materia de Seguridad Social, que corresponderán, en el supuesto de las prácticas formativas remuneradas, exclusivamente a la entidad u organismo que financie el programa de formación y no a la entidad u organismo que sea responsable de la oferta formativa. Nada obstaba *a priori* para que se hubiera optado por atribuir la condición de empresario a las entidades u organismos encargados responsables de la oferta formativa, pero esta solución, aún admisible, hubiera tenido el inconveniente de conllevar obligaciones de índole económica (la cotización a la Seguridad Social) a quien no asume otros aspectos igualmente económicos (la financiación de los programas de formación, incluyendo la satisfacción de las contraprestaciones debidas a los participantes). Este criterio se asemeja al régimen previsto para los trabajadores por cuenta ajena, no en vano, en estos supuestos el empresario que abona el salario es también quien asume los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social. Esta vinculación entre la asunción de las obligaciones económicas derivadas del programa de formación y la asunción de las obligaciones en materia de Seguridad Social se pone también de manifiesto en los supuestos en que el programa esté cofinanciado por dos o más entidades u organismos, no en vano, como ya se ha indicado, se considera que en estos supuestos la condición de empresario la asumirá aquel al que corresponda hacer efectiva la respectiva contraprestación económica.

Ello justifica, a su vez, que en las prácticas formativas no remuneradas se prevea que las obligaciones de Seguridad Social corresponderán a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen, pero que, al mismo tiempo, se admita que por convenio o acuerdo de cooperación se pueda disponer que tales obligaciones correspondan al centro de formación responsable de la oferta formativa, puesto que, en estos supuestos no se plantea el inconveniente indicado de imponer obligaciones de índole económica (la cotización a la Seguridad Social) a quien no asume otros aspectos igualmente económicos (la financiación de los programas de formación, incluyendo la satisfacción de las contraprestaciones debidas a los participantes), puesto que en este supuesto, dichas obligaciones son inexistentes.

Para dar cumplimiento a las obligaciones en materia de Seguridad Social que corresponden en cada caso a la entidad designada como responsable, el apartado 4 de la DA 52ª TRLGSS prevé que la misma solicite a la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) la asignación

de un código de cuenta de cotización específico para el colectivo de los alumnos en prácticas. En consecuencia, además del número de inscripción único que corresponde a la entidad responsable, que opera como principal código de cuenta de cotización, deberá solicitar un código de cuenta de cotización específico para el colectivo de los alumnos en prácticas. Esta previsión es totalmente coherente con las previsiones sobre cotización que se contienen en los apartados 5 y 6 de la DA 52ª TRLGSS, que no se basa en las reglas generales de cotización, sino en reglas específicas. A tal efecto, en la cotización prevista para el contrato de formación en alternancia, que igualmente se basa en reglas específicas, también se prevé un código de cuenta de cotización específico.

El apartado 4 de la DA 52ª TRLGSS precisa el momento en que deben ser cumplimentadas las obligaciones de alta y baja, estableciendo al respecto que "las altas y las bajas en la Seguridad Social se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación" y que "las altas y las bajas en la Seguridad Social se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación salvo las excepciones previstas en la presente norma, efectuándose el alta al inicio de las prácticas formativas y la baja a la finalización de estas".

En consecuencia, deberá acudirse a lo dispuesto por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, salvo las excepciones previstas en la propia DA 52ª TRLGSS. A tal efecto, cabe destacar que como especificidad por lo que respecta al cumplimiento de estas obligaciones de afiliación, altas y bajas, el apartado cuarto de la DA 52ª TRLGSS establece que el plazo para comunicar a la TGSS el alta y la baja de los alumnos en prácticas será de diez días naturales desde el inicio o finalización de las prácticas.

Asimismo, nada se establece en la norma en relación con aquellos alumnos que en el momento de la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS Real Decreto-Ley 2/2023 ya se encontraban en prácticas. En este punto, cabe recordar que, si se trata de prácticas remuneradas, los mismos ya se vendrían rigiendo por lo dispuesto por el Real Decreto 1493/2011, pasando a regirse por la nueva regulación a partir de ese momento. Por el contrario, si se trata de prácticas no remuneradas, hasta el momento de la entrada en vigor de lo preceptuado por el art. 34 del Real Decreto-Ley 2/2023, no habría obligación de cotizar por las mismas, iniciándose dicha obligación únicamente a partir de la entrada en vigor de la referida DA 52ª TRLGSS.

2.3. La cotización de los alumnos en prácticas: sujetos, objeto y dinámica de la obligación de cotizar

Los apartados 5, 6 y 7 de la DA 52ª TRLGSS regulan la materia de la cotización de los alumnos en prácticas, identificándose los sujetos, el objeto y la dinámica de la obligación de cotizar, para lo que se establecen unas normas comunes para todas las prácticas formativas previstas en la norma y otras específicas en función del carácter remunerado o no remunerado de las mismas. Veamos cómo se organizan, a través de estas previsiones, los sujetos, el objeto y la dinámica de la obligación de cotizar.

2.3.1. Sujetos obligados y responsables de la cotización.

Entre las previsiones comunes a las prácticas remuneradas y no remuneradas se encuentra la relativa a la identificación de los sujetos obligados y responsables de la cotización. A tal efecto, la letra c) del apartado 5 de la DA 52ª TRLGSS establece que "la entidad que asuma la condición de empresa a efectos de las obligaciones con la Seguridad Social, conforme a lo establecido en las letras a) y b) del apartado 4, adquiere la condición de sujeto obligado y responsable del ingreso de la totalidad de las cuotas".

En consecuencia, también de conformidad con las reglas comunes del RGSS, podemos distinguir entre los sujetos obligados y los sujetos responsables de la cotización de los alumnos en

prácticas a los que se refiere la DA 52ª TRLGSS. A tal efecto, en las prácticas formativas remuneradas serán sujetos obligados a cotizar los alumnos en prácticas y la entidad u organismo que financie el programa de formación y, en su caso, cuando se trate de programas cofinanciados, la entidad u organismo que haga efectiva la contraprestación económica correspondiente, y único sujeto responsable de la cotización, la entidad u organismo que financia el programa de formación y, en su caso, que abona la contraprestación económica correspondiente, que será responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las del alumno en prácticas en su totalidad. Con esta finalidad, la entidad u organismo que financia el programa de formación y, en su caso, que abona la contraprestación económica correspondiente, deberá descontar a los alumnos en prácticas en el momento de hacerles efectivo el pago de su contraprestación económica, la aportación que corresponda a cada uno de ellos.

Por lo que respecta a las prácticas formativas no remuneradas, únicamente se considerarán sujetos obligados y responsables del ingreso de la cotización la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen las prácticas, salvo que en el convenio o acuerdo de cooperación que, en su caso, se suscriba para su realización se disponga que dicha obligación de cotizar corresponderá al centro de formación responsable de la oferta formativa. Por el contrario, en estos supuestos, no se prevé la obligación de cotizar de los alumnos en prácticas, por lo que no serán sujetos obligados de la cotización.

Fuera de los supuestos en que por convenio o acuerdo de cooperación que se suscriba para la realización de las prácticas se disponga que dicha obligación de cotizar corresponderá al centro de formación responsable de la oferta formativa, no se prevé ninguna responsabilidad directa, ni solidaria o subsidiaria de aquellas entidades u organismos responsables de la oferta formativa de prácticas. No hubiera parecido descabellado, sin embargo, que se hubiera previsto alguna obligación de dichas entidades en orden a la comprobación de que la entidad u organismo responsables de la cotización se hallen al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social de los alumnos en prácticas, para lo cual, de forma periódica, deberían dirigirse a la TGSS para solicitar la correspondiente certificación negativa de descubiertos.

2.3.2. El objeto y la dinámica de la cotización.

Delimitados los sujetos de la cotización, los apartados 6 y 7 de la DA 52ª TRLGSS abordan por separado, distinguiendo entre las prácticas formativas remuneradas y las no remuneradas, el objeto de la cotización correspondiente a los alumnos en prácticas, es decir, la cuota que los sujetos obligados deben satisfacer a la Seguridad Social, así como su proceso de determinación.

A) Objeto y dinámica de la cotización en las prácticas formativas remuneradas.

Por lo que respecta a las prácticas formativas remuneradas, siguiendo la estela de lo dispuesto por el Real Decreto 1493/2011, la letra a) del apartado 6 DA 52ª TRLGSS establece que dicha cotización "se efectuará aplicando las reglas de cotización correspondientes a los contratos formativos en alternancia, establecidas en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado y en sus normas de aplicación y desarrollo, a excepción de lo establecido en el ordinal 2º del apartado 1 de la disposición adicional cuadragésima tercera". En consecuencia, al colectivo de los alumnos en prácticas formativas remuneradas no les serán de aplicación en materia de cotización las normas comunes del RGSS, sino las reglas de cotización establecidas específicamente para los contratos de formación en alternancia[23].

[23] En relación con el Real Decreto 1493/2011, Tatay Puchades, C.: "La inclusión en el sistema de Seguridad Social de los investigadores y participantes en programas de formación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012, p. 405, consideraba que la opción de aplicar las reglas correspondientes a los contratos para la formación y el aprendizaje respondía única y exclusivamente a la voluntad de los poderes públicos por establecer "una peor condición a los participantes de los mencionados programas".

La aplicación de las reglas de cotización previstas para los trabajadores contratados a través del contrato de formación en alternancia a los alumnos en prácticas encuentra su razón de ser en que a pesar de la distinta naturaleza jurídica de ambos supuestos, laboral el primero y extralaboral el segundo, en ambos casos se produce con mayor o menor intensidad una combinación de formación y trabajo[24]. En este punto, cabe recordar que el art. 11.2 ET establece que el contrato de formación en alternancia tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

En este punto, cabe recordar que el apartado nueve del artículo 3 del Real Decreto Ley 32/2021 introdujo una nueva disposición adicional cuadragésima tercera (en adelante, DA 43ª) en el TRLGSS en la que bajo la rúbrica de "cotización a la Seguridad Social de los contratos formativos en alternancia" se regulan las reglas de cotización de esta modalidad contractual[25]. En particular, para el cálculo de la cuantía de las cuotas de cotización se diferencian dos supuestos distintos.

Por una parte, cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda no supere la base mínima de cotización mensual de dicho Régimen, el empresario ingresará mensualmente las cuotas únicas previstas para cada uno de los conceptos de cotización –contingencias comunes, contingencias profesionales, FOGASA, desempleo y formación profesional- que determine para cada ejercicio la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (en adelante, LPGE), debiendo ingresar tanto las cuotas empresariales a su cargo, como las que están a cargo de la persona trabajadora.

Por otra parte, cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda supere la base mínima mensual de dicho Régimen, la cuota a ingresar estará constituida por el resultado de sumar las cuotas únicas indicadas en el párrafo anterior y las cuotas resultantes de aplicar los tipos de cotización que correspondan al importe que exceda la base de cotización anteriormente indicada de la base mínima.

En este segundo supuesto se opta, por tanto, por un modelo híbrido entre las cuotas únicas que tradicionalmente han caracterizado la cotización de los contratos en formación y el procedimiento ordinario de cotización de las personas trabajadoras, caracterizado por la aplicación de los tipos de cotización previstos legalmente para cada concepto cotizable sobre las bases de cotización correspondientes. El primer modelo se aplica hasta la cuantía de la base mínima de cotización por contingencias comunes del correspondiente Régimen de Seguridad Social y, el segundo, sobre la cuantía que supere esta base mínima.

Más allá de los cambios introducidos en relación con la cotización en el contrato de formación en alternancia, que en aquellos supuestos de retribuciones más elevadas puede suponer un incremento de los costes de cotización de los trabajadores contratados, no cabe duda que el régimen de cotización previsto para esta modalidad contractual sigue resultando muy ventajoso desde el punto de vista económico para las empresas, de modo que con el mismo se sigue dotando de un gran atractivo económico a esta modalidad contractual de cara a incrementar su utilización por parte de las empresas.

Pues bien, por lo que respecta al cálculo de la cuantía de las cuotas de cotización de los alumnos que realizan prácticas formativas remuneradas, únicamente se aplicaría el primer mecanismo expuesto, puesto que la letra b) del apartado 6 de la DA 52ª TRLGSS excluye de forma expresa el

[24] Vid. esta semejanza entre las prácticas no laborales y el anterior contrato para la formación y el aprendizaje en Mella Méndez, L.: "Las prácticas no laborales…" cit. p. 87 y Cristóbal Roncero, R.: "Becas y estudiantes en prácticas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 113, 2014, p. 264.

[25] Vid. al respecto, Moreno Gené, J.: "El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 152, 2022.

segundo de los mecanismos indicados, es decir, el previsto en el ordinal 2º del apartado 1 DA 43ª TRLGSS. En consecuencia, el sujeto responsable de la cotización deberá ingresar mensualmente las cuotas únicas previstas para cada uno de los conceptos de cotización que determine para cada ejercicio la correspondiente LPGE y en sus normas de aplicación y desarrollo.

En este punto, cabe recordar que la regulación contenida en el art. 4 del Real Decreto 1493/2011, tras establecer, en términos muy parecidos a la regulación contenida ahora en la DA 52ª TRLGSS, que la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes y profesionales, así como su ingreso, se llevaría a cabo aplicando las reglas de cotización correspondientes a los contratos para la formación y el aprendizaje establecidas en la respectiva LPGE y en sus normas de aplicación y desarrollo, indicaba de forma expresa que "no existirá obligación de cotizar por la contingencia de desempleo, así como tampoco al Fondo de Garantía Salarial ni por formación profesional". En consecuencia, la aplicación de las reglas de cotización establecidas para el contrato para la formación y el aprendizaje a los participantes en los programas de formación no era plena, sino que se limitaba únicamente a la cotización por contingencias comunes y profesionales.

La letra a) del apartado 6 de la DA 52ª TRLGSS, por el contrario, no incorpora de forma expresa esta previsión, sino que se limita a remitirse a lo que se establezca en la LPGE y en sus normas de aplicación y desarrollo. Ahora bien, quedando excluidas de la acción protectora dispensada a los alumnos en prácticas, la protección por desempleo, la cobertura del Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA) y por Formación Profesional (apartado 3 DA 52ª TRLGSS), cabe suponer que la cotización por los alumnos que desarrollen prácticas formativas remuneradas no alcanzará tampoco a dichas contingencias, quedando limitada, por tanto, únicamente a la cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales, como ya venía sucediendo con el Real Decreto 1493/2011.

Por el contrario, lo que sí se prevé de forma expresa es que las prácticas formativas remuneradas, al igual que las no remuneradas, quedan excluidas de la cotización finalista del Mecanismo de Equidad Intergeneracional (letra a) del apartado 5 DA 52ª TRLGSS), a diferencia de lo que sucede con el contrato de formación en alternancia al que dicha norma se remite.

En definitiva, la cotización prevista para las prácticas formativas remuneradas supone abandonar el sistema general de cálculo de las cuotas de cotización a partir de la aplicación de determinados tipos de cotización sobre las bases de cotización correspondientes, para pasar a una cotización fija, resultado de la suma de diferentes cuotas fijas de importe reducido previamente establecidas por la LPGE. A modo indicativo, la Orden PCM/313/2023, de 30 de marzo, por la que se modifica la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, FOGASA y formación profesional para el ejercicio 2023 (en adelante, Orden que modifica la Orden de cotización de 2023), fija esta cotización en una cuota única mensual de 61,24 euros por contingencias comunes, de los que 51,06 serían a cargo del empresario y 10,18 euros a cargo del trabajador, y de 7,03 euros por contingencias profesionales a cargo del empresario. En definitiva, la cuantía total de la cotización ascendería a 68,27 euros, de los que 58,09 corresponderían al empresario y 10,18 al trabajador[26]. Como puede observarse, se trata de una cotización única para todos los alumnos que desarrollan prácticas formativas remuneradas con independencia del importe real de la ayuda económica que se perciba en cada supuesto.

A pesar de los reducidos costes de cotización de los alumnos que desarrollan prácticas formativas remuneradas que se acaban de exponer, siempre se plantea la duda del impacto que los mismos pueden tener en la oferta de estas prácticas por parte de las empresas y otras entidades que

[26] Tratándose de una cuota única, parece que los sujetos obligados a la cotización deberán contribuir por entero durante un mes, aunque las prácticas sólo se hayan realizado durante algunos días del mismo. Vid. en relación con el Real Decreto 1493/2011, Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S.: "La incorporación al régimen general…" cit. pág. 312.

las ofertan[27]. Por ello, una vez fijada la cuantía de la cotización correspondiente a estos alumnos en prácticas, la letra b) del apartado 5 DA 52ª TRLGSS prevé que "a las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación una reducción del 95 por ciento sin que les sea de aplicación otros beneficios en la cotización distintos a esta reducción".

Cabe recordar al respecto que la disposición adicional vigesimosexta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (en adelante, Ley 18/2014), bajo la rúbrica de "bonificación en la cotización a la Seguridad Social por las prácticas curriculares externas de los estudiantes universitarios y de formación profesional", ya había previsto con anterioridad que "Las prácticas curriculares externas realizadas por los estudiantes universitarios y de formación profesional, que tienen el carácter exclusivamente de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, desarrollada por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regula los términos y las condiciones de inclusión en el régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, tendrán una bonificación del cien por cien en la cotización a la Seguridad Social a partir del día 1 de agosto de 2014".

Cabe pensar que la referida bonificación quedará sustituida por la reducción prevista ahora en la letra b) del apartado 5 de la DA 52ª TRLGSS, por cuanto que en dicho precepto se establece que no pueden ser de aplicación otros beneficios en la cotización del colectivo de los alumnos en prácticas distintos a esta reducción y en consecuencia las cuotas por contingencias comunes de los alumnos que desarrollan prácticas formativas remuneradas les será de aplicación una reducción del 95 por ciento. Ello supone que el coste de cotización por dichos alumnos sea prácticamente inexistente. Además, para evitar el impacto inmediato que pudiera tener la entrada en vigor de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, la disposición transitoria segunda (en adelante, DT 2ª) Real Decreto-Ley 2/2023 incrementa la cuantía de esta reducción, del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2023, hasta el 97 por ciento.

Por lo demás, la letra b) del apartado 5 de la DA 52ª TRLGSS establece de forma expresa que a estas deducciones de cuotas les resultará de aplicación lo establecido en el art. 20 TRLGSS, a excepción de lo establecido en el apartado primero de dicho precepto. A tal efecto, cabe recordar que dicho precepto regula el régimen de adquisición, mantenimiento, pérdida y reintegro de beneficios en la cotización, estableciendo el primer apartado de dicho precepto que "únicamente podrán obtener reducciones, bonificaciones o cualquier otro beneficio en las bases, tipos y cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, las empresas y demás sujetos responsables que se encuentren al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social en relación al ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social que sea objeto de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, en la fecha de su concesión". En consecuencia, el incumplimiento de esta obligación no impide que el sujeto responsable de la cotización en estos supuestos pueda beneficiarse de la reducción del 95 por ciento -97 por ciento para el año 2023- en la cotización por las prácticas desarrolladas por los alumnos[28].

[27] Este temor ya se manifestó con la entrada en vigor del Real Decreto 1493/2011. Vid., al respecto, Rodríguez-Piñero Royo, M.C. y Pérez Guerrero, M.L.: "La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", VVAA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013.

[28] Vid. también, Camas Rodas, F.: "Prácticas formativas…" cit.

B) Objeto y dinámica de la cotización en las prácticas formativas no remuneradas

Por lo que respecta a las prácticas formativas no remuneradas, la letra a) del apartado 7 de la DA 52ª TRLGSS establece que dicha cotización "consistirá en una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas por contingencias comunes y por contingencias profesionales, que tendrá en cuenta la exclusión de la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, que serán establecidas para cada ejercicio en la correspondiente LPGE, sin que pueda superarse la cuota máxima por contingencias comunes y profesionales que se determine, igualmente, en dicha ley". Por tanto, al igual que sucedía con las prácticas formativas remuneradas, al colectivo de los alumnos en prácticas no remuneradas no les serán de aplicación en materia de cotización las normas comunes del RGSS. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con las prácticas formativas remuneradas, no les serán de aplicación las reglas de cotización establecidas específicamente para los contratos de formación en alternancia, sino las previstas específicamente en el apartado 7 de la DA 52ª TRLGSS. No cabe duda que el carácter no remunerado de estas prácticas determina su régimen de cotización.

Son diversos los elementos que configuran la cotización en el supuesto de las prácticas formativas no remuneradas.

En primer lugar, únicamente corresponderá cotizar a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollan las prácticas, salvo que en el acuerdo o convenio de cooperación que, en su caso, se suscriba para su realización se disponga que tales obligaciones corresponderán al centro de formación responsable de la oferta formativa. A tal efecto, se configuran como los únicos sujetos obligados y responsables de la cotización, de modo que únicamente se contempla el ingreso de una cuota empresarial. Ello resulta plenamente lógico si se tiene en cuenta que en este supuesto los alumnos no perciben ninguna remuneración por las prácticas que desarrollan.

En segundo lugar, ahora sí de un modo expreso, la cotización queda circunscrita a las contingencias comunes y a las contingencias profesionales, quedando al margen, como también sucedía con las prácticas formativas remuneradas, la cotización por desempleo, FOGASA y Formación Profesional. Asimismo, al igual que sucede con las prácticas formativas remuneradas, se prevé de forma expresa que las prácticas formativas no remuneradas, quedan excluidas de la cotización finalista del Mecanismo de Equidad Intergeneracional (letra a) del apartado 5 DA 52ª TRLGSS).

En tercer lugar, la cotización consistirá en una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas por contingencias comunes y por contingencias profesionales, que se establecerá para cada ejercicio en la correspondiente LPGE, sin que pueda superarse la cuota máxima por contingencias comunes y profesionales que se determine, igualmente, en dicha ley. Es decir, únicamente se cotiza por los días que efectivamente se desarrollan las prácticas formativas no remuneradas y la cuantía de dicha cotización se fija anualmente en la LPGE. A tal efecto, únicamente se prevé que en la fijación de dicha cuota deberá tenerse en cuenta la exclusión de los alumnos que desarrollan prácticas formativas no remuneradas de la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En todo caso, se prevé que la cuantía de esta cuota no podrá superar la cuota máxima por contingencias comunes y profesionales que se determine en la misma LPGE.

Entrando en vigor la obligación de cotizar por las prácticas formativas no remuneradas con posterioridad a la aprobación de la LPGE para el año 2023, la DT 2ª Real Decreto-Ley 2/2023 ha previsto que entre el día 1 de octubre y 31 de diciembre de 2023, esta cotización consistirá en una cuota empresarial por cada día de alta de 2,36 euros por contingencias comunes y de 0,29 euros por contingencias profesionales, siendo la cuota máxima mensual de 53,59 euros por contingencias comunes y de 6,51 euros por contingencias profesionales.

En cuarto lugar, la letra c) del apartado 7 de la DA 52ª TRLGSS regula los plazos reglamentarios de ingreso de las cuotas. A tal efecto, se establecen diferentes previsiones: a) se fija que el plazo de ingreso de las cuotas correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo será el mes de abril; el de

abril, mayo y junio, el mes de julio; el de julio, agosto y septiembre, el mes de octubre; y, finalmente, el de octubre, noviembre y diciembre, el mes de enero; b) se prevé que hasta el penúltimo día natural de cada uno de los meses que se constituyen como plazo reglamentario de ingreso de las cuotas, las entidades que asumen la condición de empresa deberán comunicar a la TGSS el número de días en que se hayan realizado prácticas formativas no remuneradas durante los tres meses inmediatamente anteriores; c) se indica que si hay personas que no han realizado día alguno de prácticas o programas formativos no remunerados en un determinado mes, las entidades que asumen la condición de empresas deberán informar expresamente de esta circunstancia; d) se prevé que la empresa deberá solicitar de la TGSS la liquidación de cuotas correspondiente a los tres meses inmediatamente anteriores, hasta el penúltimo día natural del respectivo plazo de ingreso (letra d) del apartado 7 de la DA 52ª TRLGSS y, finalmente, e) se indica que cuando la persona que realice las prácticas se encuentre en una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, la empresa deberá indicar a la TGSS, los días previstos de realización de la práctica formativa.

Si las entidades que asumen la condición de empresa no cumplen en los plazos establecidos con las obligaciones informativas que se acaban de exponer, se prevé que el importe de la deuda del periodo mensual al que se refiera la misma será el importe resultante de multiplicar la suma de las cuotas correspondientes por el número de días de alta en el mes de que se trate, con el límite mensual previsto al respecto. En estos supuestos, además, se prevé que el número de días de alta a efectos de prestaciones serán dichos días. En definitiva, se viene a considerar que todos los días que se ha estado en alta se han realizado prácticas formativas.

Finalmente, a pesar de estos reducidos costes de cotización de los alumnos que desarrollan prácticas formativas no remuneradas que se acaban de exponer, también se plantea la duda del impacto que los mismos pueden tener en la oferta de estas prácticas por parte de las empresas y otras entidades que las ofertan, especialmente, si se tiene en cuenta que hasta este momento este tipo de prácticas no tenían aparejado coste alguno. Por ello, al igual que sucede con las prácticas formativas remuneradas, una vez fijada la cuantía de la cotización correspondiente a estos alumnos en prácticas, la letra b) del apartado 5 de la DA 52ª TRLGSS prevé que "a las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación una reducción del 95 por ciento sin que les sea de aplicación otros beneficios en la cotización distintos a esta reducción", cuantía que, además, del 1 de octubre al 31 de diciembre se incrementa hasta el 97 por ciento. Ello supone que el coste de cotización por dichos alumnos sea prácticamente inexistente, de modo que el mismo no puede servir de excusa para justificar la disminución de la oferta de estas prácticas formativas no remuneradas.

2.4. La acción protectora dispensada a los alumnos en prácticas.

El Real Decreto-Ley 2/2023 también define la acción protectora dispensada a los alumnos en prácticas, es decir, el conjunto de prestaciones que el Sistema de Seguridad Social les otorga. A tal efecto, el apartado 3 de la DA 52ª TRLGSS establece que la "acción protectora será la correspondiente al régimen de Seguridad Social aplicable, con la exclusión de la protección por desempleo, la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional. En el supuesto de las prácticas no remuneradas se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes".

Esta limitación de la acción protectora que corresponde a los alumnos en prácticas es posible en la medida en que a pesar que el art. 155 TRLGSS prevé con carácter general el alcance de la acción protectora del RGSS, se admite que, en relación con las inclusiones en dicho régimen por asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, sea la propia norma en la que se disponga tal asimilación la que determine el alcance de la protección otorgada. Pues bien, en uso de esta facultad, el Real Decreto-Ley 2/2023 ha limitado la protección social de los alumnos en prácticas en los términos ya expuestos.

A *sensu contrario*, la acción protectora de este colectivo sí comprende el resto de prestaciones dispensadas por el Sistema de Seguridad Social.

La exclusión de la protección por desempleo, del FOCASA y por formación profesional, encuentra su origen en una visión estricta de las mismas, especialmente, cuando nos encontramos antes prácticas formativas remuneradas. En este sentido, se considera que, si el alumno en prácticas no recibe un salario, mal puede corresponderle una prestación sustitutiva de dicho salario y si la finalización de las prácticas no constituye la extinción de una relación laboral mal puede configurar una situación legal de desempleo[29]. Igual fundamento alcanza a la falta de cobertura de los alumnos en prácticas por FOGASA, puesto que se considera que, si el mismo constituye una garantía del salario, mal puede referirse a la percepción de una beca, bolsa, ayuda de estudios, indemnización, estipendio, etcétera, que se recibe como contraprestación a las prácticas realizadas que en ningún caso tiene naturaleza salarial. A lo cual debe añadirse que en esta modalidad de prácticas difícilmente se producirán situaciones de insolvencia en el pago de la contraprestación correspondiente que debe recibir el alumno que las desarrolla. Finalmente, aún resulta más difícil la justificación de la exclusión de la cotización por formación profesional, puesto que aunque la formación sea la razón de ser de estas prácticas, también lo es del contrato de formación en alternancia y, no por ello, estas modalidades contractuales quedan excluidas de la cotización por formación profesional[30].

Por el contrario, resulta más fácil justificar la exclusión de la protección por desempleo y FOGASA cuando nos encontramos ante prácticas formativas no remuneradas. A tal efecto, por lo que respecta a la protección por desempleo, si el alumno en prácticas no recibe ninguna remuneración, no puede corresponderle ninguna prestación sustitutiva de la misma. Lo mismo ocurre con la cobertura de los alumnos en prácticas por FOGASA, puesto que, si éste constituye una garantía por el salario, no hay en este supuesto ninguna remuneración que garantizar. Por estos mismos motivos se justificaría la exclusión de las prácticas formativas no remuneradas de la protección dispensada por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

A diferencia de lo que sucede con el Real Decreto 1493/2011, que, a penas, contenía previsiones específicas en relación con las prestaciones reconocidas a los participantes en programas de formación, es decir, requisitos, contenido, cuantía, dinámica de la prestación, régimen de incompatibilidades, etcétera, el Real Decreto-Ley 2/2023 sí ha introducido numerosas e importantes previsiones al respecto.

A tal efecto, uno de los aspectos que más se había criticado de la regulación contenida en el Real Decreto 1493/2011 consistía en que dicha norma no contenía ninguna referencia expresa sobre la determinación de la base de cotización a efectos de prestaciones de los participantes en programas de formación, lo que repercutía en su momento en la cuantía de las mismas. Por el contrario, la DA 52ª TRLGSS sí contiene dos importantes previsiones al respecto, en atención, una vez más, a si nos encontramos antes prácticas formativas remuneradas o no remuneradas.

Para el primer supuesto, la letra b) del apartado 6 DA 52ª TRLGSS establece que "la base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 7, salvo en aquellos meses en los que el alta no se extienda a la totalidad de los mismos, en los que la base de cotización a efectos de prestaciones será la parte proporcional de dicha base mínima". A tal efecto, cabe recordar que la Orden que modifica

[29] Esta exclusión de la protección por desempleo fue avalada en su momento por la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de junio de 2005 (núm. rec. 150/2003), si bien, en relación con el entonces vigente Estatuto del Becario de Investigación.

[30] En relación con el Real Decreto 1493/2011, Fernández Orrico, F.J.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación…" cit. consideraba que esta exclusión era coherente, porque hacía referencia directa a determinados aspectos laborales y no nos encontrábamos ante una relación laboral, sino que se trataba de un programa exclusivo de formación que incluye unas prácticas extralaborales.

la Orden de cotización de 2023 ha fijado la base mínima de cotización correspondiente al grupo 7 en 1.260€ mensuales.

Esta base de cotización a efectos de prestaciones es coherente con la prevista para el contrato de formación en alternancia que se fija en la base mínima de cotización en el RGSS, salvo que el importe de la base de cotización sea superior, en cuyo caso se aplicará esta (apartado segundo de la DA 43ª TRLGSS).

Para el supuesto de las prácticas formativas no remuneradas, la letra b) del apartado 7 DA 52ª TRLGSS establece que "la base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual correspondiente al grupo de cotización 7". A tal efecto, cabe recordar que la Orden que modifica la Orden de cotización de 2023 ha fijado la base mínima de cotización correspondiente al grupo 8 en 42,00 € diarios.

A pesar de que debe valorarse positivamente que se haya previsto de forma expresa las bases de cotización a efectos de las prestaciones que pueden corresponder a los alumnos en prácticas, se trata de bases muy reducidas que, sin duda, repercutirán en la cuantía de las futuras prestaciones que puedan corresponder a este colectivo.

Asimismo, respecto a las prestaciones que se deriven de las prácticas formativas no remuneradas, la letra e) del apartado 7 DA 52ª TRLGSS contiene la previsión de que "cada día de prácticas formativas no remuneradas, será considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse, en ningún caso, el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de días que pudieran resultar del coeficiente anterior se computarán como un día completo". No cabe duda que esta previsión constituye una importante mejora en el acceso, duración y cuantía de las prestaciones a las que pueden acceder los alumnos que desarrollan prácticas formativas no remuneradas.

Finalmente, el apartado 3 DA 52ª TRLGSS contiene diferentes previsiones que hacen referencia a la gestión de determinadas prestaciones a las que tienen derecho los alumnos en prácticas, ya sean remuneradas o no. A tal efecto, en relación con las prestaciones económicas por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, se prevé que las mismas serán abonadas por la entidad gestora o, en su caso, por la mutua colaboradora, mediante pago directo de la misma. Asimismo, respecto a las prestaciones que corresponden por la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, se establece que las mismas se abonarán en todo caso mediante pago delegado.

Al margen de la reducida cuantía de las prestaciones que corresponden a los alumnos en prácticas, la falta de protección frente a la situación de desempleo, especialmente, cuando se trata de prácticas formativas remuneradas, constituye la principal peculiaridad por lo que respecta a la acción protectora dispensada a este colectivo, diferenciándolos de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RGSS, incluidos los trabajadores contratados mediante el contrato de formación en alternancia, que sí se encuentran protegidos frente a esta contingencia. No cabe duda que se trata de una opción que obedece a un fin económico de ahorro de costes[31]. En todo caso, se trata de una decisión de política legislativa, no en vano, si se quisiese ampliar la protección a quienes realizan prácticas formativas remuneradas se podrían buscar argumentos a favor del acceso a las prestaciones en cuestión[32]. A tal efecto, la situación en la que se encuentran quienes finalizan las prácticas formativas remuneradas es similar a la que sufren los trabajadores por cuenta ajena cuando pierden su trabajo, puesto que, en ambos casos, se deja de obtener la contraprestación económica que les reportaba la actividad que

[31] Vid. en relación con el Real Decreto 1493/2011, Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S.: "La incorporación al régimen general…" cit. p. 313.

[32] Vid. respecto al marco normativo anterior, Mella Méndez, L.: "Las prácticas no laborales…" cit. p. 88.

se desarrollaba hasta ese momento. Ello justificaría que todas estas primeras experiencias prácticas iniciales permitieran el acceso a un cierto nivel de protección por desempleo dirigido a garantizar la protección, pero, fundamentalmente, la activación del colectivo de los alumnos en prácticas[33].

2.5. El tratamiento de los alumnos en prácticas anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023: la opción por la suscripción de un convenio especial.

El Real Decreto-Ley 2/2023 no se ha limitado a prever la inclusión en el RGSS de aquellas personas que a partir del momento de su entrada en vigor vayan a encontrarse en la situación objeto de regulación de esta norma, es decir, los alumnos universitarios o de formación profesional que realicen las prácticas definidas en dina norma, sino que, por el contrario, como ya hiciera en su momento el Real Decreto 1493/2011, dedica el apartado 8 DA 52ª TRLGSS al amplio colectivo de personas que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, ya se hubieran encontrado en la situación indicada en la misma.

A tal efecto, se prevé que "las personas a las que hace referencia la presente disposición que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, se hubieran encontrado en la situación indicada en la misma, podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizados antes de la fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de dos años".

El Real Decreto-Ley 2/2023 opta, por tanto, por admitir la posibilidad de que aquellas personas que han desarrollado prácticas formativas, ya sean remuneradas o no, con anterioridad a su entrada en vigor puedan cotizar y, en consecuencia, contabilizarse las cotizaciones correspondientes a dichos períodos de formación, si bien, hasta un máximo de dos años. Debe valorarse muy positivamente que la norma no se haya limitado simplemente a prever la integración en el RGSS de los alumnos en prácticas a partir de su entrada en vigor, sin considerar la situación en la que se encuentran todas aquellas personas que con anterioridad habían desarrollado prácticas formativas, especialmente, las no remuneradas, sin encontrarse incluidas en la Seguridad Social, con los indudables perjuicios que ello les provoca en sus carreras de cotización, que se han visto notablemente reducidas y que, como no puede ser de otro modo, va a repercutir muy negativamente en el futuro acceso de este colectivo a las diferentes prestaciones de Seguridad Social, especialmente, respecto a la pensión de jubilación. En todo caso, aún resulta criticable la limitación a dos años de la posibilidad prevista en la norma de cotizar por los períodos de prácticas formativas ya realizadas.

El mecanismo previsto en la norma consiste en la suscripción de un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de manera que habrá que estar a lo que se disponga en dicho desarrollo reglamentario, si bien, es de prever que esta cuestión se regule en términos similares a como ya se hiciera por el Real Decreto 1493/2011[34].

3. REFLEXIONES FINALES

Por todo lo expuesto a lo largo de este comentario, debe valorarse positivamente el avance que supone el Real Decreto-Ley 2/2023, no en vano, pese al carácter todavía limitado de la protección dispensada a los alumnos en prácticas, la cotización en estos supuestos, sin lugar a dudas, se va a

[33] Vid. sobre la conveniencia de que las primeras experiencias formativas permitan el acceso a un cierto nivel de protección por desempleo, Monereo Pérez, J.L.: "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", VVAA.: *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2015, p. 215.

[34] Vid. Moreno Gené, J.: "La recuperación de periodos de cotización de los "exbecarios" tras el Real Decreto Ley 5/2013", *Revista de Derecho Social*, nº 65, 2015.

traducir en el futuro en una mejora de las condiciones de acceso de este colectivo a las diferentes prestaciones y pensiones de Seguridad Social, y, muy especialmente, a la pensión de jubilación, al facilitarse el aumento de las carreras de cotización, precisamente en un momento en que, como ya se ha indicado, la entrada cada vez más tardía de los jóvenes en el mercado laboral y el aumento del número de años necesarios para acceder a la pensión de jubilación y a la cuantía máxima de la misma, con toda seguridad, van a suponer un recorte muy significativo de la misma para todos aquellos que han desarrollado prácticas formativas durante largos períodos de tiempo.

Ahora bien, la regulación de las prácticas formativas, sean o no remuneradas, puede suponer el efecto no deseado de legitimar y dar carta de validez a muchas situaciones en que bajo la apariencia de actividades desarrolladas en el marco de prácticas en el entorno profesional se encubren lo que son auténticas relaciones laborales. En este punto podría pensarse que en la medida en que estas prácticas ya reciben una mínima protección social, deben ser más fácilmente toleradas. Por ello, ahora más que nunca, se debe ser especialmente cuidadoso a la hora de velar para que las prácticas formativas de los alumnos respondan de un modo inequívoco a su finalidad formativa frente al carácter más productivo propio de toda relación laboral, si bien, somos conocedores de la dificultad que en no pocas ocasiones ello conlleva[35].

En este contexto, debe valorarse positivamente que el apartado 9 DA 52ª TRLGSS prevea de un modo expreso que las administraciones públicas competentes lleven a cabo planes específicos para la erradicación del fraude a la Seguridad Social asociado a las prácticas formativas que encubren puestos de trabajo.

Asimismo, también debe valorarse de forma positiva que el apartado 10 DA 52ª TRLGSS establezca que "en un plazo de tres meses a computar desde el 1 de abril de 2023 y con el objetivo de mejorar la eficacia de las medidas reguladas en esta disposición, mediante orden ministerial se creará un observatorio para el análisis y seguimiento de su aplicación y efectividad de las medidas adoptadas, que estará integrado por representantes del Ministerio de Educación y Formación Profesional, del Ministerio de Universidades, de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas". A tal efecto, se prevé que este observatorio proponga de forma periódica aquellas medidas tendentes a la adaptación de la regulación y cobertura de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en los programas de formación.

Para concluir este comentario, cabe recordar que la regulación de la protección social que cabe dispensar a quienes realizan prácticas no laborales es únicamente uno de los pilares en los que se debe apoyar la adecuada tipificación y normalización jurídica de este colectivo, el otro, y tal vez el más importante, sea la regulación de su íntegro régimen jurídico, que debe recogerse en el tan anunciado "Estatuto del Becario" y al que de un modo sorprendente tanto le está costando ver la luz[36]. No cabe duda que de la adecuada coordinación entre ambos pilares dependerá el éxito de la protección "laboral" y social dispensada a quienes realizan prácticas no laborales.

---

[35] Vid., un estudio reciente sobre esta cuestión en Rodríguez Iniesta, G.: "Indicios sobre las prácticas de los becarios. Criterios judiciales sobre las mismas", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022.

[36] Sobre la esperanza de que la aprobación del Real Decreto Ley 2/2023 contribuya a acelerar la aprobación del "Estatuto del Becario" vid. Rojo Torrecilla, E.: "Unas breves notas al Real Decreto Ley 2/2023 de reforma de las pensiones, y una pregunta: ¿Contribuirá la DA 52ª del RDL 2/2023 de 16 de marzo, al desbloqueo del Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa?". En el Bloc *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 19 de marzo de 2023. Este documento puede consultarse en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/unas-breves-notas-al-real-decreto-ley.html y Moreno Gené, J.: "La extinción de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales", *Briefs AEDTSS*, 24, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Este documento puede consultarse en: https://www.aedtss.com/la-extension-de-la-proteccion-social-a-todos-los-estudiantes-en-practicas-un-paso-en-la-dignificacion-de-las-practicas-no-laborales/

En este punto, cabe recordar que los diferentes borradores de Estatuto del Becario presentados a la Mesa de Diálogo Social incorporan diferentes medidas que deben valorarse de forma positiva, especialmente, la exigencia de un convenio de colaboración y de un plan formativo, la limitación del número de personas en prácticas en atención a la dimensión de la empresa y/o entidad en la que se desarrollan las prácticas, la previsión de una compensación económica, especialmente, para sufragar los gastos derivados de las prácticas –desplazamiento y/o manutención-, la limitación de la jornada y el derecho a los descansos, en particular a los días festivos y vacaciones, la prohibición de realización de trabajos nocturnos y a turnos y de horas extraordinarias, la protección de la salud laboral de quienes realizan las prácticas, la cotización a la Seguridad Social y la correlativa extensión de la protección social dispensada a este colectivo, etcétera. Queda por ver, sin embargo, si finalmente se conseguirán vencer las enormes resistencias de todo tipo con las que se está encontrando la aprobación del tantas veces anunciado Estatuto del Becario y, en este caso, cuáles serán los peajes que inevitablemente se tendrán que pagar para alcanzar este loable objetivo.

4. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortés, J.C.: "La "re-inclusión" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Temas Laborales*, nº 122, 2013.

Arrieta Idiakez, F.J.: "Las últimas reformas en materia de becas de trabajo", *Actualidad Laboral,* nº 3, 2013.

Camas Roda, F.: "La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral", *Trabajo y Derecho*, nº 94, 2022.

Camas Rodas, F.: "Prácticas formativas no laborales e inclusión en el sistema de Seguridad Social". En *El Diario de Ferran Camas*, 22 de marzo de 2023. Este documento puede consultarse en: https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/practicas-formativas-no-laborales-e-inclusion-en/ia568.

Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P.: "La formación dual en España inspirada en el modelo alemán: análisis del Real Decreto 1529/2011, de 8 de noviembre", *Actualidad Laboral*, nº 1, 2014.

Cristóbal Roncero, R.: "Becas y estudiantes en prácticas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 113, 2014.

De la Puebla Pinilla, A.: "La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la Seguridad Social y otras novedades de la Ley 27/2011 (El convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresas)", VVAA.: *La reforma de la Seguridad Social 2011*, García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (Dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2011.

De La Puebla Pinilla, A.: "Problemas prácticos de las prácticas no laborales en empresas", VVAA.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, R. (Dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2014.

Duque González, M.: "Análisis actual de la normativa de becarios, formación práctica y contratación de jóvenes", *Información Laboral*, nº 2, 2014.

Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: "El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 52, 2019.

Granado Martínez, O.: "La protección social de los estudiantes en prácticas "no laborales" en los centros de trabajo", VVAA.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum. 2020.

Fernández Domínguez, J.J. y Rodríguez Escanciano, S.: "La incorporación al régimen general como asimilado a trabajador por cuenta ajena. Especial referencia a los becarios", VVAA.: *Estudios de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Vicente Palacio, M.A. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2021.

Fernández Orrico, F.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación y otras figuras cercanas", *Información Laboral*, nº 9, 2022.

Hernández Martínez, M.: "Inclusión en la Seguridad Social de los becarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 837, 2012.

Luque Parra, M. y Calzada i Oliveras, E.: "Seguridad Social de universitarios en prácticas: estado de la cuestión", *Aranzadi Social*, nº 10, 2012.

Mella Méndez, L.: "Las prácticas no laborales en empresas para jóvenes titulados: un estudio de su régimen jurídico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 36, 2014.

Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A.: "El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 63, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", VVAA.: *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2015.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y López Insúa, B.: "La eterna discusión acerca de la promoción del acceso al mercado de trabajo de los jóvenes "versus" retraso en la edad de jubilación de los mayores", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022.

Mercader Uguina, J.R.: "Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España", *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 1, 2014.

Moreno Gené, J.: "La Seguridad Social de los participantes en programas de formación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 345, 2011.

Moreno Gené, J.: "La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿un sucedáneo de contrato en prácticas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 347, 2012.

Moreno Gené, J. "La inclusión "definitiva" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 374, 2014.

Moreno Gené, J.: "La recuperación de periodos de cotización de los "exbecarios" tras el Real Decreto Ley 5/2013", *Revista de Derecho Social*, nº 65, 2015.

Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Barcelona, Atelier, 2015.

Moreno Gené, J.: "Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social", VVAA.: *Empleo juvenil*, Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Moreno Gené, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Moreno Gené, J.: "El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, nº 1, 2021.

Moreno Gené, J.: "La extinción de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales", *Briefs AEDTSS*, 24, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Este documento puede consultarse en: https://www.aedtss.com/la-extension-de-la-proteccion-social-a-todos-los-estudiantes-en-practicas-un-paso-en-la-dignificacion-de-las-practicas-no-laborales/

Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M.: "El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 152, 2022.

Ortega Lozano, P.: "Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022.

Pérez Hernández, M.M.: "Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022.

Rodríguez Cardo, I.A.: "La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 99, 2012.

Rodríguez Escanciano, S.: "Las especialidades de Seguridad Social de las actividades fronterizas", VVAA.: *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Madrid, Cinca, 2016.

Rodríguez Iniesta, G.: "Indicios sobre las prácticas de los becarios. Criterios judiciales sobre las mismas", VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Illuesca Ballester, H.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2022.

Rodríguez-Piñero Royo, M.C. y Pérez Guerrero, M.L.: "La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", VVAA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013.

Rojo Torrecilla, E.: "Unas breves notas al Real Decreto Ley 2/2023 de reforma de las pensiones, y una pregunta: ¿Contribuirá la DA 52ª del RDL 2/2023 de 16 de marzo, al desbloqueo del Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa?". En el Bloc *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 19 de marzo de 2023. Este documento puede consultarse en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/unas-breves-notas-al-real-decreto-ley.html.

Tatay Puchades, C.: "La inclusión en el sistema de Seguridad Social de los investigadores y participantes en programas de formación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012.

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Una visión panorámica de la prestación por desempleo tras los últimos pronunciamientos judiciales

An overview of unemployment benefits after the latest judicial pronouncements

Rubén López Fernández *Técnico superior en prevención de riesgos laborales*
profesor asociado a la universidad de murcia
https://orcid.org/0000-0002-0152-5840

Cita Sugerida: LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: «Una visión panorámica de la prestación por desempleo tras los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 95-112

Resumen

La prestación por desempleo ha sido ligeramente modificada por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. Dicha modificación ha consistido en incrementar el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora, del 50 al 60%, a partir del día 181º del derecho al percibo. Tomando esto como excusa, el presente artículo se propone exponer además algunos de los pronunciamientos judiciales más recientes que, a juicio de quien escribe, han destacado bien por su repercusión bien por lo rebuscado de los supuestos sobre los que han tenido que resolver. Así, se aborda la inclusión del personal doméstico en el ámbito subjetivo de la protección por desempleo vía RD-Ley 16/2022. Se analizan dos pronunciamientos que han venido a decidir sobre cómo debe articularse la prestación con distintos tipos de excedencia, a saber, la forzosa por cuidado de hijo y la voluntaria cuando la empresa incumple sus obligaciones relativas al reingreso del trabajador. También es objeto de análisis el tratamiento dispensado a los contratos fijo-discontinuo y a tiempo parcial con "jornada concentrada", en lo que a los períodos de inactividad se refiere. Y, por último, se comenta la reciente sentencia del TS que ha tenido que resolver sobre la extensión o no de la ficción cotizatoria por parto al subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

Palabras clave

prestación; desempleo; Seguridad Social; perspectiva de género

Abstract

Unemployment benefit has been slightly modified by Law 31/2022 of 23 December on the General State Budget for 2023. This modification consisted of increasing the percentage to be applied to the regulatory base from 50% to 60% as of the 181st day of entitlement. Taking this as an excuse, this article also sets out to present some of the most recent judicial pronouncements which, in the opinion of the author, have stood out either for their impact or for the complexity of the cases on which they have had to rule. Thus, the inclusion of domestic staff in the subjective scope of unemployment protection via RD-Law 16/2022 is addressed. Two pronouncements are analysed that have ruled on how the benefit should be articulated with different types of leave of absence; namely compulsory leave to care for a child, and voluntary leave when the company fails to fulfil its obligations regarding the worker's reinstatement. The treatment of permanent-discontinuous and part-time contracts with "concentrated working hours", as far as periods of inactivity are concerned, is also under scrutiny. Lastly, there is a commentary on the recent SC ruling on whether or not to extend the concept of contribution for childbirth to unemployment benefit for the over 52s.

Keywords

benefit; unemployment; Social Security; gender perspective

Como se sabe, España es uno de los países desarrollados con una tasa de desempleo más acusada y persistente. Se trata del mercado laboral de Occidente más sensible a las oscilaciones cíclicas de la economía, lo cual le ha llevado a ser objeto de numerosos estudios a nivel global. Camuflado entre las

Fecha Recepción: 16/4/2023 - Fecha Revisión: 6/5/2023 - Fecha Aceptación: 7/5/2023
Pags. 95-112

labores de construcción de un Estado moderno durante nuestra Transición democrática, el desempleo no recibió una atención central por parte del legislador hasta mediada la década de los ochenta[1].

La reforma laboral de 1984[2] y su fomento de la contratación temporal provocaron una bipolarización del mercado, en la que la tercera parte de los trabajadores por cuenta ajena lo eran bajo modalidades contractuales de duración determinada, salarios inferiores a los de los indefinidos, un mayor índice de siniestralidad y una menor formación en el puesto[3]. Por ende, estas personas encontraban más dificultades para acceder a una vivienda y tener hijos, incidiendo de manera oblicua en los problemas demográficos que afronta el sistema hoy.

Lo anterior ha sido un patrón de conducta que se ha venido repitiendo cada vez que había que transitar por una crisis. Y la realidad, aún más tozuda que el legislador, se ha encargado de poner a España —a casi una década vista del final de la Gran Recesión y pese a la reciente mejoría— en un 12'87 % de tasa de desempleo[4]. No obstante, la evolución de las cifras tras el cambio de normativo acometido en 2021 invita a un optimismo que ha de ser moderado, habida cuenta de que se sale de una pandemia mundial sin precedentes en la Historia moderna.

No pudiendo estos menesteres ser objeto del presente artículo[5], las páginas siguientes tienen que limitarse a abordar la reciente modificación operada por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (en adelante LPGE 2023), en orden a la modificación sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo. Asimismo, se analizan también algunos de los pronunciamientos judiciales más interesantes —por su repercusión práctica o por lo intrincado de las vicisitudes a resolver— que han tenido lugar desde la ya mencionada pandemia hasta el día de hoy.

Sin ir más lejos, en septiembre del año pasado, el RD-Ley 16/2022[6] vino a terminar con la discriminatoria "situación de desamparo social" que soportaban las personas al servicio doméstico[7], por su histórico destierro de la protección por desempleo. Dicho sea de paso, la reciente ampliación del ámbito subjetivo de estas prestaciones abrió la puerta hacia la ratificación del Convenio 189 de la OIT[8], ya materializada en junio por el Parlamento.

---

[1] Méndez, I.: *El desempleo de larga duración en España y la Región de Murcia*, Murcia, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, 2021, pp. 9-20. En el mismo sentido: Pérez Menayo, V., "El paro: Un paro para la Comunidad Europea", *Revista Noticas CEE*, nº 53/1989, pp. 109-133; o Fina Sanglás, L., "El problema del paro en Europa: causas y remedios", *Ekonomiaz*, nº 31/1995, p. 15.
Por su parte, considerando que dicha atención comenzó con la primera crisis económica de los 70, Ruiz de la Cuesta Fernández, S., "Empleo y desempleo en la Unión Europea: del desinterés a la prioridad absoluta", *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 531.

[2] Vehiculada fundamentalmente por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre la modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

[3] De la Rica, S., "Wage gaps between workers with indefinity and fixed-term contracts: the impactof firm and occupational segregation", *Moneda y Crédito*, nº 219/2004, pp. 43-69.

[4] Según datos de la última EPA: cuarto trimestre de 2022. https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0422.pdf.

[5] Para Méndez, las causas de que España tenga el mercado de trabajo con mayor elasticidad de respuesta a los ciclos de la economía mundial son: el desajuste en habilidades, propiciado por el temprano abandono educativo; el desajuste geográfico, causado por las reticencias de los ciudadanos del sur de Europa para mudarse a otras regiones de su mismo país; la generosidad de la prestación por desempleo, en la comparativa con otras sistemas de nuestro entorno; las elevadas cuotas de Seguridad Social para la parte empresarial y la poca eficacia del SPEE en cuanto a la consecución de empleos para los parados inscritos. Méndez, I.: *El desempleo de larga duración en España*, op. cit., pp. 45-60. También Jansen, M., "El reto de la inserción de los desempleados de larga duración", *Policy Papers*, nº 26/2016.

[6] De 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

[7] Palabras de la propia STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), en las que habrá oportunidad de detenerse *infra*.

[8] De 2011, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

Se examinan también un par de cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho desde dos tipos de excedencia previstos por el ET: una de las forzosas y la voluntaria, cuando ello acaba derivando en situación legal de desempleo. La primera de ellas es si existe la posibilidad de que la persona trabajadora experimente un perjuicio prestacional al combinar la excedencia por cuidado de hijo con otro trabajo, siendo este segundo a tiempo parcial. Si a la vuelta de la excedencia fuese extinguida su relación laboral a tiempo completo, ¿con qué bases de cotización mensuales habría de calculársele la base reguladora de la prestación por desempleo? Cuestión esta ya resuelta desde el prisma de que el ejercicio de los derechos de conciliación no debe acarrear una disminución de la protección de Seguridad Social, máxime cuando se trate de mecanismos de flexibilidad laboral mayoritariamente utilizados por población femenina.

La segunda cuestión se refiere a qué ocurre cuando un trabajador que vuelve de una excedencia voluntaria se topa con la negativa de la empresa a reingresarlo. Es sabido que ello se equipara al despido y le colocaría en situación legal de desempleo, pero se requiere que la empresa le dé de alta en la Seguridad Social antes de extinguir la relación para que este reúna los requisitos de acceso a la prestación. La STS nº 781/2021, de 13 de julio, resolvió cuáles son los efectos del incumplimiento empresarial de cursar dicho alta.

Al margen ya de lo anterior, se dedica otro apartado a abordar la complejidad que plantean los contratos fijo-discontinuo y a tiempo parcial con "jornada concentrada" en su articulación con el desempleo. Concretamente se trata del cálculo de las bases reguladoras y de los cómputos de ocupación cotizada en ambas modalidades contractuales, que determinan la cuantía a percibir así como la longitud temporal de derecho a tal percibo.

Y se expone el parecer del TS a la hora de extender o no al subsidio por desempleo para mayores de 52 años la ficción cotizatoria por parto para la mujer trabajadora. Como se sabe, dicho beneficio prestacional consiste en un incremento de 112 días de cotización por cada hijo biológico traído al mundo, más otros 14 días por cada hijo extra en caso de parto múltiple, pero circunscribiéndose ello "a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente". La STS nº 576/2022, de 23 de junio, siendo ponente el magistrado Sempere Navarro, ha tenido a bien extender tal beneficio al referido subsidio.

Por último, se muestran las conclusiones alcanzadas y se realizan propuestas legislativas.

1. EL NUEVO CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Son beneficiarios de la prestación por desempleo quienes "pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos" (art. 262 LGSS). Ya desde este precepto, que abre el Capítulo III de la LGSS, queda meridianamente claro que la extinción de la prestación de servicios debe ser involuntaria para merecer la acción protectora del sistema. Lo cual no debiera quizás expresarse en términos tan absolutos, habida cuenta de la previsión de algunos supuestos en los que es la persona trabajadora quien da el paso de instar la resolución de su vínculo contractual: movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, incumplimiento grave del empresario o víctimas de violencia de género. Con todo, se está ante un elemento subjetivo imposible de comprobar si no se traduce a unos hechos objetivos. Y la objetivación de esos hechos, esos "términos previstos" que indica el art. 262, vienen contenidos en el art. 267 LGSS cuando refiere qué ha de considerarse situación legal de desempleo[9].

[9] Sobre la reciente ampliación de dicho ámbito subjetivo a los trabajadores al servicio del hogar familiar habrá oportunidad de detenerse en el siguiente apartado. Baste saber por el momento que dicho colectivo ha sido incluido a todos los efectos en el apartado 1, letra a, de este precepto.

Reunido el resto de requisitos que exige el art. 266 LGSS, el solicitante causa derecho a la prestación[10]. Y los parámetros que vienen a determinar su cuantía y su duración atienden a las bases de cotización diarias más recientes, al período de ocupación presentado en el arco temporal de los últimos seis años y al IPREM mensual vigente en cada momento[11]. Bien es verdad que la modificación efectuada por la última LPGE se limita a modificar el porcentaje aplicable a la base reguladora, pero no se considera ocioso exponer a vuelapluma una visión de conjunto de todos estos aspectos cuantitativos, contemplando además la subida del referido indicador para este ejercicio 2023.

1.1. Base reguladora

El art. 270.1 LGSS establece que la base reguladora de la prestación contributiva por desempleo será el promedio de las últimas 180 bases de cotización diarias aportadas por el beneficiario, sin que estos días tengan por qué ser consecutivos ni desempeñados para la misma empresa[12]. De dicho cómputo queda excluida la retribución por horas extraordinarias, con "independencia de su inclusión en la base de cotización por dicha contingencia fijada en el art. 19". Es decir, que las horas extraordinarias efectuadas, en su caso, por la persona trabajadora son tenidas en cuenta para engrosar la base de cotización a efectos del pago de las pertinentes cuotas a la Seguridad Social, pero ignoradas en orden a calcular la base reguladora de la prestación.

Mismo tratamiento reciben las cuantías percibidas en concepto de indemnizaciones por despido acordadas por las partes sobre lo legalmente establecido en el ET. Por estas hay obligación de cotizar conforme al art. 147.2.c LGSS —seguramente con fines recaudatorios o para dificultar conductas fraudulentas—, aunque en la medida en que no se corresponden con cantidades de naturaleza salarial[13] se ha de convenir en que una cosa es "su cotización a la Seguridad Social y otra que se integre, no siendo salario, en la base reguladora de la prestación por desempleo"[14].

En otro orden de cosas, si se observa un incremento injustificado de las bases de cotización computables, con el propósito de obtener una mayor base reguladora, ello tendrá la consideración de pacto nulo según lo dispuesto en el art. 143 LGSS. En este sentido, se entiende incremento injustificado de bases, constitutivo de fraude de ley, el del parado que había acordado con su empresa una subida retributiva mediante plus personal durante los 10 meses previos a la situación de desempleo, el cual "no se abonaba a ningún otro trabajador de la empresa, ni viene exigido en convenio colectivo"[15].

Conviene también recordar que cuando la situación legal de desempleo sobreviene durante el disfrute, por parte de la persona trabajadora, de una reducción de jornada por alguna de las causas

[10] A saber: estar en alta o situación asimilada, haber cotizado por esta contingencia al menos 1 año dentro de 6 inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, no tener derecho a acceder a la pensión de jubilación contributiva y estar inscrito como demandante de empleo.

[11] Para un conocimiento más pormenorizado del cálculo, véase a Areta Martínez, M., "Cuantía de la prestación contributiva por desempleo", *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 99-125.

[12] En tenor similar, el art. 4.1 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

[13] Cfr. con el art. 26 ET.

[14] Véase, por todas, la STSJ de Cataluña, de 13 de diciembre de 2019 (nº 6062/2019).

[15] STSJ de Andalucía/Granada, de 28 de octubre de 2015 (nº 2074/2015), apreciando fraude de ley en el aumento de bases de cotización que se tradujo en una mayor base reguladora de la prestación por desempleo y, *a posteriori*, también en una mayor pensión de jubilación.
No apreció fraude de ley la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 8 de junio de 2017 (nº 528/2017), en un incremento de salarios que "no es fruto de un acuerdo individual (…) sino que afecta a todos los trabajadores de la misma categoría profesional". Ni la STSJ de Castilla y León, de 15 de noviembre de 2017 (nº 1828/2017), al no encontrar indicios suficientes para constatar el fraude, pues este "no se presume sino que tiene que ser acreditado por quien lo invoca".

previstas por los puntos 5, 6 y 8 del art. 37 ET, las bases de cotización a tener en cuenta serán tomadas conforme al 100 % de la cuantía que hubiera correspondido de mantenerse la jornada sin reducción[16].

1.2. Duración y porcentaje aplicable

Es sabido que la duración del derecho al percibo depende del número de días de ocupación cotizada presentados por el beneficiario dentro del lapso de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar. De tal modo que al mínimo de 360 días de ocupación le corresponderían 120 de prestación, hasta alcanzar en una escala progresiva un máximo de 720 días de prestación si se han cotizado 2.160 días.

También el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora varía. Y lo hace en los casos en que el beneficiario haya causado un derecho al percibo superior a 180 días de protección. Así, durante esos primeros 180 días se cobrará a razón de un 70 % de la base reguladora, bajándose al 60 % desde el día 181 en adelante. Ello es así desde la entrada en vigor de la LPGE 2023, cuya disposición final 25ª ha venido a modificar el art. 270.2 LGSS por un tenor que ahora incrementa hasta el mencionado 60 un porcentaje que antes de situaba en el 50 a partir del día 181[17].

Todo lo cual puede reflejarse en la tabla que sigue:

Período cotizado (días)	Duración de la prestación	% sobre base reguladora
Desde 360 hasta 539	120 días	70 %
Desde 540 hasta 719	180 días	
Desde 720 hasta 899	240 días	60 %
Desde 900 hasta 1.079	300 días	
Desde 1.080 hasta 1.259	360 días	
Desde 1.260 hasta 1.439	420 días	
Desde 1.440 hasta 1.619	480 días	
Desde 1.620 hasta 1.799	540 días	
Desde 1.800 hasta 1.979	600 días	
Desde 1.980 hasta 2.159	660 días	
Desde 2.160	720 días	

1.3. Cuantías máximas y mínimas

Sin salir todavía del art. 270 LGSS, su apartado 3 dispone la fórmula para calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación. Estas consisten en aplicar un porcentaje a la cuantía del IPREM mensual, incrementada en una sexta parte, y en función del número de hijos a cargo que tenga el beneficiario. Las cuantías están sujetas a variación si durante el derecho al percibo la circunstancia del número de hijos a cargo cambiara; no así para con los incrementos experimentados por el IPREM,

[16] Se trata de las reducciones de jornada por nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, por cuidado de un menor de 12 años a cargo, por cuidado de una persona discapacitada que no realice actividad retribuida, por cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo ni realice actividad retribuida, por cuidado de un menor de edad a cargo que esté afectado de cáncer u otra enfermedad grave, por ser trabajadora víctima de violencia de género y por ser víctima de terrorismo.

[17] Por su parte, la disposición transitoria 9ª establece que tal modificación porcentual se extiende a quienes estuvieran percibiendo la prestación a la entrada en vigor de la ley.

que habrá de ser tomado en la cuantía mensual vigente en el momento del nacimiento de la prestación (art. 4.3 RD 625/1985)[18].

En lo atinente a la cuantía máxima, esta se calcula como sigue:

— Para beneficiarios sin hijos a cargo: 175 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.

— Para beneficiarios con un hijo a cargo: 200 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.

— Para beneficiarios con dos hijos o más a cargo: 225 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.

— Y, de una manera similar, se prevé para las cuantías mínimas:

— Para beneficiarios sin hijos a cargo: 80 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.

— Para beneficiarios con hijos a cargo: 107 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.

Así las cosas, mientras el IPREM mensual esté cuantificado en 600 euros[19], las cuantías máximas serán las que siguen: 1.225 euros para beneficiarios sin hijos a cargo, 1.400 euros para beneficiarios con un hijo a cargo y 1.575 euros para beneficiarios con dos hijos o más a cargo. Y las cuantías mínimas serán estas: 560 euros para beneficiarios sin hijos a cargo y 749 euros para beneficiarios con hijos a cargo.

2. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO: LA INCLUSIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

La protección por desempleo se entiende como un conjunto de medidas enfocadas a atender la situación de necesidad en que se ven quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven suspendida o reducida su relación laboral. Siendo este el hecho causante de la acción protectora —y sabiendo que se requiere además haber contribuido al sistema por esta contingencia durante al menos 1 año dentro de los anteriores 6—, encontrarse en "situación legal de desempleo" constituye la auténtica llave maestra del acceso a la prestación[20].

En efecto, este ámbito de aplicación ha sido recientemente ampliado, dando cabida a un colectivo cuya histórica exclusión ha generado ríos de tinta: los trabajadores domésticos. Ello por tratarse de una actividad minusvalorada pese a estar en auge, altamente feminizada (en torno a un 95 %), y no existiendo fundamentación legal suficiente para haber sido objeto de tal discriminación[21]. De manera que la reforma acometida por el RD-Ley 16/2022 era necesaria, y su procedencia está fuera de toda duda si se atiende a las especiales condiciones laborales y de protección social en que se veían encuadrados.

[18] A estos efectos, tienen la consideración de hijos a cargo aquellos menores de 26 años, o mayores con un grado de discapacidad reconocido en al menos un 33 %, que carezcan de rentas de iguales o superiores al SMI vigente en cada momento excluyendo pagas extraordinarias, y que convivan con el beneficiario (salvo obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial, o sostenimiento económico del hijo).

[19] El art. 2.2 RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, establece que la cuantía de este indicador vendrá determinada anualmente vía PGE.

[20] Sempere Navarro, A.V., "Reconocimiento y ámbito subjetivo del derecho", *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 27-28.

[21] Véase el art. 264.1.a LGSS.

Se trata de un colectivo de incontestable presencia femenina, inmigrante, con un uso recurrente de contrataciones a tiempo parcial y que cuenta con personas que desempeñan funciones en régimen interno[22]. Y entre sus desprotecciones más flagrantes estaba la exclusión que realizaban los ya derogados art. 3.4 LPRL, respecto de su ámbito de aplicación, y art. 251.d LGSS en orden a la materia que aquí se aborda. Por ello es que la homogeneización del personal al servicio del hogar familiar dentro del Régimen General era una cuestión que llevaba al menos 15 años en la agenda social del legislador. No obstante, ha tenido que ser la STJUE, de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), la que precipitara los acontecimientos al considerar que el recién mencionado art. 251.d LGSS contravenía el art. 4.1 Directiva 79/7/CEE[23], constituyendo ello una discriminación indirecta por razón de género carente de justificación[24].

La sentencia irrumpió en el escenario socio-laboral, en efecto, no enarbolando innovaciones normativas ni una rompedora corriente doctrinal, sino cimentando su argumentación sobre la obvia discriminación indirecta consistente en dejar extramuros de la protección por desempleo a un colectivo en el que 19 de cada 20 trabajadores son mujeres[25]. Los argumentos esenciales de la TGSS y del Gobierno residían en la particularidad del sujeto empleador y del lugar de la prestación de servicios. El hecho de que el empleador no sea un empresario profesional sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio económico, podría significar, ante el incremento de cargas cotizatorias, una disminución de las contrataciones así como la extinción de relaciones laborales ya existentes. Y en lo referente a que el centro de trabajo sea el hogar de un particular, ello impediría una labor inspectora eficaz que —debido a la inviolabilidad del domicilio— facilitaría las conductas fraudulentas encaminadas a obtener indebidamente prestaciones económicas.

No opinó así el TJUE. Luego de cuestionar la coherencia de dicha exclusión, señalando la existencia de otras actividades realizadas a domicilio para empleadores no profesionales a las que sí se daba cabida —como chóferes o jardineros—, procedió a subrayar el dato de la afiliación femenina para concluir que la normativa española, a este punto, iba más allá de lo debido e incurría en discriminación indirecta. En la sentencia se señala también que la exclusión de la protección por desempleo acababa perjudicando también, de manera colateral, al perder la persona trabajadora las cotizaciones para jubilación vinculadas al tiempo del percibo del paro[26], así como el acceso a los subsidios que se abren al término de la prestación contributiva o la participación en programas de formación o recolocación profesional.

---

[22] Pueden consultarse cifras en Nieto Rojas, P., "Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT", *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº 2/2019, p. 398.

[23] Del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

[24] Para Benito Benítez, esta presencia masiva, pretérita y actual de las mujeres, implica que cualquier debate, análisis doctrinal y/o jurisprudencial, o procedimiento de generación legislativo, incumba al principio de transversalidad de género, pues toda actuación que se adopte generará un impacto indiscutible en las mujeres. Benito Benítez, M.A., "El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 5/2022, p. 13. En el mismo sentido, Romeral Hernández, J., "Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 2/2022, pp. 31-35; Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M., "Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad", *La Ley Unión Europea*, nº 101/2022, pp. 1-3; o Quintero Lima, M.G., "El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 468/2022, pp. 187-190.

[25] Según cifras aportadas por la propia TGSS en el trámite de conclusiones orales, de las 384.175 personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, 366.991 eran mujeres (95'53%) a 31 de mayo de 2021.

[26] Puede leerse comentario de la sentencia en Sempere Navarro, A.V., "La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3/2022; o en Abogados S.L.P., Gómez Acebo & Pombo., "La normativa española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar es contraria al Derecho de la Unión", *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 4/2022.

El celebrado pronunciamiento ha traído como consecuencia inmediata —además de la ratificación del Convenio 189 OIT— la reacción del Gobierno a través del RD-Ley 16/2022, norma en la que se ha optado por revisar de manera integral la regulación de cuantas condiciones de trabajo presentaban un matiz discriminatorio respecto del resto de actividades del Régimen General. Desaparece, pues, la ya mencionada exclusión del art. 3 LPRL, garantizándose una protección eficaz conforme a las particularidades propias del medio doméstico, se les abre la puerta del FOGASA ante supuestos de insolvencia o concurso de empleadores[27], se pone fin al desistimiento unilateral sin causa o se requiere la forma escrita para los contratos que vayan a durar al menos 4 semanas[28]. Así, la norma ofrece una mejora sustancial en las condiciones laborales y de Seguridad Social para las empleadas y empleados de hogar, en una equiparación de derechos muy demorada por épocas de crisis y ya pretéritas políticas de austeridad[29]. Cuestiones estas en las que no se va a profundizar por rebasar el objeto del presente estudio[30].

En lo atinente al desempleo, el RD-Ley 16/2022 ejecuta el mandato del art. 41 CE por el que los poderes públicos deben mantener un régimen público de Seguridad Social "para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo". En primer lugar, se da acceso a la prestación para los empleados domésticos mediante la derogación del art. 251.d LGSS. Se incorpora, en lógica consecuencia, un apartado 8º al art. 267.1.a en el que se involucra al colectivo entre las causas de situación legal de desempleo[31].

Y en segundo lugar, las bases de cotización pasan a ser 8, en lugar de 10, las cuales, tras la subida del SMI a 1.080 euros mensuales, se disponen conforme figura en la escala de más abajo:

Tramo	Retribución mensual Euros/mes				Base de cotización Euros/mes
1.º			Hasta	291	270
2.º	Desde	291,01	Hasta	451	386
3.º	Desde	451,01	Hasta	613	532
4.º	Desde	613,01	Hasta	775	694
5.º	Desde	775,01	Hasta	939	858
6.º	Desde	939,01	Hasta	1.098	1.018
7.º	Desde	1.098,01	Hasta	1.260	1.260
8.º	Desde	1.260,01			Retribución mensual

[27] Incluyéndoseles en el tenor del art. 33.2 ET.

[28] Arts. 11 y 5 RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del hogar familiar, respectivamente.

[29] Pérez del Prado, D., "La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 32/2022, pp. 243-258. En el mismo sentido, Baylos Grau, A.P., "La mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar", 2022, https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html.

[30] Al respecto, y sin ánimo de exhaustividad, puede leerse a Quintero Lima, M.G., "La desprecarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 473/2023, pp. 87-124; Quintero Lima, M.G., "Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras", *Iuslabor*, nº 3/2022, pp. 120-140; o Romeral Hernández, J., "Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar…, op. cit., pp. 31-57.

[31] "Por extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo recogido en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar".

A partir de 2024 las bases de cotización serán las que corresponda para las contingencias profesionales, según dispone el art. 19.3 LGSS para todos los Regímenes.

3. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y EXCEDENCIAS

3.1. Excedencia por cuidado de hijo y trabajo a tiempo parcial

En otro orden de cosas, y en aplicación de lo establecido por el art. 237 LGSS, la prestación por desempleo no se encuentra entre las que consideran como tiempo efectivo de cotización el permanecido por la persona trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijo menor. Dicha excedencia —que puede concederse por un período máximo de 3 años (art. 46.3 ET)— sí recibe el tratamiento de situación asimilada al alta, de manera que, si durante la misma se produjera alguna de las causas que desembocan en situación legal de desempleo, el empleado excedente podría causar derecho a la prestación.

De suceder esto, para determinar parámetros como el período de ocupación cotizada, la base reguladora o la duración del percibo, habría que estar al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 269.1 LGSS). Circunscribiéndose al cálculo de la base reguladora, por ejemplo, los 180 días inmediatamente anteriores habrán de ser, pues, tomados hacia atrás desde la fecha en que se pasó a la situación de excedencia forzosa. Y hasta aquí está todo orden.

No obstante, la normativa no contempla el supuesto de que el trabajador excedente que acaba generando una prestación por desempleo hubiera venido compaginando su excedencia forzosa con un contrato a tiempo parcial ya existente con anterioridad a pasar a tal situación. En este caso sí se presentarían cotizaciones: las generadas por el otro contrato a tiempo parcial. Y a falta de previsión normativa en el art. 270 LGSS, ¿cuál sería, pues, el momento a partir del cual retrotraerse para el cómputo de la base reguladora? ¿La fecha en que cesa la obligación de cotizar por la actividad principal que acaba causando el paro o aquella en que se produce la situación legal de desempleo?

Si se optara por la segunda posibilidad y las bases de cotización diarias de la actividad a tiempo parcial fueran menores —ello sería lo más probable—, la persona trabajadora estaría experimentando un perjuicio prestacional por el hecho de haber ejercitado dos derechos vinculados a la conciliación: la excedencia por cuidados y el contrato a tiempo parcial. Habida cuenta de que la mayoría de trabajadores que recurren a estas medidas son mujeres, ello podría representar una discriminación por razón de género[32]. Y sobre los interrogantes recién expuestos resuelve el pronunciamiento que se quiere comentar en el presente apartado.

Se trata de la SJS de Murcia, de 26 de abril de 2021 (nº 75/2021), que conoce del caso de una abogada que venía prestando servicios a tiempo completo para una asesoría, a la par que impartía docencia como asociada a tiempo parcial para la Universidad de Murcia. La profesional había iniciado en 2018 una excedencia por cuidado de hijo menor en su contrato a tiempo completo, esto es, en la asesoría jurídica, por el cual percibía salarios superiores a la base de cotización máxima vigente. No así en su relación laboral con la universidad, que siguió desempeñando a tiempo parcial y presentando unas bases de cotización notablemente inferiores. La problemática surgió al llegar el día de la reincorporación a su puesto, en enero de 2019, momento en que la empresa le entregó carta de despido por causas objetivas, debidamente fundamentada y aportando la indemnización pertinente.

El SPEE, para calcular la base reguladora de su prestación por desempleo, tomó las 180 bases de cotización anteriores al hecho causante: el cese en su relación laboral principal, abarcando pues un período en el que únicamente se había venido cotizando por el trabajo a tiempo parcial durante la situación de excedencia. Adviértase que el SPEE operó así por no haber cesado "la obligación de

[32] Cfr. con el art. 4 Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

cotizar". De manera que la cuantía de la prestación resultante fue ínfima en comparación con la que hubiera debido determinarse conforme a las bases de cotización diarias correspondientes al contrato extinguido.

La sentencia estimó íntegramente la pretensión de la trabajadora de trasladar el cómputo de las bases al momento inmediatamente anterior a la situación de excedencia por cuidado de hijo, por ser de aplicación la "teoría del paréntesis". Ello en aras de que la persona trabajadora, por el ejercicio de un elemento destinado a la conciliación, no viera "menoscabado su derecho a percibir la prestación por desempleo (…); pues la protección por maternidad va destinada a todas las mujeres y concierne a la sociedad misma, además reviste una significación especial para aquellas que ejercen una actividad profesional, tratando de garantizar que su situación biológica no constituya un obstáculo en su actividad profesional". Se expuso además que en la protección de la mujer trabajadora confluyen medidas de distinta índole: desde las que tienen un claro matiz laboral y buscan acomodar el contrato al hecho biológico de la maternidad, hasta aquellas que pretenden preservar el nivel de recursos económicos o, cuando menos, aminorar la pérdida de ingresos[33].

Así las cosas, y como ya se ha referido, se resuelve aplicar la teoría del paréntesis y tomar las bases de cotización correspondientes a los 180 días anteriores a la petición de excedencia, pues no ha de resultar perjudicado en términos prestacionales quien decide trabajar a tiempo parcial durante un período de excedencia por cuidado de hijos respecto de quien no lo hace[34]. Y a propósito del silencio del legislador a este punto, habrá oportunidad de proponer texto legal en las conclusiones de este estudio.

3.2. Excedencia voluntaria y negativa injustificada de la empresa al reingreso

En lo que respecta a la excedencia voluntaria, la escasa atención prestada por el ET es inversamente proporcional al volumen de problemas interpretativos que desprende, y en torno a los cuales se ha venido desplegando una jurisprudencia casi impredecible. La posición de fragilidad en que queda el excedente voluntario se acentúa cuando este solicita el reingreso preferente y se topa con la negativa empresarial, no sólo porque se le abre un panorama de actuación bastante complejo —acción por despido o acción declarativa de derechos— sino porque también el acceso a la prestación aquí estudiada podría resultar dificultoso[35].

Buen ejemplo de esta problemática puede encontrarse en la STS de 13 de julio de 2021 (nº 781/2021). Se trata de un litigio en el que el SPEE se negó a conceder el derecho al percibo a una trabajadora que desempeñaba labores de limpieza a tiempo parcial para dos mercantiles y, tras disfrutar de un año de excedencia voluntaria en ambas, una de ellas le niega el reingreso. Esta empresa reconoce la improcedencia del acto extintivo y abona la indemnización pertinente en acto de conciliación judicial, y es por ello que la operaria queda en situación legal de desempleo y pide, por tanto, causar derecho a la prestación. La denegación del SPEE viene fundamentada en que, a pesar de estar la solicitante desempleada por causas ajenas a su voluntad, no cumple el requisito de

[33] En el mismo sentido, la STSJ de Baleares, de 26 de junio de 2020 (nº 207/2020).

[34] Para Sánchez Melgarejo resulta paradójico, pues a pesar de que "el contrato a tiempo parcial también viene configurado como una medida de flexibilidad laboral, lo cierto es que en este caso condujo al perjuicio para la trabajadora excedente por lo que hacía a su prestación por desempleo". Puede leerse un análisis más detallado de la sentencia en Sánchez Melgarejo, A.M., "Precariedad, conciliación y protección social de las trabajadoras. Estudio del supuesto de prestación por desempleo de la trabajadora a tiempo parcial en situación de excedencia", *Aspectos clave para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*, Fernández Collados, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 125.

[35] Viqueira Pérez, C., "Excedencia voluntaria, negativa injustificada al reingreso y derecho a la prestación por desempleo", *Anuario 2021 de jurisprudencia laboral*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Madrid, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 799.

encontrarse en alta o situación asimilada[36] pues la empresa no procedió a cursar el alta el día en que negó el derecho a la readmisión.

El conflicto llega al TS y la trabajadora ve estimada su pretensión —ya concedida por el TSJ de Madrid en sentencia de 11 de julio de 2018 (784/2018)— sobre la idea de que por el hecho de que la mercantil no la readmitiera, e incumpliera su obligación de cursar el alta antes de optar por extinguir la relación laboral, no debe derivarse de ahí un perjuicio prestacional. Resultó clave en ese sentido el art. 281 LGSS, por cuanto establece que la entidad gestora ha de pagar las prestaciones por desempleo "en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y de cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a esta por las prestaciones abonadas". Y a pesar de que la sentencia no lo indique expresamente, es de lógica consecuencia que el SPEE hubo de abonar automáticamente las cuantías generadas en concepto de prestación por desempleo.

4. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS Y TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL CON "JORNADA CONCENTRADA"

Otra relación particular con la prestación por desempleo es la que tienen los trabajadores fijos-discontinuos, quienes pueden acceder a su protección tanto en supuestos de extinción definitiva como durante los períodos de inactividad inherentes a esta modalidad contractual[37]. El art. 267.1.d LGSS, al término de la actividad intermitente o cíclica, pone a estos trabajadores en la disyuntiva de causar derecho a la prestación —si reúnen el resto de requisitos— o continuar acumulando cotizaciones para disfrutarla tal vez en un período posterior.

Con la primera opción, si el fijo-discontinuo fuera llamado para reanudar su actividad se suspendería la prestación, salvo que este no se presentara a la llamada y ello diera lugar, pues, a la extinción del beneficio. A falta de llamamiento, huelga decir que la persona trabajadora se encontraría igualmente en situación legal de desempleo, quedando así expedito el derecho a percibir (o a continuar percibiendo) el paro. Con la segunda posibilidad, esto es, si se optara por la acumulación de cotizaciones para un derecho futuro, podría suceder también que el operario no volviera a ser llamado para reincorporarse. En este supuesto operaría la teoría del paréntesis, en orden a retrotraer el cómputo de las 180 bases de cotización diarias a la fecha de terminación de los trabajos, para que el beneficiario acceda a la prestación sin merma en el período de percibo. De lo contrario la decisión extintiva representaría un doble daño: la extinción laboral y un perjuicio prestacional[38].

Paralelamente, cabe hablar en este apartado de otra figura contractual que, pese a sus similitudes en lo laboral con la recién esbozada, presenta un tratamiento inverso en lo que a la prestación se refiere. Se trata del contrato indefinido a tiempo parcial con jornada concentrada —también llamada

[36] Cfr. con el art. 266 LGSS: "Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 264 deberán reunir los requisitos siguientes:
a) Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.
(…)".
Y, como se sabe, entre las situaciones asimiladas al alta recogidas por el art. 166 LGSS no se encuentra la negativa empresarial injustificada tras el ejercicio de una excedencia voluntaria.

[37] Para mayor conocimiento de la figura puede leerse, por ejemplo, a Gorelli Hernández, J., "El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021", *Temas Laborales*, nº 161/2022, pp. 217-252; o a Martínez Barroso, M.R., "Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 251/2022, pp. 153-216.

[38] González García, S., "Compatibilidad con las prestaciones de desempleo", *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 351-352.

vertical o compactada[39]—, en el que el trabajador permanece en situación de alta todo el año pese a desempeñar funciones a jornada completa solo durante algunas partes del mismo[40].

Tanto es así que la STS de 23 de junio de 2021 (nº 626/2021) tuvo que resolver sobre la pretensión de una empleada de una aerolínea que, contratada bajo la modalidad de indefinida a tiempo parcial con el 73'97 % de la jornada anual, quiso que se la considerara fija-periódica y percibir la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad. Así las cosas, había desempeñado funciones desde junio de 2015 y a razón de 270 días al año, en períodos que abarcaban desde el inicio de junio hasta finales de febrero del año posterior, permaneciendo en alta y cotizando en todo momento. Sin embargo, el 26 de febrero de 2018, al término de su último período de actividad, solicitó al SPEE la prestación entendiendo que era una trabajadora fija-periódica y que, por tanto, se encontraba en situación legal de desempleo. El TS acabó declarando que la actividad desempeñada por la trabajadora, pese a presentar períodos de inactividad, era bajo la modalidad contractual indefinida a tiempo parcial vertical, esto es, con jornada anual concentrada, y no cabía protección por desempleo pues "no se encuentra en ninguna de las situaciones contempladas en el art. 267.1 LGSS como situación legal de desempleo". Efectivamente, no se había producido extinción, ni suspensión ni reducción de jornada, ya que la persona trabajadora había realizado la totalidad de la jornada y percibido la totalidad de la retribución pactada, y además había venido cotizando a todos los efectos y de manera ininterrumpida desde el 1 de junio de 2015[41].

Lo anterior ya había sido asentado por el TJUE, de manera tangencial, en sentencia de 9 de noviembre de 2017 (caso C-98/2015), al considerar discriminatorio que a los contratados a tiempo parcial vertical se les computaran únicamente los días de trabajo como período de ocupación cotizada[42]. Tal decisión vino determinada por representar esto una discriminación indirecta por razón de género, dado el mayor componente femenino de los contratos a tiempo parcial. Ello provocó un cambio legislativo en orden a cotizar la totalidad de los períodos en alta, con independencia de qué días se haya trabajado y cuáles no[43]; dejando la cuestión, pues, como se conoce.

El RD-Ley 32/2021[44] no ha introducido cambios en este sentido, pero al haber reconducido el contrato a tiempo parcial fijo-periódico al contrato fijo-discontinuo[45], la articulación de aquel respecto de la prestación analizada sí ha variado. Así, pasa a regirse conforme a las reglas del fijo-discontinuo, esto es, sin aplicación de coeficientes de parcialidad y como si fuera a tiempo completo.

Ello da lugar a que en estos contratos —con independencia de que se pacten o no fechas precisas de desempeño— solo se computen como períodos de ocupación cotizada aquellos en los que

[39] Véanse las SSTS de 14 de enero de 2020 (nº 1386/2020) y de 23 de junio de 2021 (nº 646/2021).

[40] Cfr. con art. 65.3 Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

[41] Duque González opina que la sentencia quiso distinguir ambas modalidades, pero lo hizo sin basarse en criterio laboral alguno, sino acogiéndose a meros problemas burocráticos de Seguridad Social, limitándose a firmar que como no se había tramitado la baja de la profesional, y esta seguía en alta y cotizando, no era fija-periódica y no procedía la prestación. En definitiva, "utilizó un argumento de corte técnico-burocrático en materia de Seguridad Social para escurrir el bulto y eludir cualquier tipo de delimitación laboral entre ambos supuestos". En Duque González, M., "El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la problemática en relación con la prestación contributiva por desempleo", *Trabajo y Derecho*, nº 98/2023, p. 4.
En el mismo sentido, la STSJ de Madrid, de 3 de abril de 2019 (nº 335/2019).

[42] Véase análisis detallado sobre la sentencia en Pérez del Prado, D., "Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial: las enseñanzas del caso Espadas Recio", *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Miranda Boto, J.M. (Dir.), Madrid, Ediciones Cinca, 2018, pp. 295-315.

[43] Por RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

[44] De 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

[45] El art. 12.3 ET, que contenía el fijo-periódico, ha sido derogado, quedando ubicados ambos contratos en el art. 16 ET.

se haya trabajado, a tiempo completo y sin aplicación de coeficientes de parcialidad. Expresado de otro modo, las bases de cotización a tener en cuenta son por cuantías correspondientes a tiempo completo, lo cual se traduce en una base reguladora más elevada, pero se requerirá más tiempo para alcanzar el período mínimo de carencia que genera la prestación. Al contrario de lo que sucede para con los contratos a tiempo parcial con jornada concentrada, en los que se cotiza todo el año a tiempo parcial, alcanzándose así antes el derecho al percibo, pero con bases reguladoras menores, confeccionadas por bases de cotización a tiempo parcial[46].

Y para los casos en que el contrato fijo-discontinuo se configure a tiempo parcial, por permitirlo un convenio sectorial, las reglas son las mismas, de manera que las bases a tener en cuenta ya vendrían minoradas en orden a la proporción de jornada desempeñada durante el período de actividad. Así, viene a funcionarse en una suerte de aplicación combinada de las reglas del contrato a tiempo parcial corriente y del fijo-discontinuo.

5. APLICACIÓN DE LA COTIZACIÓN FICTICIA POR PARTO A EFECTOS DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS

El último de los pronunciamientos a destacar en este estudio es la STS de 23 de junio de 2022 (nº 576/2022), por la perspectiva de género mostrada y por su repercusión en la práctica, tanto en lo que respecta a las posibilidades de acceso de las mujeres al subsidio por desempleo para mayores de 52 años como en lo atinente, de manera indirecta, a adelgazar la brecha pensional. La cuestión sometida a conocimiento del TS consistió en resolver si había de aplicarse al referido subsidio la ficción cotizatoria prevista en el art. 235 LGSS por razón de alumbramiento. Dicho beneficio computa en favor de la trabajadora solicitante de una pensión "un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple". No obstante, ello se circunscribe, conforme al tenor del mismo precepto, a "las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente".

En el caso concreto, una potencial beneficiaria del subsidio por desempleo para mayores de 55 años (por entonces) vio denegada su pretensión por parte del SPEE, por no reunir el período

[46] Para Duque González, el exceso de tiempo que se exige al fijo-discontinuo para causar derecho respecto al contrato a tiempo parcial vertical se ve compensado por el mantenimiento de su base reguladora al 100 %. Además, el trabajador a tiempo parcial no va a poder percibir prestación alguna durante sus tiempos de inactividad. Ello "compensa con creces el exceso temporal del mantenimiento en el empleo (que no de contributividad) que se exige al fijo-discontinuo. De hecho, los trabajadores fijos-discontinuos, a partir de un período de actividad anual de 9 meses o más pueden completar su cotización durante la totalidad del año a tiempo completo (…) con la prestación por desempleo, a la vez que generan un nuevo derecho para completar años sucesivos". Duque González, M., "El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021…, op. cit., pp. 7-8.
Diversa opinión tiene Rivera Sánchez, para quien "mal se compadece la regulación existente con una respuesta coherente a la hora de proceder al reconocimiento, o no, de una prestación por desempleo durante los períodos de inactividad de algunos trabajadores (…) que a los trabajadores fijos discontinuos regulados en el art. 16 ET sí se les reconozca sin ambages la existencia de una situación legal de desempleo y a aquellos que tienen una jornada a tiempo parcial concentrada, originada para satisfacer una necesidad organizativa o productiva de la empresa, se les deniegue sin un fundamento jurídico". Para el autor, las partes transforman ese contrato a tiempo parcial en "un contrato fijo periódico mediante el llamado principio general de irrelevancia del *nomen* iuris [los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son] en el que, sin duda, el trabajador tendría garantizado el acceso a la situación legal de desempleo durante el período de inactividad". Ello por aplicación del principio de jerarquía normativa, y habida cuenta de que el art. 65 RD 2064/1995 contraviene lo dispuesto en los arts. 267.1.d LGSS y 16 ET. En Rivera Sánchez, J.R., "Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con "jornada concentrada", durante el período de inactividad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 249/2022, p. 10.

de cotización por desempleo de al menos 6 años durante su vida laboral[47]. La persona trabajadora había cotizado un total de 1861 días y era madre de tres hijos, nacidos en 1980 y 1981, ergo, la consideración o no de dichos beneficios cotizatorios marcaba la diferencia entre causar o no derecho al subsidio. La postura del SPEE se ciñe al tenor literal del art. 235 LGSS, no siendo posible conforme a este completar los 6 años de carencia necesarios a efectos del subsidio peticionado.

El TS se decantó finalmente por una interpretación amplia del referido precepto, en orden a extender la toma en consideración de las cotizaciones ficticias por parto al subsidio por desempleo para mayores de 55 (hoy 52) años. Ello porque son innegables las conexiones entre el subsidio y la pensión contributiva de jubilación, teniendo en cuenta fundamentalmente que durante la percepción de aquel se cotiza de cara a esta, además de porque puede mantenerse su percepción hasta cumplir la edad ordinaria de acceso a la jubilación[48]. El art. 41 CE insta a mantener un sistema público de Seguridad Social que garantice a todos los ciudadanos "prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo" y, en atención al art. 53.3 de la misma norma suprema, los poderes públicos tienen el deber de informar a la práctica judicial sobre el respeto y la protección de los principios contenidos en el Capítulo tercero. Así las cosas, las ficciones cotizatorias deben interpretarse atendiendo a la finalidad del precepto, esto es, favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a salir del mercado laboral como consecuencia de la maternidad. Y a la luz de lo anterior, el TS ha obviado la literalidad de algún precepto cuando era preciso para alcanzar los objetivos perseguidos por el legislador y caminar hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo[49].

A criterio del tribunal es preciso apartarse de la literalidad del art. 235 LGSS, pues "una interpretación sistemática de las diversas normas expuestas aconseja que así se haga también a la hora de contabilizar el tiempo previo de cotización por desempleo, pues lo contrario abocaría al paradójico resultado de tomarlas en cuenta para una pensión futura pero no para la prestación inmediata", que además repercute en la futura. Se ha de incorporar así la perspectiva de género como "cedazo interpretativo de nuestras normas, sin que ello suponga alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador (…) ni arribar a soluciones voluntaristas". Por todo ello, y como se ha anticipado, resuelve el TS que los 112 días de cotización ficticia por parto deben considerarse también a efectos de cumplir el período de carencia exigido por el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en base a una interpretación "teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género".

---

[47] Véase el art. 274.4 LGSS.
A este punto, cabe señalar la existencia de una corriente doctrinal en relación con las cotizaciones ficticias consistente en que la finalidad del precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan contribuido al sistema, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales derivados de su actividad profesional, pues esta se ha visto afectada por las circunstancias derivadas de su género. De tal manera que no es tan solo la natalidad el bien protegido, sino el vínculo de la misma con la actividad profesional, con el propósito de fomentar la permanencia de la mujer en la vida activa a pesar de la maternidad. Cfr., por todas, con las SSTS de 22 de noviembre de 2016 (nº 973/2016), de 14 de junio de 2016 (nº 525/2016), de 22 de febrero de 2013 (nº 1887/2013) o de 21 de diciembre de 2009 (nº 8449/2009).

[48] Véanse los arts. 277.3 y 280.1 LGSS.

[49] Según García Romero, el Alto Tribunal es "consciente de los sólidos argumentos que pesan contra la extensión del citado beneficio, en especial, el tenor literal del precepto que circunscribe su eficacia a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente y la persistencia en el tiempo de la redacción, pese a las reformas que ha experimentado la LGSS desde su versión de 1994 a la de 2015. No obstante, el análisis detenido de su doctrina sobre la finalidad de las cotizaciones ficticias por parto —previamente expuesta en el FJ 5º—, en conjunción con otros parámetros interpretativos relevantes, le hace inclinarse por una respuesta afirmativa a la cuestión planteada (…) y es evidente que la mejor forma de proteger ante situaciones por desempleo a las mujeres que han sido madres es extender su aplicación a esta prestación". En García Romero, B., "Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma de consideración de las cotizaciones ficticias por parto", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7/2022.
Puede leerse también a Morales Vállez, C., "Sobre la aplicabilidad de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento a la prestación por desempleo para mayores de 52 años. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 576/2022, de fecha 23/06/2022, recaída en el Recurso nº 646/2021", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2022.

6. CONCLUSIONES

El cálculo de la prestación por desempleo ha sido ligeramente modificado por la LPGE 2023. Si bien el cambio se limita a un incremento del porcentaje a aplicar sobre la base reguladora a partir del 181º día del percibo, que ha pasado del 50 al 60 %. El aumento porcentual viene a mejorar las cuantías tanto para los beneficiarios nuevos como para los que ya tuvieran dicha condición por situaciones de desempleo generadas con anterioridad a 1 de enero del presente año. De otro lado, la subida experimentada por el IPREM mensual desde los 579'02 euros del año 2022 hasta los 600 vigentes (un 3'625 % más) eleva las cuantías máximas y mínimas a percibir por los nuevos beneficiarios en la misma proporción. Ello da lugar a unas máximas de 1.225 euros para beneficiarios sin hijos a cargo, 1.400 euros para beneficiarios con un hijo a cargo y 1.575 euros para beneficiarios con dos hijos o más a cargo; y las cuantías mínimas quedan como sigue: 560 euros para beneficiarios sin hijos a cargo y 749 euros para beneficiarios que sí tengan hijos a cargo. Ahora bien, no extender los incrementos de estas cuantías a las prestaciones ya causadas con anterioridad se antoja un artificio recaudatorio cuando menos cuestionable. En efecto, el legislador parece primar a este punto el principio de sostenibilidad financiera por encima del de solidaridad, poniendo así, con el devenir del tiempo, en una situación de pérdida de poder adquisitivo a los beneficiarios de las prestaciones que se vieran afectadas en su cálculo por las cuantías máximas y mínimas.

En lo referente a la ampliación del ámbito subjetivo de la prestación, dando cabida a la relación laboral especial de las trabajadoras y trabajadores domésticos, no puede menos que celebrarse. Ello por cuanto el RD-Ley 16/2022 ha terminado con el histórico destierro de este colectivo no sólo de la protección por desempleo, sino también en materia de seguridad y salud laboral o en lo que respecta al FOGASA ante supuestos de insolvencia empresarial. Lo anterior, junto con la supresión del desistimiento unilateral sin causa por el empresario o la equiparación en términos cotizatorios para con el resto de trabajadores del Régimen General, viene a mejorar sustancialmente las condiciones laborales y de protección social de la profesión feminizada por antonomasia, cuya situación había sido calificada por la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) como de "desamparo social".

Obviando el sonrojo de que las modificaciones legislativas operadas hayan tenido que llegar a golpe de sentencia supranacional, estas se han de valorar positivamente. Sobre todo en lo atinente a la prestación aquí analizada, pues más allá de la protección en sí —que no es poca cosa— la referida inclusión de este colectivo va a ayudar de manera indirecta a suavizar la brecha pensional en los años venideros, en tanto que los perceptores de la prestación por desempleo cotizan de cara a la pensión de jubilación y ello va a dar lugar a vidas laborales más extensas y, por ende, a porcentajes aplicables más altos.

Para los supuestos de acceso a la protección por desempleo, tras disfrute de un período de excedencia por cuidado de hijo menor, en los que la persona trabajadora hubiera venido compaginando este con otro empleo a tiempo parcial, no se encuentra ningún sentido al proceder del SPEE por cuanto de la no aplicación de la teoría del paréntesis resultaría perjudicado este beneficiario/a respecto de quien no hubiera compaginado dicha excedencia con tal empleo parcial. El hecho de que el legislador no previera un supuesto tan rebuscado no deja de poner en evidencia a la entidad gestora, que a este punto parece olvidar —o desconocer— que la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007[50] encomienda a todos los poderes públicos la "remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica y formal", pudiendo incluso formular "un derecho desigual a favor de las mujeres" estableciendo cautelas y condicionamientos para asegurar su constitucionalidad. En este sentido la solución adoptada por la SJS de Murcia, de 26 de abril de 2021 (nº 75/2021), se entiende adecuada, pues la contraria hubiera llevado a la beneficiaria a experimentar un perjuicio prestacional por el hecho de haber ejercitado dos derechos vinculados a la conciliación, y habida cuenta de que la mayoría de trabajadores que

[50] De 26 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

recurren a estas medidas son mujeres, ello podría representar una discriminación por razón de género contraviniendo el art. 4.1 Directiva 79/7/CEE.

Por ello, no estaría de más que el legislador llenara una laguna que, aun entendible, ya ha tenido dos años para solventar. Y a este punto se propone la adición de un séptimo punto al art. 270 LGSS, en el que se disponga que para los supuestos recién referidos se adoptará la aplicación de la teoría del paréntesis. Su tenor podría ser el que sigue:

"*En los supuestos de excedencia forzosa previstos por los apartados 3 y 4 del artículo 46 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización a tener en cuenta serán las inmediatamente anteriores a la situación de excedencia, salvo que estas resultaran perjudiciales para el beneficiario*".

En lo que respecta a los supuestos de negativa empresarial para el reingreso tras el disfrute de una excedencia voluntaria, en los que además esta incumpliera la obligación de cursar el alta antes de proceder a la extinción de la relación laboral, se quiere proponer también la adición de 7hh nyyjjyjj otro punto al art. 166 LGSS para incorporar dicho supuesto a las situaciones asimiladas al alta. El texto podría decir:

"*También se considerarán asimilados al alta los casos de excedencia voluntaria tras los cuales la empresa se negara injustificadamente a la readmisión de la persona trabajadora"*.

Lo cual habría de traer consigo una previsión similar en el art. 2 RD 625/1985.

En atención a lo expuesto sobre cómo se articula la prestación por desempleo con los contratos a tiempo parcial de "jornada concentrada" y cómo lo hace con los fijos-discontinuos, no se aprecia un agravio comparativo para los primeros —como ha manifestado algún autor— en el hecho de que los períodos de inactividad no constituyan situación legal de desempleo. Ello por cuanto se ve compensado con permanecer en alta y cotizando durante la totalidad del año, alcanzando así antes el período de ocupación requerido para causar derecho a un hipotético percibo. Visto desde la otra perspectiva, esto es, desde el prisma de los trabajadores fijos-discontinuos, el exceso de tiempo que se les exige para acceder a la protección por desempleo viene a compensarse con el mantenimiento de sus bases de cotización al 100 % y con la posibilidad de consumir la prestación si se considera oportuno.

Por último, la extensión de la ficción cotizatoria por parto —operada por el TS en sentencia de 23 de junio de 2022 (nº 576/2022)— a efectos de reunir el período de carencia previsto en el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, se valora como adecuada en tanto que la perspectiva de género debe llevar también a evitar el excesivo rigorismo procesal y normativo que impida la "remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica", no corregibles mediante la sola aplicación formal del principio de igualdad. Ello por cuanto la finalidad última del precepto es favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a salir del mercado laboral como consecuencia de la maternidad y suavizar la brecha pensional.

Habida cuenta de la solución adoptada, se propone la adición al art. 235 LGSS de una referencia expresa al subsidio en cuestión, con una redacción que podría quedar como sigue:

"A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, *y del subsidio por desempleo para mayores de 52 años,* se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple".

7. BIBLIOGRAFÍA

Abogados S.L.P., Gómez Acebo & Pombo., "La normativa española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar es contraria al Derecho de la Unión", *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 4/2022.

Areta Martínez, M., "Cuantía de la prestación contributiva por desempleo", *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020.

Baylos Grau, A.P., "La mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar", 2022, https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html.

Benito Benítez, M.A., "El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 5/2022.

De la Rica, S., "Wage gaps between workers with indefinity and fixed-term contracts: the impactof firm and occupational segregation", *Moneda y Crédito*, nº 219/2004.

Duque González, M., "El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la problemática en relación con la prestación contributiva por desempleo", *Trabajo y Derecho*, nº 98/2023.

Fina Sanglás, L., "El problema del paro en Europa: causas y remedios", *Ekonomiaz*, nº 31/1995.

García Romero, B., "Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma de consideración de las cotizaciones ficticias por parto", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7/2022.

González García, S., "Compatibilidad con las prestaciones de desempleo", *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020.

Gorelli Hernández, J., "El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021", *Temas Laborales*, nº 161/2022.

Jansen, M., "El reto de la inserción de los desempleados de larga duración", *Policy Papers*, nº 26/2016.

Martínez Barroso, M.R., "Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 251/2022.

Méndez, I.: *El desempleo de larga duración en España y la Región de Murcia*, Murcia, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M., "Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad", *La Ley Unión Europea*, nº 101/2022.

Morales Vállez, C., "Sobre la aplicabilidad de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento a la prestación por desempleo para mayores de 52 años. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 576/2022, de fecha 23/06/2022, recaída en el Recurso nº 646/2021", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2022.

Nieto Rojas, P., "Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT", *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº 2/2019.

Pérez del Prado, D., "Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial: las enseñanzas del caso Espadas Recio", *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Miranda Boto, J.M. (Dir.), Madrid, Ediciones Cinca, 2018.

Pérez del Prado, D., "La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 32/2022.

Pérez Menayo, V., "El paro: Un paro para la Comunidad Europea", *Revista Noticas CEE*, nº 53/1989.

Quintero Lima, M.G., "El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 468/2022.

Quintero Lima, M.G., "Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras", *Iuslabor*, nº 3/2022.

Rivera Sánchez, J.R., "Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con "jornada concentrada", durante el período de inactividad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 249/2022.

Romeral Hernández, J., "Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 2/2022.

Ruiz de la Cuesta Fernández, S., "Empleo y desempleo en la Unión Europea: del desinterés a la prioridad absoluta", *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

Sánchez Melgarejo, A.M., "Precariedad, conciliación y protección social de las trabajadoras. Estudio del supuesto de prestación por desempleo de la trabajadora a tiempo parcial en situación de excedencia", *Aspectos clave para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*, Fernández Collados, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022.

Sempere Navarro, A.V., "La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3/2022. Sempere navarro, A.V., "Reconocimiento y ámbito subjetivo del derecho", *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020.

Viqueira Pérez, C., "Excedencia voluntaria, negativa injustificada al reingreso y derecho a la prestación por desempleo", *Anuario 2021 de jurisprudencia laboral*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Madrid, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Jubilación anticipada por razón de la actividad y principio de no discriminación. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo (sala Contencioso-Administrativo, sección 4ª) núm. 1140/2022, De 14 de septiembre

Early retirement on grounds of activity and the principle of non-discrimination. Analysis of the Ruling of the Supreme Court (Contentious-Administrative Chamber, 4th section) no. 1140/2022, of 14 September

Francisca Moreno Romero *Profesora Contratada Doctora Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-3651-2150

Cita Sugerida: MORENO ROMERO, F.: «Jubilación anticipada por razón de la actividad y principio de no discriminación. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo (sala Contencioso-Administrativo, sección 4ª) núm. 1140/2022, De 14 de septiembre». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 115-123

Resumen

La cuestión analizada en la sentencia de referencia estriba en la determinación de si existió discriminación por trato desigual, basada en el art. 14 CE, en la falta de reconocimiento del derecho de jubilación anticipada por razón de actividad respecto de un miembro del cuerpo de Policía Mossos d´Esquadra en relación con el cuerpo de la Ertzaintza. Así, la inactividad de la Administración pudo derivar en una situación de trato desigual hacia el interesado al verse perjudicado respecto de la fecha en que tendría derecho, dada la identidad de funciones entre los cuerpos de Policía sometidos a comparativa, de acceso a esta modalidad de jubilación. Es singular en el caso de análisis, el hecho de que el recurrente solicita la determinación y el cese en el trato desigual que recibe cuando, en fecha de la sentencia, ya se ha producido tal cese. No corresponde, como demanda el actor, reconocimiento de indemnización alguna puesto que el reconocimiento de haber sufrido temporalmente una discriminación injustificada sirve de satisfacción jurídica y moral.

Palabras clave

Jubilación anticipada por razón de actividad; discriminación; aplicación de diferente régimen jurídico.

Abstract

The issue analysed in the ruling in question is to determine whether there was discrimination due to unequal treatment, based on Art. 14 EC, in the failure to recognise the right to early retirement on the grounds of activity in respect of a member of the Mossos d'Esquadra police force in relation to the Ertzaintza police force. Thus, the inactivity of the Administration could have led to a situation of unequal treatment of the interested party by prejudicing the date on which it would be entitled, given the identity of functions between the police forces subject to comparison, to access to this type of retirement. It is unique in this case that the appellant requests the determination and cessation of the unequal treatment received when, at the date of the ruling, such cessation has already taken place. It is not appropriate, as the plaintiff claims, to award any compensation, since the acknowledgement of having temporarily suffered unjustified discrimination serves as legal and moral satisfaction.

Keywords

Early retirement on grounds of activity; discrimination; application of different legal regime.

Fecha Recepción: 13/2/2023 - Fecha Revisión: 21/2/2023 - Fecha Aceptación: 28/2/2023
Pags. 115-123

1. CONTEXTO NORMATIVO: LA DETERMINACIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DE ACTIVIDAD A TRAVÉS DEL ESTABLECIMIENTO DE COEFICIENTES REDUCTORES

La reducción de la edad de jubilación para ciertos colectivos de personas trabajadoras que desempeñan un trabajo cuyas funciones son consideradas de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, presenta una dilatada trayectoria en nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social.

El análisis de la figura de aplicación de coeficientes reductores -con singularidades destacables y diferenciales de la figura de la jubilación anticipada[1]- que nos concierne a los efectos del análisis de la sentencia objeto de este estudio, STS (sala tercera) núm. 1140/2022, de 14 de septiembre, es aquélla que establece reducciones en la edad de acceso a la jubilación por razón de la actividad desempeñada, regulada en el art. 161. Bis.1 LGSS.1994 (actualmente, contenida en el art. 206 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). La habilitación contenida en el referido art. 206 LGSS para el establecimiento, mediante real decreto y a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de edades rebajadas de jubilación, en relación a determinados colectivos tampoco es algo nuevo, pues tiene sus antecedentes tanto en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, como anteriormente, en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

Sin embargo, no fue hasta el año 2011, en el que vio la luz el *Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social*, que hubo una verdadera reglamentación en el procedimiento general a seguir para la aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo. En realidad, el procedimiento general implantado facilita que los trabajadores se beneficien, en primer lugar, de una mejora de sus condiciones de trabajo y, en último término, si ello no es posible, de una rebaja de su edad de jubilación, con el beneficio añadido de la consideración como cotizado del tiempo que corresponda de reducción de la edad. En concreto, el TS se refiere a esta reglamentación en los siguientes términos (STS núm. 549/2017 de 21 junio): "Son reveladores las siguientes afirmaciones del legislador reglamentario: a).- El «procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo.... exige la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector... el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación, que sólo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo, conllevará los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero... » [Exposición de Motivos]; b).- Cuando de «los estudios llevados a cabo en un colectivo o sector laboral se desprenda que ... existen excepcionales índices de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad y, asimismo, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad en el desarrollo de su actividad... se entenderán cumplidos los requerimientos exigidos en la legislación, respectivamente, para la reducción de la edad de acceso a la jubilación» [Exposición de Motivos]; c).- El procedimiento «podrá iniciarse» de oficio -por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social- o a instancia de los empresarios y trabajadores -por cuenta ajena o propia- a través de las organizaciones empresariales, sindicales o de autónomos más representativas a nivel estatal, y en todo caso se proclama que «las

[1] Así es, la jubilación anticipada clásica presenta dos singularidades básicas, a nuestro modo de ver, a saber, la anticipación de la edad de jubilación respecto de la edad legal establecida en el sistema y, en segundo lugar, la aplicación de unos coeficientes reductores que aminoran la cuantía de la prestación recibida. Precisamente esta última circunstancia es la que diferencia sustancialmente la consideración de jubilación anticipada de aquella jubilación -jubilación a edad reducida- en la que las personas trabajadoras se jubilan a una edad inferior a la legalmente establecida, en razón de la actividad que desempeñan, sin aplicación de los mencionados coeficientes reductores. En este sentido, véase Alzaga Ruiz, I. "La jubilación anticipada: Reflexiones a la luz de la última reforma", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 79, 2009, págs. 37-57.

empresas o los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, considerados individualmente, no estarán legitimados para instar el inicio de las actuaciones» [art. 10]; d).- Tras ello -instancia legitimada- se abre una fase previa en la que la Secretaría de Estado de Empleo, con la colaboración de otros organismos, llevará a cabo un estudio sobre la concurrencia de los supuestos que permiten determinar esos coeficientes o rebajar la edad [art. 11]; y e).- Posteriormente, si se deduce la necesidad de establecer coeficientes reductores de la edad o de adelantar la edad de jubilación, la Secretaría de Estado de Empleo lo pondrá en conocimiento de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, la cual, efectuados los estudios e informes que considere necesarios, «podrá iniciar los trámites, (…) para que mediante Real Decreto, dictado a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración, la edad mínima exigida en cada caso pueda ser rebajada, en un determinado sector o actividad, con indicación de las escalas, categorías o especialidades que resulten afectadas»[2].

De esta forma, el procedimiento exige la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector de que se trate, así como la penosidad, en la que se tendrá en cuenta los efectos de la turnicidad, el trabajo nocturno y el sometimiento, en su caso, a ritmos de producción, peligrosidad y toxicidad en las condiciones de trabajo y su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en las personas trabajadoras concernidas, el desarrollo de su actividad. Una vez determinadas estas circunstancias, procederá el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo. En estos casos, y en aras a mantener el equilibrio financiero del sistema, se podrán aplicar recargos variables en la cotización, en función de las condiciones de trabajo que presente cada actividad. Complementariamente, se pretendió corregir la discrecionalidad que hasta entonces estaba presente en la regulación de esta figura para determinados colectivos, decisiones que, en muchos casos, tenían relación con la presión ejercida por los colectivos de que se tratase, reflejo también de su "fuerza social"[3].

En este contexto previo a la publicación del RD 1698/2011 y fruto de la tramitación parlamentaria, la *Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010,* introdujo en su Disposición Final 3ª, un añadido a la LGSS (Disposición Adicional cuadragésima séptima) sobre coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza, con efectos a partir del 1 d enero de 2010 y con interés a los efectos del análisis que sigue.

2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO Y ANTECEDENTES: DERECHO AL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA EN TÉRMINOS DE IGUALIDAD AL AMPARO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN.

La sentencia TS 1140/2022, de 14 de septiembre, resuelve la cuestión planteada por el actor, miembro del Cuerpo de Policía de la Generalitat-Mossos d´Esquadra, ante la interposición de recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, con el objeto de cesar en la discriminación del recurrente, como agente de la Policía de la Generalitat, respecto a los miembros de otros cuerpos policiales, en concreto, respecto de los miembros de la Policía del País Vasco-Ertzaintza. El recurrente entiende que las condiciones de ambos cuerpos de Policía autonómicos son idénticas y, por tanto, ambos colectivos deberían estar incorporados en la aplicación del mecanismo de reducción de la edad de jubilación en razón a la actividad aprobado en favor de la Ertzaintza, con efectos a partir del 1 de enero de 2010, y no así para el cuerpo autonómico de Policía de la Generalitat, que quedaron excluidos. Fruto de este distinto tratamiento, entiende el recurrente que está sufriendo una discriminación como agente de policía de

[2] Sentencia del TS, Sala de lo Social, número 549/2017, de 21 de junio. Fundamento de Derecho Segundo, apartado tercero.

[3] Véase, Fernández Prieto, M. "Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad", *Temas Laborales,* núm.163/2022. Págs. 129-164

los Mossos d´Esquadra, en relación a su derecho a la jubilación anticipada en términos de igualdad al amparo del artículo 14 de la Constitución.

Previamente a la interposición del mencionado recurso, el recurrente había presentado en fecha 22 de junio de 2021 y ante el Gobierno de España, demanda del cese en la desigualdad de trato del cuerpo de Policía-Mossos d´Esquadra respecto de los miembros de otros cuerpos policiales, en particular de los de la Ertzaintza, a propósito de la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada por razón de actividad. Si bien consta la comunicación al recurrente de la remisión de su solicitud al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la solicitud de información y de informes, la personación de diversos sindicatos, la recepción del análisis del grupo de trabajo formado por el Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña y las organizaciones sindicales, el informe previo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, así como la reiteración por el Departamento de Interior de la Generalitat de su interés por el establecimiento de esos coeficientes, lo cierto es que nunca llegó a adoptarse ninguna resolución al respecto. Incorporada a ese expediente, y ante la queja emitida por el recurrente en relación al traslado de su solicitud, consta la comunicación de la Subdirectora General de Recursos y Relaciones con los Tribunales, del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática en la que informa que, si bien corresponde al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la instrucción del procedimiento, la resolución del mismo compete al Consejo de Ministros.

Asimismo, se incorpora el expediente incoado el 27 de julio de 2012 a instancias del Sindicato de Policías de Cataluña en demanda de coeficientes reductores de la edad de jubilación, en el que se personaron diversos sindicatos; también se incorpora la solicitud de informes previos a la Secretaría de Estado de Empleo y la posición favorable al establecimiento de dichos coeficientes reductores de la edad de jubilación de la Secretaría General del Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña. El recurrente se había personado en este expediente a través de escrito de fecha 5 de julio de 2021.

Tras la resolución de diferentes cuestiones procesales, cumplimentado el requerimiento, con fecha 10 de febrero de 2022, el representante del recurrente formalizó demanda por escrito, con la súplica de declarar "que el Consejo de Ministros del Gobierno de España ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad de trato del Sr. Isidro (recurrente) al no poder acceder a la jubilación anticipada, como miembro del cuerpo de Mossos d´Esquadra, en igualdad de condiciones que los miembros del cuerpo de la Ertzaintza mediante la aplicación de coeficientes reductores a la edad de jubilación ordinaria". En su fundamentación, la demanda plantea la falta de motivación para la existencia de un distinto trato entre los dos cuerpos de Policía aludidos -Ertzaintza y Mossos d´Esquadra-, por cuanto entiende, existe identidad en sus respectivas funciones, tal y como reconoce el Informe de la Inspección de Trabajo aportado por el demandante. Dicho informe contiene también una identidad de funciones entre los dos cuerpos de policía autonómicos y los Policías locales. Por ello, solicita además el recurrente la condena a la parte demandada a pagar una indemnización de 12.000 € - a razón de 2.000 € por mes de persistencia del trato desigual- en concepto de daño moral causado por la vulneración a su derecho fundamental a la igualdad, así como, en caso de oposición, condenar a costas a la parte demandada.

Habiendo dado traslado al Abogado del Estado y al Ministerio fiscal de la demanda, coinciden ambos en sus escritos en solicitar la desestimación de aquélla. El Abogado del Estado, por su parte, no considera necesario el recibimiento a prueba interesado y el Ministerio Fiscal, se manifiesta en el sentido de no considerar necesaria la celebración de vista.

En auto de 23 de marzo, confirmado en reposición, se considera innecesaria la celebración de vista y puesto que no se ha solicitado trámite de conclusiones, por diligencia de ordenación de 12 de mayo, quedó concluso el pleito y pendiente de señalamiento. Posteriormente, con fecha 21 de junio de

2022, mediante providencia, se señaló para la votación y fallo el día 13 de septiembre de 2022, siendo ponente el Excmo. Sr. Don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

3. REFERENCIAS NORMATIVAS

En un primer orden, se invoca en la demanda la vulneración del art. 14 CE que establece que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", en relación con el (no) derecho del recurrente a acceder a la jubilación anticipada en igualdad de condiciones que los miembros del cuerpo de policía Ertzaintza, esto es, a través del establecimiento de coeficientes reductores aplicados a la edad de jubilación ordinaria.

Para determinar esa posible discriminación, debemos referir tanto la normativa reguladora de esta tipología de jubilación anticipada que, en su caso, daría lugar a ese tratamiento diferenciado, como la reglamentación que establece el procedimiento para adoptar los coeficientes reductores, así, se ven afectados:

— Art. 161 bis. 1 LGSS.94, que establece, a los efectos de la jubilación anticipada por actividad, que "la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. (…) La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. (…)".

— Disposición adicional cuadragésima séptima LGSS.94, referida a coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza, así su apartado 1º nos dice: "La edad ordinaria de 65 años exigida para el acceso a la pensión de jubilación se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo de la Ertzaintza o como integrantes de los colectivos que quedaron incluidos en el mismo.

La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el párrafo anterior en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 60 años, o a la de 59 años en los supuestos en que se acrediten 35 o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de la Ertzaintza, o en los colectivos que quedaron incluidos en el mismo, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el párrafo anterior (…)".

— Por otro lado, la Disposición adicional vigésima bis de la LGSS, incorporada por la Ley 22/2021, *de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022,* que introduce los coeficientes reductores a aplicar sobre la edad de jubilación de los miembros del cuerpo de policía Mossos d´Esquadra: "La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a), se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el párrafo anterior en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los sesenta años, o a la de cincuenta y nueve años en los supuestos en

que se acrediten treinta y cinco o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de Mossos d'Esquadra sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el párrafo anterior. (…)".

— Art. 1 del R.D. 1698/2018, *ut supra*, que establece: "Lo dispuesto en este real decreto se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten estar trabajando o haber trabajado en los sectores o actividades, en las escalas, categorías o especialidades correspondientes, que se aprueben en la correspondiente norma específica, y en las escalas, categorías o especialidades que resulten afectadas, con sujeción al procedimiento general establecido en el capítulo III. Quedan excluidos de lo dispuesto en este real decreto aquellos trabajadores encuadrados en una actividad que ya tenga reconocida en otra norma la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación o, en su caso, anticipación de la misma, sin perjuicio de lo indicado en la disposición adicional primera".

— Art. 2 del R.D. 1449/2018, *de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local,* que determina: "1. La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a) y la disposición transitoria séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con respecto a quienes se refiere el artículo 1 se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20. 2. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el apartado anterior en ningún caso dará ocasión a que la persona interesada pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior en 5 años a su edad ordinaria de jubilación, o en 6 años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el artículo 1.3. La anticipación de la edad de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores a que se refiere el apartado 1 se condicionará tanto a la necesidad de tener cubierto el periodo de carencia de 15 años que se exige para acceder a dicha prestación como los 15 años de cotización como policía local necesarios para poder aplicar el coeficiente".

— Asimismo, se ve concernida por la demanda la normativa referida a la tramitación del procedimiento para la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación, función que, según el art. 3.1 del R.D. 497/2020, *de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones,* corresponde a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Nos encontramos ante un supuesto con ciertas singularidades a destacar. En un primer orden, tal y como recoge en su contestación el Abogado del Estado, se solicita la declaración de pérdida sobrevenida del objeto del recurso porque el derecho fundamental invocado en la demanda ha sido restablecido por la Ley 22/2021. Efectivamente, la norma referida instauró el tipo de jubilación anticipada en razón de la actividad para el cuerpo de Policía Mossos d´Esquadra con fecha de efectos a partir del 1 de enero de 2022.

Niega, por su parte, el Abogado del Estado la discriminación argumentada, puesto que la diferencia de trato alegada en la demanda radica exclusivamente en cambios normativos y distintas fechas de aplicación de la norma a los cuerpos policiales afectados, siendo que el propio Real Decreto 1698/2011, que regula el procedimiento para establecer los coeficientes reductores sobre la edad de jubilación, se activa a través de una valoración individual, singular, separada y no comunicable a otros cuerpos o escalas de funcionarios. Las resultas de ello, por tanto y en la visión del Abogado del Estado, es que el procedimiento y resultado seguido para el establecimiento de jubilación anticipada en el cuerpo de policía de la Ertzaintza no puede comunicarse a los Mossos d´Esquadra de forma "directa". Y la aplicación de los distintos tiempos a la que alude en su contestación la abogacía del Estado, se debe únicamente a la decisión soberana de las Cortes Generales en el ejercicio de su potestad legislativa.

Por su parte, el Ministerio Fiscal alega, en términos similares a los utilizados por el Abogado del Estado, que la pretensión del recurrente se ha visto satisfecha de forma extraprocesal al haber puesto fin la Ley 22/2021 a la "situación de desigualdad en relación con la jubilación anticipada de los policías catalanes respecto de los vascos". Por otro lado, admite el Ministerio Fiscal la existencia, durante cierto tiempo, de una situación de desigualdad no justificable en el acceso a la jubilación anticipada de los Mossos respecto del cuerpo de Ertzaintza. Entiende la no procedencia de la indemnización solicitada por el demandante, en cuanto no consta la petición del actor, con fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 22/2021, de jubilación anticipada, ante el órgano administrativo competente.

Vistas las posiciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y la sala entra a resolver sobre el fondo del litigio con base en varios hechos no discutidos: la identidad de las funciones desempeñadas por los cuerpos de policía vasco y catalán, por un lado, y la observancia del procedimiento previsto por el R.D. 1698/2011, que se inició para su aplicación a los Mossos d´Esquadra pero no culminó, pese al transcurso de varios años.

Dada la falta de controversia en los hechos descritos, la queja del recurrente se centra en el período de tiempo transcurrido desde que, según sus circunstancias y de no haber existido diferenciación entre el acceso a la jubilación de la Ertzaintza y los Mossos, podría haberse jubilado y aquélla en la que realmente se jubiló, esto es, seis meses después. Por tanto, el recurso no ha perdido su objeto, dado que durante el periodo descrito no pudo adelantar su jubilación.

En este sentido, es nuclear la argumentación en torno a la posible transgresión del art. 14 de la Constitución, que podría derivar en una discriminación prohibida. Lo cierto es que las diferencias existentes entre los regímenes de cuerpos funcionariales distintos -más si no pertenecen a la misma Administración- no entrañan, *per sé*, una discriminación contraria al art. 14 CE. El artículo 103.3 CE establece que "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". Así, el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), en sus artículos 56.1 c) y 67 acoge singularidades y excepciones en el acceso a la pensión de jubilación respecto de la regla general, poniendo de manifiesto la posibilidad de que pueda llevarse a cabo el establecimiento de normas de acceso a dicha jubilación diferenciadas, dependiendo del cuerpo de funcionarios públicos de que se trate y en base a sus concretas circunstancias, funciones y características específicas. Es precisamente la conjunción de estos elementos los que determinan que el legislador establezca una determinada previsión para un cuerpo de funcionarios que no necesariamente deba extenderse a otros.

Sin embargo, el supuesto que nos ocupa presenta una identidad práctica que pone de manifiesto que, si bien caben excepciones entre la normativa aplicable a la edad de jubilación de funcionarios de

distintos cuerpos, no estamos ante un supuesto en que dicha diferenciación tenga cabida sin incurrir en discriminación. Así es, la identidad entre los elementos que constituyen el núcleo de la posible diferenciación, neutraliza la causa del trato diferenciado. Es decir, es precisamente en la identidad entre las concretas circunstancias y funciones, como se ha dicho, no discutidas por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, la que explica que no puede aplicarse un trato diferenciado. El propio Abogado del Estado lo reconoce en su contestación, pues alega la desaparición del objeto del litigio por haber sido ya restablecido por la Ley 22/2021. También lo hace el Ministerio Fiscal al admitir que, hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley, ha existido una desigualdad no justificable.

A mayor abundamiento, no se ha ofrecido ninguna razón sustantiva por la que la anticipación de la edad a través de coeficientes reductores aplicada a la Ertzaintza desde 2010 no pudiera aplicarse a los Mossos, máxime cuando la Administración sí ha extendido esa anticipación de la jubilación a los integrantes de las Policías Locales.

Todo ello, lleva al Tribunal Supremo a determinar que "si ha habido un derecho fundamental que debía restablecerse, si la diferencia de trato no estaba justificada, como admiten el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y, si esa situación se ha mantenido por seis meses, no parece posible otra solución que declararlo así" (F.D. 5º).

Cuestión diferente es la petición de indemnización solicitada por el recurrente, que el Tribunal estima no debe concederse, puesto que el recurrente no explica qué daños morales ha sufrido y por qué los cuantifica como lo hace. Por ello y porque se reconoce la situación de discriminación injustificada a la que se vio sometido y, con ello, existe una satisfacción no solo jurídica sino también moral, el alto Tribunal desestima la pretensión indemnizatoria.

5. VALORACIÓN FINAL

En un primer orden, dadas las circunstancias del supuesto analizado, el fallo de la misma puede parecer obvio desde un primer momento. Como tantas veces se repite a lo largo de su fundamentación, ninguna de las partes se opone a una cuestión objetiva: ha existido un trato desigual no justificable, ni justificado entre los cuerpos de Policía concernidos por la comparativa analizada en la sentencia.

La adjetivación referida a que el trato desigual recibido por el cuerpo de Mossos d´Esquadra no es justificable y no ha sido justificado, es la que puede presentar una mayor dificultad. ¿En qué momento debería haberse justificado, de existir, tal trato desigual? Y, en su caso, de no existir tal justificación ¿qué periodo de tiempo habría sido "razonable", a los efectos, para culminar el proceso legislativo? Así es, la reglamentación de la tipología de jubilación anticipada basada en la actividad y el proceso en ella indicado, requieren de un estudio valorativo y definitorio de los términos que representan la base para el reconocimiento de la aplicación de coeficientes reductores a la edad de jubilación legal a falta de la adaptación a otra actividad. A través de ese procedimiento, según la normativa aplicable vista, es como nuestro ordenamiento reconoce, en su caso, la aplicación de los coeficientes reductores que pondrían en un plano de igualdad de derechos reconocidos a los Mossos d´Esquadra respecto, según la comparativa a cuyo análisis somete el propio recurrente, del cuerpo de Policía de la Ertzaintza en la concreta materia de jubilación anticipada por razón de actividad.

Pues bien, el diferente momento en el que se reconocen los derechos a este tipo de jubilación para los dos cuerpos de policía comparados en este litigio, no encuentra mayor motivo que la dilación en el proceso legislativo, por tanto, en la responsabilidad de la Administración por inactividad. Y corresponde preguntarse si tal extensión en el tiempo para la aprobación del procedimiento debía haberse neutralizado a través de la identidad de funciones y su correspondiente reconocimiento de derecho por analogía desde el principio de su instauración como derecho para los Mossos. Como indica la doctrina, parece complicado establecer, desde un principio, la totalidad de los colectivos potencialmente beneficiarios de un derecho -en este caso, a la jubilación anticipada en razón de la

actividad-, pues "es prácticamente inevitable que el legislador actúe a partir de un supuesto más o menos sensible o perentorio, sin una toma de conciencia propiamente dicha de la existencia de otros supuestos idénticos o siquiera semejantes. ¿Es esa eventual intervención normativa discriminatoria por no abarcar todos los casos que pudieran tener identidad de razón, al margen de que se tenga o no referencias sobre ellos? ¿Debe ser "completa" e intachable en la delimitación de su ámbito de aplicación toda acción legislativa aun cuando no se posean datos ciertos del potencial de destinatarios? ¿No puede el legislador dar respuesta a demandas sectoriales o de grupos determinados sin riesgo de incurrir en discriminación?"[4].

El Tribunal Supremo determina que, al no haberse justificado esa diferencia de trato y habiéndose mantenido, para el caso concreto, dicha diferencia durante un periodo de seis meses, tal situación constituye una discriminación injustificada. Parece pretender con este pronunciamiento que el legislador obvie o, en su caso, minimice el proceso "individualizado" respecto de un colectivo o sector laboral establecido por el R.D. 1698/2011. De esta forma, parece derivarse que el legislador debía haberse anticipado a la posible identificación de funciones que, fruto del procedimiento descrito, vendrían a ser iguales o muy similares y, de esta forma, respetar el principio de no discriminación.

El encaje así de este principio de no discriminación con el procedimiento establecido para regular la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación parece complicado. La sombra de la discriminación puede sobrevolar sobre los procedimientos iniciados -de oficio o de parte- por cada uno de los colectivos que, en su caso, pudiesen optar al reconocimiento de este derecho basado en la existencia de excepcionales índices de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad y, fruto de ello, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad en el desarrollo de su actividad. Es la unidad "tiempo" la que ha traído consigo la situación de discriminación por trato desigual, por tanto, parece ser ese ámbito el que ha de corregirse o perfeccionarse para tratar de resolver la situación. Tal vez ayudaría en este sentido, el establecimiento de un procedimiento abreviado para aquéllos supuestos en los que, a priori o indiciariamente, el resultado pueda llevar a una identidad plena entre las funciones de un colectivo que no tiene reconocido el derecho a este tipo de jubilación por razón de actividad y otro que sí lo tenga. Obviamente, los colectivos susceptibles de generar este derecho son limitados y, por tanto, las controversias en torno a ellos también lo serían.

Por último, en cuanto a la solicitud de indemnización por el recurrente basada en los daños morales sufridos por la existencia de esa situación de discriminación basada en un trato desigual, el Tribunal entiende que, al no ponerse de manifiesto la concreción de esos daños ni explicar de qué manera se traducen en la cantidad de 2.000 € por cada uno de los meses en que ha permanecido la situación de desigualdad, corresponde rechazar la pretensión pecuniaria solicitada, al margen de entender que el reconocimiento de la situación de discriminación injustificada sufrida de forma temporal sirve de satisfacción tanto jurídica como moral.

BIBLIOGRAFÍA

Alzaga Ruiz, I. "La jubilación anticipada: Reflexiones a la luz de la última reforma", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 79, 2009, págs. 37-57.

Fernández Prieto, M. "Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad", *Temas Laborales,* núm.163/2022. Págs. 129-164

García Murcia, J. en su análisis "Jubilación anticipada y principio de no discriminación", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 9/2022. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000002101

[4] Así lo expone García Murcia, J. en su análisis "Jubilación anticipada y principio de no discriminación", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 9/2022, pág. 9.

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La STS de 5 de julio de 2022 (RCUD 906/19): no al permiso de paternidad en los supuestos de muerte fetal

The STS of July 5, 2022 (RCUD 906/19): no to paternity leave in cases of fetal death

María José Asquerino Lamparero
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Sevilla
https://orcid.org/0000-0003-0013-2364

Cita Sugerida: ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: «La STS de 5 de julio de 2022 (RCUD 906/19): no al permiso de paternidad en los supuestos de muerte fetal». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 125-134

Resumen

El Alto Tribunal examina si es ajustado a Derecho -y, más concretamente a los postulados del art.14 de la CE- la denegación de la extinta prestación de paternidad cuando se produce la muerte intrauterina del hijo, superados los 180 días de gestación. Partiendo de los considerandos contenidos en la STC 111/18, se sitúa el foco de atención en las distintas finalidades a las que atienden las denominadas -en el pasado- prestaciones de maternidad y paternidad; el diferente fundamento al que se dirigen se erige en la circunstancia que legitima el dispar tratamiento que el óbito del hijo entraña para la madre (concesión de la prestación) con relación al padre (denegación del subsidio). La decisión de la Sala no es unánime, tal y como se infiere del voto particular.

Cierra el presente estudio el examen de una Sentencia del TSJ de Cataluña (de fecha 17 de octubre de 2022) que, abordando idéntica problemática, nos dispensa una solución diferente, en atención a la fecha en la que acaecieron similares hechos.

Palabras clave

Prestaciones por nacimiento y cuidado de menor; Paternidad; Muerte intrauterina; RD 295/09; Art. 14 CE

Abstract

The High Court examines whether it is in accordance with the law - and, more specifically, with the postulates of Art.14 of the EC - to deny the extinct paternity benefit when the intrauterine death of the child occurs after 180 days of gestation. Based on the recitals contained in STC 111/18, the focus is on the different purposes served by what were previously known as maternity and paternity benefits; the different grounds on which they are based is the circumstance that legitimises the different treatment that the death of the child entails for the mother (granting of the benefit) in relation to the father (refusal of the benefit). The Chamber's decision is not unanimous, as can be inferred from the dissenting votes.

This study closes with an examination of a Ruling of the TSJ of Catalonia (dated 17 October 2022) which, while addressing the same problem, provides us with a different solution, in view of the date on which similar events took place.

Keywords

Birth and childcare benefits; Paternity; Intrauterine death; Royal Decree 295/09; Art. 14 CE

1. LOS HECHOS PROBADOS

Los hechos concretos a tomar en consideración son:

1º. Matrimonio heterosexual celebrado el 30 de agosto de 2014.

2º. El 16 de junio de 2018, cuando habían transcurrido 39 semanas y 3 días de gestación, se produce la muerte del bebé en el seno materno.

3º. Concesión de la prestación de maternidad solicitada con una duración total de 16 semanas.

Fecha Recepción: 7/3/2023 - Fecha Revisión:28/3/2023 - Fecha Aceptación: 29/3/2023
Pags. 125-134

4º. Denegación de la prestación de paternidad instada, al no encontrarse el padre en ninguna de las situaciones tuteladas por el mencionado subsidio.

5º. Interposición de reclamación administrativa previa por el padre. Resolución administrativa confirmando la denegación anterior.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. Sentencia de instancia: Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel de 12 de noviembre de 2018 (autos núm.254/2018)

Se interpone demanda frente al INSS y la TGSS impugnando la resolución administrativa que no concedía la prestación de paternidad. El Juzgado de lo Social desestima íntegramente la petición del padre-actor.

2.2. Sentencia de suplicación: STSJ de Aragón de 30 de enero de 2019 (Recurso de Suplicación núm. 819/19)

La Sala, en suplicación, confirma la Sentencia del Juzgado de lo Social recurrida por el que fuera demandante.

3. LA STS DE 5 DE JULIO DE 2022 (RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA NÚM. 906/2019)

3.1. Cuestiones previas

Frente a la Sentencia dictada por el TSJ de Aragón se planteó recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del otrora demandante, citando como sentencia de contraste la fallada por el TSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2018 (Rec. 982/18).

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

Previamente a esbozar los argumentos sostenidos por cada una de las partes procesales, interesa destacar que la normativa vigente en el momento de dilucidarse el litigio no es coincidente con la actual. De hecho, lo que aquí se solicita -y es objeto de nuestra atención- no es el permiso por nacimiento y cuidado de menor[1] sino la extinta prestación de paternidad que -para los supuestos de parto natural- tenía como beneficiario al padre del bebé recién nacido.

La regulación más detallada de este permiso de paternidad-creado gracias a la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres- se hallaba en el Real Decreto Ley 295/09, de 6 de marzo[2]. Si nos remontamos a la fecha a la que se refieren los hechos que han de dirimirse judicialmente, constatamos que la duración de la prestación por paternidad era sensiblemente inferior a la que se fijaba para la homóloga prestación por maternidad[3].

Este Real Decreto al que hemos hecho referencia descendía a distintas situaciones casuísticas entre las que se encuentra la que hoy nos atañe. En los supuestos del subsidio de maternidad, el fallecimiento del hijo "siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180

[1] Es el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

[2] RDL 295/09, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

[3] Con efectos para el año 2018, a través de Ley 6/18, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se modificó el contenido del art.48.7 del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg.2/2015, de 23 de octubre) para ampliar la duración del permiso de paternidad que, con carácter general, pasó a ser de cinco semanas.

días" no afectaba a la duración de la prestación, salvo que la madre decidiera reincorporarse al puesto de trabajo una vez hubieran transcurrido las seis semanas obligatorias tras el parto (art.8.4).

Para el caso de que nos halláramos ante la prestación de paternidad la misma situación experimentada por el padre era resuelta por la norma de manera dispar. Así, el fallecimiento del hijo imposibilitaba el acceso al subsidio. La única excepción era (es) en los casos en los que el óbito acaeciera tras el reconocimiento del derecho a la prestación, pues en estas hipótesis el derecho no decaía.

Los dos últimos preceptos (art.8.4 y art.26.7 del Real Decreto Ley 295/09) han permanecido inalterados hasta la fecha de la redacción de las presentes líneas y continúan vigentes a día de hoy.

3.2. La argumentación del padre-actor

La denegación del permiso de paternidad es combatida por el varón progenitor con base a la Ley Orgánica para la Igualdad (LO 3/07) en aplicación de los artículos 30 del Código Civil[4], art. 183 de la Ley General de Seguridad Social[5] , así como los artículos 8.4 y 26.7, ambos del reiterado Real Decreto Ley 295/09[6].

A mayor abundamiento (fundamentando así la concurrencia de los presupuestos procesales para la admisión del presente recurso) se aporta la Sentencia del TSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2018 (rec. 982/18) por cuanto ante un caso similar (fallecimiento del bebé a las 37 semanas de gestación) se reconoce la prestación de paternidad (así como la de maternidad).

El diferente tratamiento que se dispensa a los dos progenitores con base a la calificación que tienen como "padre" o como "madre" es la clave que nos permite vislumbrar la posible existencia de vulneración del derecho consagrado en el art.14 de la Constitución.

3.3. La argumentación de la parte demandada-recurrida

En línea con lo sostenido desde la vía administrativa, se sigue insistiendo en la literalidad del precepto que indica de forma nítida que no existen posibilidades de acceder a la prestación en los supuestos de muerte del hijo acaecida con antelación a la concesión del derecho.

3.4. Los argumentos del Tribunal Supremo

Situar la cuestión litigiosa en el plano de la posible lesión de derechos fundamentales nos permite acudir a la doctrina consagrada por el Alto intérprete de la Constitución. El Tribunal Supremo rescata las ideas centrales que el Constitucional dejara asentadas en su Sentencia de 17 de octubre

[4] Art.30 Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889): "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".

[5] El art. 183 de la Ley General de Seguridad Social (RDLeg.8/15, de 30 de octubre) vigente en el momento de ventilarse la cuestión litigiosa (junio de 2018) decía así: "A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso su duración no sea inferior a un año, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o durante el periodo de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público".

[6] El art.8.4 RD 295/09: "En el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. En este último caso, quedará sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del otro progenitor".
Por su parte, el art.26.7: "No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido".

de 2018 (STC 111/18, de 17 de octubre[7]) pues fue entonces cuando tuvo que analizar si la inferior duración legal de la prestación por paternidad con relación a la de maternidad era o no respetuosa con el art.14 de la Constitución.

En el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se desgranaban los motivos finalistas a los que atendía la maternidad, indicándose de un lado el de recuperación de la salud y de otro el de procurar el estrechamiento de vínculos afectivos con el recién nacido, exigencias ambas impuestas por nuestro ordenamiento constitucional (así, el art.39.2 de la Constitución) y por la jurisprudencia del TJUE, junto a los diferentes instrumentos internacionales[8].

Se resalta en este punto, que a diferencia de lo que ocurre con la enunciada prestación de maternidad, en la generada por la paternidad no existe ninguna norma internacional que compela a concederla[9].

Además, se nos recuerda una idea recurrente en sede de prestaciones de Seguridad Social: los recursos del Sistema no son ilimitados, siendo el legislador competente para concretar el contenido y el alcance de las diferentes prestaciones, en atención a la situación socioeconómica del país.

Efectuadas estas iniciales consideraciones se debe pasar a examinar el objetivo al que atienden las prestaciones generadas con ocasión del nacimiento de un hijo, concluyéndose que el propósito "primordial"[10] al que atiende la prestación por paternidad no existe en aquellas hipótesis en las que tiene lugar el luctuoso acontecimiento. Si el subsidio se otorga para hacer realidad la obligación que pesa sobre el padre de asumir la responsabilidad en el cuidado de los hijos, parece lógico pensar que si no existe criatura que atender, la suspensión contractual y la prestación aparejadas al nacimiento deja de tener sentido.

Lo anterior no implica que no fuera jurídicamente admisible -en atención a los criterios a los que antes se aludían sobre la situación socioeconómica del país y de oportunidad- que se tutelara al padre cuando ocurren estas lamentables eventualidades. Pero de ello no debemos inferir que la exclusión legal actualmente mantenida conlleve la vulneración del art.14 CE.

De esta forma, la diferente finalidad a la que atienden las prestaciones en función de quién es su beneficiario, es el argumento decisivo para desestimar el recurso de casación y entender que en el supuesto debatido el padre no tiene derecho al subsidio reclamado, sin que con ello resulte resquebrajado ni el art.14 CE ni la Ley Orgánica 3/07[11].

Así, la madre que ha dado a luz necesita de la suspensión y de la prestación con independencia de que su hijo viva o fallezca, pues en ambos supuestos es necesario un lapso para que se recupere.

[7] Gorelli Hernández, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia". Revista de Derecho de la Seguridad Social. Bomarzo. Núm.20. Disponible en https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/364. Glosa (p.48) el contenido de esta sentencia, así como las del mismo Tribunal 117/2018, 138/2018 y 2/2019, para llegar a concluir cómo "el vaticinio del TC se cumple a través del RD-Ley 6/2019, regulación que pretende impulsar el principio de corresponsabilidad ante las responsabilidades familiares [debiendo] entenderse que la corresponsabilidad no es sino un trasunto de las exigencias de igualdad y no discriminación a favor de las madres trabajadoras"

[8] Explícita cita a Convenio de la OIT núm. 103; art. 10.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Directiva 92/85/CEE.

[9] Pues, en la fecha del fallo del Tribunal Constitucional no se había dictado la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

[10] El Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho apartado 4 refiere literalmente la argumentación del TC, indicando que "En el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador…". Esta misma idea se reitera en el apartado 5: "Las finalidades, no exclusivas, pero sí primordiales de lo que anteriormente se denominaban suspensión y prestación por maternidad y por maternidad… son diversas".

[11] Seguimos con el Fundamento de Derecho Tercero en el mismo apartado. "Siendo las finalidades distintas, el legislador no está obligado a dar el mismo tratamiento a las prestaciones por maternidad y por paternidad en el extraordinariamente "doloroso trance",

Esta circunstancia no concurre en el padre; en los supuestos en los que el hijo fallece el sentido de la prestación se desvanece, pues siendo este el de cumplir con sus obligaciones parentales si no hay criatura que cuidar no existe obligación de corresponsabilidad que hacer efectiva.

Esta conclusión no obstaculiza, sin embargo, la posibilidad normativa de arbitrar una tutela específica destinada a ese otro progenitor que amplíe el ámbito objetivo -y subjetivo- de tutela de la prestación al padre, opción esta que le compete al legislador atendiendo a la situación socioeconómica.

Responde también el Tribunal Supremo a otra de las cuestiones suscitadas para fundamentar la lesión del art.14 CE: el diferente tratamiento que se le dispensa a la situación de fallecimiento de hijo en función de si se ha o no concedido la prestación. La escisión entre las dos posibles consecuencias jurídicas en torno a la concesión o no de la prestación se realiza con base a criterios legales diferentes; la fijación de los regímenes jurídicos escindidos que se hacen depender de si se ha o no concedido la prestación, se erige en el factor diferencial legítimo. Así pues, la diferencia entre ambas situaciones (antes de la concesión de la prestación y con posterioridad a su reconocimiento) es el criterio empleado para fijar legítimamente regímenes jurídicos dispares.

3.5. El voto particular

Disconforme con el sentir mayoritario, la Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol manifiesta su parecer contrario, entendiendo que sí se debería haber concedido la prestación reclamada.

Esa afirmación la sustenta con base a varios argumentos constitucionales. De un lado, aprecia que denegar el subsidio contraviene lo ordenado por el art.14 CE; en segundo lugar sería contraria la denegación al art.39 CE que reconoce el derecho a la conciliación y, por último, se conculca el derecho a la vida privada directamente consagrado en el art.18 CE con relación a lo dispuesto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el precepto (art.8) destinado a la protección de la vida privada, habiéndose obviado en el análisis estas consideraciones jurídicas.

Se detiene la magistrada en la expresión incorporada en la Sentencia del Tribunal Constitucional y referida por el Tribunal Supremo relativa a la "finalidad primordial" de la prestación. El empleo de este concreto adjetivo nos advierte que las prestaciones en liza no tienen un único y exclusivo objetivo.

Si se analiza, se observa que solo una parte (concretamente, seis semanas) de la prestación de maternidad es la que se destina a la recuperación de la madre, pero el resto del tiempo en que se encuentra en esa situación el propósito al que atiende la suspensión-prestación es el cuidado del hijo, siendo este coincidente plenamente con el que atiende el permiso de paternidad.

Esta reflexión le lleva a rememorar lo que el Tribunal de Luxemburgo afirmara en su Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) con relación a la necesidad de aplicar el principio de igualdad al complemento de pensión que se preveía legalmente solo para la mujer que hubiera sido madre de, al menos, dos hijos y tuviera derecho a la prestación de incapacidad permanente. El TJUE indicó que la constricción del mencionado complemento exclusivamente a la mujer contrariaba de manera frontal lo dispuesto por la Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social[12].

La identidad entre el supuesto debatido y el reflejado por el fallo del Tribunal europeo le lleva a entender que una situación como la expuesta debería haberse resuelto a favor de la concesión de la prestación al varón.

[12] Un comentario en Maldonado Molina, J.A.: "Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres". Revista de Derecho de la Seguridad Social. Núm.32. Ed. Laborum. Pp.47-64. Disponible en https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/602

4. UNA MIRADA A LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE OCTUBRE DE 2022

Antes del dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos pretendido glosar, aparecieron en nuestro universo judicial distintos pronunciamientos que atendieron al desgraciado asunto que hoy nos atrapa[13].

Tras el fallo del Alto Tribunal no parece que las aguas hayan vuelto a su cauce, pues se sigue planteando este problema, aunque lógica y afortunadamente no de forma recurrente. En la labor de búsqueda de estos pronunciamientos posteriores hemos hallado una Sentencia que dictada por el TSJ de Cataluña (de 17 de octubre de 2022[14]) resuelve justamente lo contrario que el Tribunal Supremo dictaminó, a través de un pronunciamiento que, a su vez, confirma lo fallado por la instancia[15].

Y esa sentencia de suplicación no solo va a explicar la razón (o razones) de la concesión de la prestación (ya sí por nacimiento y cuidado de menor) sino el motivo por el que se aparta de la doctrina unificada. Y, a estos efectos, vamos a comprobar cómo la fecha en la que se produjo el lamentable fallecimiento del hijo va a ser decisiva (año 2021).

Los argumentos de oposición para no conceder la prestación no parecen haberse alterado: no existe quebrantamiento alguno del derecho a la igualdad sencillamente porque las finalidades a las que atienden los subsidios previstos para cada uno de los progenitores (madre natural y, en este caso, padre) no son coincidentes[16].

La STSJ enfatiza el argumento que ya antes había plasmado en una anterior resolución de 2011[17] , destacando que el propósito al que atiende la antes denominada prestación por paternidad no es coincidente con el que atendía en épocas pasadas. Así, al sentido de atención a la corresponsabilidad se suma la conciliación de vida familiar y laboral que incluye la atención del bebé, pero también de la "pareja en un momento tan particular como [es] el de parto, adopción y acogimiento".

A las anteriores consideraciones se une la relativa a la modificación legal que experimentó el art.48 del ET, vigente desde el día 1 de abril de 2019 y que, a los efectos que aquí nos interesan se refirió a la introducción del apartado 4 que, entre otras previsiones[18], equiparó la duración de la suspensión entre ambos progenitores[19], refiriéndose en el párrafo quinto a que "En el supuesto de fallecimiento

[13] Así, denegando la concesión de la prestación por paternidad la STSJ de Aragón de 30 de enero de 2019 (Sentencia 50/19); estimando las pretensiones del padre, las Sentencias del TSJ de País Vasco de 9 de diciembre de 2010 (Rec.2484/10);TSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2018 (Rec. 982/18); TSJ de Asturias de 17 de abril de 2018 (Rec. 3096/17); TSJ de Castilla La Mancha de 2 de abril de 2019 (Rec. 498/19); TSJ de Cantabria de 20 de diciembre de 2021 (Rec. 783/21); TSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2021 (Rec. 3434/21).

[14] ECLI: ES: TSJCAT:2022:8213.

[15] Véase el comentario de Rojo Torrecilla, E.: (13/noviembre/2022). "Los debates sobre el derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, cuando el primero no se produce. TS no, TSJ de Cataluña sí, ¿y regreso al TS? A propósito de la importante sentencia del TSJ catalán de 17 de octubre de 2022 (actualización a 16 de noviembre". [Mensaje en un Blog]. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Recuperado de EL BLOG DE EDUARDO ROJO: Los debates sobre el derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, cuando el primero no se produce. TS no, TSJ de Cataluña sí, ¿y regreso al TS? A propósito de la importante sentencia del TSJ catalán de 17 de octubre de 2022 (actualización a 16 de noviembre). (eduardorojotorrecilla.es).

[16] En este supuesto se trataba de la solicitud de la prestación por nacimiento de hijo que falleció a las 36 semanas de gestación.

[17] Se trataba de la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2021 (recurso 3434/21).

[18] En el citado art.48.4 ET, se explicita que las seis semanas posteriores al parto las habrá de disfrutar obligatoriamente la madre a jornada completa "para asegurar la protección de la salud de la madre"; a diferencia de lo que ocurre con el progenitor distinto a la madre biológica por cuanto siendo obligatorio el disfrute de idéntico periodo con el mismo régimen de jornada, el objetivo al que atiende será "el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil".

[19] Véase el régimen transitorio dispuesto por el RD Ley 6/19 (disposición transitoria decimotercera) y, en concreto cómo es a partir del 1 de enero de 2021 cuando se produce la total equiparación en la duración de los dos supuestos suspensivos para ambos progenitores.

del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo".

Dado que los hechos a dilucidar por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de julio de 2022 datan de 2018, ninguno de los cambios en el espacio normativo a los que hemos aludido eran de aplicación entonces. Es más, continúa el TSJ de Cataluña, es a partir de agosto de 2022 (y no antes) cuando entra en vigor la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo que redunda en la corresponsabilidad entre varones y mujeres, admitiendo sin imponer la posibilidad de que "Los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal".

La presente realidad normativa le hace afirmar que, dado que nuestro ordenamiento ha optado expresamente por el reconocimiento del derecho a la prestación para la "madre gestante en supuesto de muerte fetal y equiparada la duración del permiso para ambo/as progenitore/as por nacimiento y cuidado de hijo/a en virtud del RD 6/2019, la literalidad del artículo 26.7 del RD 295/2009 haya de entenderse superada por el nuevo contexto normativo".

De esta forma, salvo la diferente intención a la que se pretende atender durante las seis semanas posteriores al parto (pues la relativa a la recuperación de la salud es genuinamente de la madre natural) no existe ningún argumento jurídicamente plausible para defender la disparidad en el tratamiento en función de si se trata de la madre o el padre (o progenitor segundo).

Adviértase, además, que existe una contradicción entre el tratamiento legal (art.48.4 ET) que se dispensa al fallecimiento del hijo con respecto al que a través de previsión reglamentaria se ofrece a idéntica situación (art.26.7 RD 295/09). Esa incoherencia ha de resolverse aplicando el principio de jerarquía normativa, esto es, en favor del art.48.4 párrafo quinto del ET.

Si el análisis se circunscribe al examen de los objetivos normativos, estos están claros, pues las prestaciones por nacimiento (con independencia de quién sea su beneficiario) atienden al "cuidado del menor nacido" pero "también la atención a la pareja, la adaptación a la nueva situación familiar que, en el caso de un hijo o hija fallecidos, implica un periodo de duelo, que afecta tanto a la madre como al padre; por lo que no tiene lógica que, en estos supuestos, se conceda la prestación de maternidad y no la de paternidad"[20] .

Para finalizar recordar que el canon hermenéutico nos lo ofrece la Ley de igualdad (LO 3/07) e incide en el mismo la reciente Ley 15/2022 (de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación) que enfatiza que el sexo no es un factor que permita fundamentar la diferencia en el trato.

5. CONCLUSIONES

Ciertamente el art.27.6 del RD 295/09 no deja lugar a dudas sobre su interpretación literal, pues claramente postula que para los supuestos en que no se hubiera reconocido el derecho a la prestación del padre de una criatura fallecida, no se podrá acceder al subsidio. Es esa dicción de la norma la que sustenta la denegación tanto del Alto Tribunal como, previamente, del propio INSS (cuya postura se ratifica en el criterio de gestión 10/2020 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS[21]).

Esta falta de concesión no supone -a juicio del Supremo- vulneración del principio de igualdad, aun cuando la respuesta normativa a idéntica y trágica situación varía en atención al posible beneficiario y, concretamente, a si es la madre natural o el otro progenitor (art.8.4 RD 295/09).

[20] Este extracto de la Sentencia es copia literal de lo que ya tuvo la oportunidad de manifestar el mismo TSJ el 11 de noviembre de 2021 (recurso 3434/21).

[21] De fecha 21 de abril de 2020. "Materia: Prestación por nacimiento y cuidado de menor del progenitor distinto a la madre biológica en caso de fallecimiento del hijo con 180 días de gestación".

La aparente contradicción se resuelve teniendo presente que los hechos a dilucidar tenían que ser solucionados conforme a la normativa imperante entonces, 2019, momento en el que la duración de las prestaciones por nacimiento difería en función de si era la madre la beneficiaria o resultaba serlo el padre. Efectivamente, el cuadro normativo vigente era diferente al actual, lo que suponía partir de la base de que distintos eran los lapsos de disfrute. Sin olvidar esta diferencia, se procede a aplicar parte, pero solo parte de la nueva filosofía que inspira el actual escenario legal. Y, en este punto, aparece (a nuestro juicio) la incoherencia.

Así, olvidando el claro propósito unificador que domina e inspira la reforma en esta prestación de cuidado de menor que claramente ha hecho una apuesta decidida y real para que el régimen jurídico de la prestación sea ajeno a si el solicitante es padre o madre (o progenitor uno y progenitor dos), sí acoge de forma expresa una segmentada y muy concreta previsión de la citada reforma: la finalidad que literalmente se señala en el actual art.48.4 ET. Con base a este precepto, el Tribunal Supremo escinde las dos realidades vividas por los dos progenitores, indicando que a lo que atiende la suspensión en lo que hace a la madre -y, por ende, el subsidio que tutela esta situación- es a la recuperación de su salud; por el contrario, el objetivo al que se dirige la prestación en el caso del padre es que pueda hacer efectivo su deber de corresponsabilidad.

Sentadas estas iniciales consideraciones, el fallecimiento del hijo deja intacta la finalidad de la prestación en el supuesto de la madre, pues sigue siendo necesaria su recuperación (entendemos no solo física) pero deja vacío de contenido el deber de atención que ha de asumir el padre con respecto al hijo, pues lamentablemente no hay bebé al que cuidar.

Siendo ello así, los diferentes objetivos normativos prioritarios, no únicos (como destacará el voto particular) en virtud de quién es el beneficiario de la prestación son los que se erigen en causas justificadoras del dispar tratamiento jurídico en los supuestos de fallecimiento de hijo.

El problema, a nuestro juicio, es que tras leer la sentencia no podemos desprendernos de la sensación de que se debería haber aplicado la norma actual en toda su dimensión y extensión. Hacerlo de esta manera hubiera conducido a entender que efectivamente los objetivos pretendidos en función de si se es o no la madre natural son diferentes (en lo que hace a las seis primeras semanas) pero también nos lleva a contemplar la situación que se plantea desde la óptica de la equiparación plena de derechos entre los dos progenitores.

La homogeneidad entre derechos de los dos padres va más allá de la duración de los tiempos de suspensión/prestación. La nueva Ley, la que le da un nuevo redactado al art.48 ET, prevé incluso que el fallecimiento del menor no implica el fin de la suspensión contractual pues, aunque podamos sostener que es superior el interés del menor, cuando este desaparece, la suspensión del contrato no queda desprovista de causa y todo ello con independencia de si se trata de la madre natural o de la otra persona progenitora.

Siendo ello así, la previsión reglamentaria de 2009 destinada exclusivamente al varón es vacua. Está carente de contenido no solo porque -tal y como dirá la STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2022 - la ley prima sobre el reglamento, sino porque incluso la norma de referencia que separaba tajantemente el rol del padre y madre no tiene sentido en la época actual.

Ciertamente, la situación que analizó el Tribunal Supremo en esta sentencia no era la misma que ha tenido la oportunidad de juzgar más recientemente el TSJ de Cataluña (tal y como este advierte una y otra vez) que sí ha accedido a la pretensión paterna de disfrute de la prestación, aun cuando se había producido el deceso del hijo. No lo es, por cuanto el Alto Tribunal analiza unos tiempos en la duración de la prestación que eran sensiblemente inferiores a los que hoy existen, unos tiempos que variaban en función de quién era quien causaba el derecho, pero sí emplea para justificar su tesis negacionista parámetros legales que no eran los imperantes en el momento en que se circunscriben los hechos a dirimir: la salud de la madre y los que descansan en el art.68 del Código Civil.

A nuestro juicio no es aventurado -y más si se observa la evolución normativa del subsidio por nacimiento- pensar que la irrupción del art.26.7 del RD 295/09 obedeciera a que algunas de las ideas más tradicionales sobre la concepción de la familia se hubieran podido filtrar en la pluma del aquel ya lejano año 2009[22], habiendo permanecido el precepto por olvido y porque -afortunadamente- no es una situación que se halle especialmente presente en nuestra sociedad, al ser relativamente (nos inclinamos a opinar) escasos los fallecimientos que se producen de bebés antes de haber sido concedida la prestación por nacimiento.

El propio lenguaje empleado da cuenta de que la realidad del 2009 no es la misma que la actual[23]. Disponemos hoy de una nueva nomenclatura para designar una prestación que no distingue entre padre y madre, que quiere dar cabida a todas las familias sin exclusión de ninguna opción, lo que pone de relieve que, si ya no se puede hablar de padre o madre, menos sentido tiene separar el tratamiento jurídico en función de un rol que se trata de descartar.

Y, aún más, interpretar la realidad actual conforme a la literalidad del precepto hoy combatido no solo quebranta la igualdad en el tratamiento entre los dos progenitores, sino que, además, únicamente serviría para perpetuar la visión estereotipada de la mujer, pues subyace la idea de que el dolor por la pérdida de un hijo solo es sentido por el sexo femenino. Esta "concepción paternalista"[24] es la que consigue que subsista la idea de que el cuidado del hijo es tarea propia, connatural a la mujer.

La equiparación real pasa por ser cuidadosos con los detalles, con las diferentes contingencias que pueden acaecer, pues los atisbos de desigualdad en el tratamiento en función del sexo de la persona conducen a una serie de consecuencias que sí son más ostensibles. Si se deniega la prestación al varón empleando esa interpretación literal y se desechan otros criterios hermenéuticos señalados en el art.3 del Código Civil, se puede llegar a provocar efectos no deseados y, ante la tesitura en la que se sitúa un empleador a la hora de contratar a una persona u otra, el sexo puede ser un criterio para decidirse, pues se podría entender que resulta más rentable vincularse con un hombre -que no va a gozar de "tantos" derechos- que hacerlo con una mujer.

De cualquier manera, dudamos (y esto no es más que, una vez más, nuestra humilde opinión) que un ulterior pronunciamiento ante el Tribunal Supremo obtenga la misma respuesta que el que hoy hemos analizado. La existencia del voto particular ya nos anuncia que es un problema con aristas; de otro lado, la STSJ de Cataluña nos ofrece las pistas para que ese posible recurso de casación sea resuelto de manera diferente, para lo cual bastará únicamente con probar que los hechos acaecieron tras la entrada en vigor de la reforma.

El mantener la interpretación tal y como es concebida por el Tribunal Supremo nos lleva a la práctica a que el padre (empleando la terminología de la norma) pueda suspender el contrato de trabajo, pero sin derecho a prestación alguna, lo que podría invitarle a escudriñar otras fórmulas más rentables para obtener idéntico efecto de suspensión. Y, en este punto, no es descartable que pudiera instar una incapacidad temporal, pues él también ha de recuperarse (y esto nos lleva a entender que

[22] Otro de los aspectos criticables de la norma es el relativo a la excepción. El padre sí tendría derecho a continuar con el disfrute de la prestación si esta ya se hubiera concedido lo que "no resulta muy razonable al hacer depender el efecto jurídico de la mayor o menor celeridad de la Entidad Gestora en el reconocimiento del subsidio" (Martínez García, M.L: *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad.* Ed. Tirant lo Blanch. 2018, p.159.

[23] Resulta tremendamente ilustrativo analizar el cambio en el lenguaje -con relación a esta prestación-que da cuenta de la evolución que hemos experimentado socialmente en torno a la asunción de los roles familiares. Una muestra en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro de Ia Ley de Contrato de Trabajo) que con relación al padre establecía que "el trabajador, avisando con la posible antelación, *podrá* faltar al trabajo con derecho a percibir el salario, por tiempo que no exceda de *una jornada de trabajo,* en caso de *alumbramiento de la esposa".* La cursiva es nuestra. Repárese que ese permiso se otorgaba solo en los supuestos en los que el hijo hubiera nacido dentro del matrimonio; será el Estatuto de los Trabajadores de 1980 el que establece el derecho en atención al nacimiento de hijo (art.37.b)).

[24] Idea tomada de una intervención oral: Domínguez Morales, A.

la recuperación de la salud, esa que se reconoce para la madre, no es solo física) de tan "lamentable suceso" (palabras estas empleadas por el Tribunal). De esta forma, si entendemos la salud como integral que no se ciñe al aspecto físico, sino que engloba la salud psíquica, también podemos ver que durante un tiempo (acaso las primeras semanas tras el óbito) la finalidad a la que atendería la prestación por nacimiento es muy parecida a la que cumple la prestación para la madre.

El actual anteproyecto de la conocida como Ley de Familias no prevé, a fecha de hoy, ninguna modificación del articulado del RD 295/09, pero sí mantiene incólume el art.48.4 ET en lo que hace a la previsión de intangibilidad de las situaciones suspensivas para los dos progenitores en los supuestos de óbito de la criatura. Además, se incluye -inédito hasta la actualidad- la posibilidad que tiene el progenitor distinto a la madre natural a anticipar "en diez días el comienzo del disfrute del permiso", siendo la finalidad (Exposición de Motivos) el "cuidado de la madre biológica durante este periodo"[25]. Esta nueva filosofía, o más bien continuista con los principios que han venido inspirando las reformas tantas veces citadas, redunda en la consideración de que no existe una única y exclusiva finalidad a la que atienden las prestaciones por menor a cargo.

Es de celebrar, por supuesto, pero quizás sería el momento oportuno también de revisar el contenido del RD 295/09. Es la ocasión para suprimir tratamientos contrarios a la igualdad como el presente, para limar incoherencias como la que se detecta al diferenciar las situaciones en virtud de si se ha concedido o no la prestación cuando fallece el hijo (cuya única explicación parece ser la difícil gestión y control) y, por último, para sustituir los vocablos de "maternidad" y "paternidad" cargados de simbolismo histórico por otros nuevos más asépticos.

[25] El anteproyecto modifica el art.48.4 del ET reflejando, en lo que a este estudio atañe: "No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto, mientras que la persona progenitora distinta de la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta diez días antes de dicha fecha".

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La responsabilidad del empresario en el pago de una pensión por incapacidad permanente por infracotización derivada de salarios no abonados y reclamados por el trabajador[1]

Employer's liability for payment of a permanent disability pension for underpayment of wages not paid and claimed by the worker

Carmen Jover Ramírez *Profesora Contratada Dra. (Acreditada a PTU. Fecha de acreditación: octubre de 2021)*
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz.
https://orcid.org/0000-0001-7096-4487

Cita Sugerida: JOVER RAMÍREZ, C.: «La responsabilidad del empresario en el pago de una pensión por incapacidad permanente por infracotización derivada de salarios no abonados y reclamados por el trabajador». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 135-144

Resumen

El abono por parte del empresario al trabajador de complementos salariales pendientes y el ingreso de las cotizaciones a ellos correspondientes, con posterioridad al accidente de trabajo del que deriva una incapacidad permanente absoluta, determina la responsabilidad empresarial en el pago de dicha pensión, en la cuantía que corresponda, como consecuencia de infracotización, exonerando de dicho abono a la mutua colaboradora de la Seguridad Social con la que se tenía concertada la cobertura de las contingencias profesionales, y ello pese a que el abono de dichos complementos y su cotización se realizó con anterioridad a que fuera reconocida la incapacidad permanente al trabajador.

Palabras clave

Infracotización; responsabilidad empresarial; pago de prestaciones; incapacidad permanente

Abstract

Payment by the employer to the worker of outstanding salary supplements and payment of the corresponding contributions after an accident at work which resulted in total permanent disability determines the employer's liability to pay such pension for the corresponding amount. As a consequence of underpayment, this exonerates the mutual society collaborating with the Social Security with which cover for occupational contingencies had been arranged from such payment, and this despite the fact that the payment of these supplements and their contribution was made before the worker's permanent disability was recognised.

Keywords

Undercutting; employer's liability; payment of benefits; permanent disability

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES

El artículo 167.1 TRLGSS reconoce a las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes, de acuerdo con sus respectivas competencias, la responsabilidad respecto de prestaciones, siempre y cuando se haya causado derecho a dicha prestación habiéndose cumplido las condiciones del derecho a las mismas previstas en el artículo 165 de dicho texto legal. No obstante lo señalado, el apartado 2 de dicho artículo 167 señala que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de dichas prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

[1] Comentario a la STS 4054/2022, de 27 de octubre (Sala de lo Social, sección 1ª; Nº de recurso 3629/2019)

Fecha Recepción: 23/3/2023 - Fecha Revisión: 3/4/2023 - Fecha Aceptación: 4/4/2023
Pags. 135-144

Cuesta aún creer que la normativa de referencia para el análisis de dichos supuestos de imputación continúe siendo, a la fecha, lo señalado en los artículos 94 a 96 LSS de 1966[2]. Carencia, déficit, anacronismo o desinterés – por mencionar varias entre muchas de las calificaciones que una situación como esta merece en el seno de nuestro ordenamiento jurídico- que ya ha venido siendo desde tiempo atrás puesta de manifiesto por la doctrina[3].

Ciertamente, no existe mención expresa al empresario en este apartado 2 del artículo 167, aludiéndose únicamente al incumplimiento de determinadas obligaciones como elemento determinante de responsabilidad, lo que ha de entenderse pues, de quien a ello estuviera obligado, a saber, al menos en el seno del RGSS, el empresario.

Como hemos indicado, la concreción de aquellos supuestos en los que el empresario pudiera ser sujeto responsable de las prestaciones que se generen, habrá que buscarlos en los preceptos de la LSS referenciados, y a ellos acudimos. Así, a tenor de lo establecido en el artículo 94.2 y 92.5 de dicho texto, el empresario será responsable, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación del RGSS, de las prestaciones en él previstas, en los siguientes casos: a) Por falta de afiliación o alta, sin que se exonere por la existencia del mecanismo de alta presunta o de pleno derecho; b) por falta de ingreso de cotizaciones c) por infracotización, si bien en este caso responderá por la diferencia, entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la Seguridad Social por las cuotas efectivamente ingresadas. Todo ello, sin perjuicio de la obligación de anticipo y de responsabilidad subsidiaria prevista para las entidades correspondientes, a tenor de lo señalado en el propio artículo 167 2 y 3 TRLGSS, y en relación a los mismos, el artículo 95 LSS.

Sin embargo y pese a las referencias normativas señaladas, la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones es una cuestión controvertida que ha reclamado y continúa reclamando la interpretación de los tribunales en multitud de controversias suscitadas al respecto; una de las cuales ocupa el presente estudio.

Concretamente, de los distintos supuestos de imputación de responsabilidad recogidos en el artículo 94 LSS, es el de responsabilidad por infracotización el que recaba nuestra atención. Si bien del tenor literal de la disposición pudiera pensarse que es clara la exigencia de la responsabilidad del empresario, tanto en lo que respecta al reconocimiento de la misma como respecto de la parcialidad de la prestación a la que dicha responsabilidad se extendería, una lectura detenida de la jurisprudencia emergida a este respecto nos lleva a la opinión contraria. Muchas son las aristas que componen dicha responsabilidad y que, por tanto, han reclamado la intervención de los tribunales y, en concreto, la unificación de doctrina por parte de nuestro Tribunal Supremo.

A lo largo de las siguientes líneas y partiendo del supuesto de análisis planteado en la STS 4054/2022 de 27 de octubre (Sala de lo Social, sección 1ª; Nº de recurso 3629/2019), intentaremos ir desgranado las líneas maestras que, a la fecha, conforman la exigencia de dicha responsabilidad empresarial por infracotización.

[2] Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE del 22).

[3] Entre otros, Bodas Martín, R., "Sistemas de responsabilidades en materia de contingencias profesionales, en particular en los supuestos de falta de afiliación, de alta y cotización" en *Accidentes de trabajo y sistemas de prestaciones*, Editorial Bomarzo, 2009, p.214: quien habla de la "pereza del legislador"; Fernández Domínguez, J.J., *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 547, hace una llamada al legislador " a intervenir en asuntos que durante décadas pueden ser políticamente menos brillantes pero técnica y jurídicamente claman por una línea de interpretación uniforme que en la actualidad sita de haberse conseguido", Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial", *Temas Laborales*, nº 66, 2002, pp.378, 379, 422.

2. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

La controversia que origina el recurso de casación para unificación de la doctrina resuelto en la STS 4054/2022 de 27 de octubre tiene su origen en la delimitación de la responsabilidad entre la mutua colaboradora y la empresa, respecto de la pensión por incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo reconocida a un trabajador de esta. Concretamente, la identificación del sujeto responsable en aquel periodo de tiempo en el que se produce una infracotización por parte del empresario respecto de dicho trabajador. Infracotización que se entiende producida como consecuencia del no abono de ciertos complementos salariales durante un lapso temporal de la relación laboral previo al accidente de trabajo del que deriva la incapacidad permanente del trabajador y respecto de los que, al no ser abonados, no se había cotizado.

El análisis del pronunciamiento del Tribunal Supremo requiere que nos remontemos a los siguientes hechos:

El día 10 de junio de 2016 se reconoce al trabajador de la empresa de transporte de viajeros una incapacidad permanente en el grado de absoluta, derivada de un accidente de trabajo ocurrido el 27 de mayo de 2014. Pensión de la que se declara responsable a la mutua colaboradora de la Seguridad Social con la que se tiene, por parte de la empresa, concertada la cobertura de las contingencias profesionales, procediendo la misma a depositar el capital coste pertinente en la cuantía correspondiente.

No obstante, el reconocimiento de dicha responsabilidad que, en principio es ajena a cualquier tipo de controversia y así es reconocida por la propia mutua, se cuestiona como consecuencia de los hechos siguientes: el trabajador, simultáneamente al procedimiento que se sigue para el reconocimiento de la incapacidad permanente, reclama diferencias salariales al empresario por el periodo comprendido entre febrero de 2013 y mayo de 2014. Diferencias salariales que fueron aceptadas por el empresario mediante acuerdo en acto de conciliación, abonadas en los términos establecidos por parte del mismo, y procediéndose al abono de las cotizaciones complementarias por dichas diferencias salariales.

A la vista de ello, la mutua presenta reclamación previa ante el INSS solicitando la responsabilidad compartida con la empresa, en lo que respecta al periodo en el que se ha determinado hubo infracotización por parte de esta, como consecuencia del no abono de los complementos salariales pertinentes y, por ende, la no cotización de los mismos. Corresponsabilidad que admite el INSS entre la empresa y la mutua, fundamentándose en el ingreso parcial de cotizaciones debidas a la vista del ingreso de cotizaciones complementarias realizada por aquella con posterioridad al accidente de trabajo, una vez reconocidos los complementos salariales reclamados por el trabajador.

Presentada demanda en instancia por la empresa, se reitera dicha corresponsabilidad, presentando recurso de suplicación la empresa frente a la sentencia de instancia. Recurso de suplicación que es resuelto por STSJ de Andalucía 12910/2019, de 26 de junio (Nº de recurso 125/2019), reconociendo únicamente la responsabilidad de la mutua y eximiendo de responsabilidad a la empresa; resolución frente a la que la mutua interpone recurso de casación para unificación de doctrina, cuya resolución se analiza en la sentencia objeto de este estudio.

3. LA SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA 12910/2019, DE 26 DE JUNIO OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El TSJ de Andalucía en sentencia 12910/2019, de 26 de junio (Nº de recurso 125/2019) resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social correspondiente. Dicha sentencia de instancia confirma la resolución dictada en vía administrativa y, por tanto, reconoce la corresponsabilidad de la empresa en el pago de la pensión, de conformidad con lo que corresponda a tenor de la infracotización existente a la fecha del accidente.

El TSJ de Andalucía en la sentencia mencionada toma como referencia para fundamentar su fallo aquella doctrina jurisprudencial que prevé, como requisito necesario para que proceda la responsabilidad de la empresa por infracotización, el hecho de que tales defectos de cotización "sean lo suficientemente graves y trascendentes en su duración y en su repetición para indicar una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación por parte del empresario", descartándose así los ocasionales, esporádicos o de corta duración. A la vista de lo cual, el TSJ entiende que la avenencia de la empresa ante el órgano de conciliación competente, al abono de las diferencias salariales reclamadas por el trabajador y el ingreso inmediato de las cotizaciones complementarias a dicho periodo, "ponen claramente de manifiesto que en el presente caso no nos encontramos con una voluntad deliberadamente rebelde del empresario al cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización, sino ante la existencia de una controversia acerca de si la empresa tenía que abonar o no dichos complementos salariales"; resuelta dicha controversia, el empresario cumple con la obligación de cotización atinente a ella. A juicio de este tribunal, no cabe hablar de descubiertos de cotización sino de la existencia de unas cotizaciones complementarias por diferencias de cotización que "en modo alguno obedecieron a un propósito deliberado de incumplir sus obligaciones por parte de la empresa". Argumentos que llevan al tribunal a estimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y a declarar, por tanto, como única responsable a la mutua.

Contra dicha sentencia interpone la mutua en cuestión, recurso de casación para unificación de doctrina, aportando como contradictoria la STS de 26 de febrero de 2008 (Nº de recurso 2341/2006), contradicción entre la sentencia recurrida y aquella de contraste que es aceptada por el TS (F.J Segundo 3, STS 4054/2022 de 27 de octubre de 2022).

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES POR INFRACOTIZACIÓN EN LA STS 4054/2022, DE 27 DE OCTUBRE

La STS 4054/2022, de 27 de octubre (Nº recurso 3629/2019) que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la mutua contra la STSJ de Andalucía de 25 de junio de 2019- ya analizada en el apartado anterior- sostiene, como doctrina correcta para resolver el recurso planteado, la establecida en Sentencia, de la propia sala cuarta, 767/2008, de 26 de febrero (Nº recurso 2341/2006) así como la sentencia del mismo Tribunal 8497/2019, de 16 de diciembre (Nº recurso 650/2009).

Es por ello que entendamos que se haga necesario un primer análisis de la doctrina sentada en las sentencias referenciadas, para así identificar la aplicación de la misma al supuesto controvertido que nos ocupa.

Varios son los aspectos que recaban el análisis del TS en las sentencias mencionadas, a fin de poder determinar la responsabilidad de la empresa en el pago de pensiones como consecuencia de la infracotización en determinados periodos:

En primer lugar, la identificación del momento temporal que ha de tenerse en cuenta para determinar el sujeto responsable en el pago de una prestación. A tales efectos, a juicio del TS en la sentencia analizada, y siguiendo las de referencia, resulta claro que dicho momento es aquel en el que se produce el accidente del que derivará la situación de necesidad susceptible de ser protegida, y ello, con independencia, de que el efecto dañoso se produzca con posterioridad. Así se afirmó por el TS en sentencia 646/2000, de 1 de febrero (Nº de recurso 200/1999), al indicarse que, en materia de Seguridad Social, es la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente, la que responde de todas las consecuencias que pudieran derivarse de este, teniendo que ser otorgada la protección por aquella a la que corresponda; y ello, aunque las consecuencias del accidente se manifiesten con posterioridad, como es el caso del reconocimiento de la IP, en nuestro caso analizado en el grado de absoluta, siendo pues ello independiente del

momento del hecho causante de la prestación económica en cuestión. Y en este sentido se manifiesta, expresamente, la STS 767/2008 en su Fundamento de Derecho Tercero 1 in fine: "la situación que hay que tomar en consideración al objeto de determinar las responsabilidades empresariales en el pago de prestaciones derivadas de accidente laboral, es necesariamente la situación existente en el momento en el que el accidente se produjo".

Por ello, siguiendo esta doctrina, a efectos de determinar la responsabilidad empresarial, será la fecha del accidente la que permita identificar al sujeto responsable, independientemente de cuál sea la fecha del hecho causante de la prestación y, por tanto, independientemente de que, a esta última fecha, por lo que a nuestro caso atañe, el empresario sí estuviera al día en el cumplimiento de sus obligaciones de cotización[4].

No obstante lo señalado, creemos conveniente hacer mención al voto particular de la citada sentencia 646/2000, de 1 de febrero[5], en el que se pone de manifiesto la discrepancia al respecto. En dicho voto particular se insiste en lo que constituye un pilar básico de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social: "en toda prestación de la Seguridad Social el momento clave o fundamental determinante del nacimiento de la misma, es decir, determinante del nacimiento del derecho del beneficiario a percibir tal prestación, es su hecho causante"; siendo el momento en que el hecho causante se produce, el momento en el que "se hace realidad, cobra vida ese derecho a la prestación", siempre que se cumplan los requisitos exigibles al respecto. Se insiste en este voto particular en que "el hecho causante de la prestación no es otra cosa que el momento o instante en que se inicia la situación o contingencia protegida por esa concreta prestación".

Como se señalará en apartados posteriores, la cuestión no es baladí en lo que concierne a la determinación de la responsabilidad del empresario en un supuesto como el planteado. Toda vez que la interpretación en uno u otro sentido determinará o no la exigencia de responsabilidad.

En segundo lugar, debe ser considerado el carácter "transitorio, ocasional o involuntario, rupturista o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir su obligación con la Seguridad Social". A estos efectos, es también profusa la jurisprudencia del TS que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, ha ponderado las mismas a fin de reconocer la responsabilidad del empresario, en virtud de la voluntad deliberada o no de su incumplimiento, así como la trascendencia mayor o menor de dichos descubiertos. Simplemente a título de ejemplo, pues profusa es la jurisprudencia a este respecto[6], se consideró esporádico un descubierto de dos años intermitentes dentro de un dilatado período de seguro o faltas de cotización en un periodo de ocho o doce meses lo que exoneró de responsabilidad a la empresa[7]. Entendiendo que no es ocasional ni esporádico cuando dicha infracotización dura todo el tiempo en el que está vigente la relación laboral[8] o cuando son dos años sucesivos en los que no se aprecia concurran "hechos declarados probados ni concretas afirmaciones con posible valor fáctico de los que resulten circunstancias que pudieran entenderse moderadoras del incumplimiento

[4] Siguiendo la doctrina señalada, entre otras, STS 4591/2000 de 5 de junio, FJ Segundo (Nº de recurso 3253/1999), STS 9329/2000 de 18 de diciembre, F.J Cuarto (Nº de recurso 1605/2000) y STS 886/2022, de 27 de octubre (FJ tercero. 2), objeto de nuestro análisis.

[5] Voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Martín Valverde, D. Manuel Iglesias Cabero y D. Mariano Sampedro Corral.

[6] Vid. in extenso, Fernández Domínguez, J.J., *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*...op.cit., pp. 129-138; Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial…", op.cit., pp.412-413; Tortuero Plaza, J.L., *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*, Informe FIPROS, Mº de Empleo y Seguridad Social, 2011, p.68 (en https://www.seg-social.es/)

[7] Entre otras, STS 633/2000, de 1 de febrero (Nº de recurso 694/2000), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo 3 incluye un elenco de ejemplificaciones al respecto, con mención de la ponderación de las circunstancias concurrentes en los pronunciamientos del TS

[8] STS 767/2008, de 26 de febrero (Nº de recurso 2341/2006)

empresarial" [9]. Esta encrucijada jurisprudencial, como señaló la doctrina tiempo atrás, "origina una inseguridad jurídica, lo que urge a abandonarla por un sendero definido, claro y abierto"[10], lo que evidentemente aún no se ha hecho a la fecha.

Lo señalado debe completarse con la otra sentencia referenciada en la sentencia objeto de este estudio, la STS 8497/2009 de 16 de diciembre (Nº de recurso 650/2009). Sentencia ésta en la que se hace mención expresa a la posible moderación de la responsabilidad exigida al empresario como consecuencia de su voluntariedad en el abono de las cuotas debidas. A este respecto, en tanto el TSJ de Cataluña (Sentencia 11809/2008, Nº de recurso 4643/2007, recurrida en casación) parte de la apreciación del criterio de la ocasionalidad y apreciación de la voluntad del empresario como elementos a tener en cuenta para exonerar de responsabilidad, al señalar que , "no ha concurrido una voluntad contumaz, reiterada y rebelde de la empresa en el cumplimiento de los deberes de cotización, sino tan solo la ocasional circunstancia de que la empresa incurrió durante (un) periodo de tiempo, quizás por problemas de liquidez aun cuando no consta acreditada la causa, en falta de cotización", el TS viene a afirmar que "no existe una variación decisiva y sustancial por el hecho de que el abono de las cuotas atrasadas se efectúe de forma voluntaria por la empresa, en lugar de ser consecuencia de la intervención ejecutiva de la Seguridad Social". A juicio del TS, "si se aceptara que el pago tardío y posterior al accidente enerva la responsabilidad de la empresa", se estaría vehiculando un mecanismo para eludir la responsabilidad referenciada en el artículo 126.2 TRLGSS, hoy 167 de dicho texto.

En tercer lugar, la STS 767/2008, de 26 de febrero- recordemos que es a la que la sentencia objeto de análisis se refiere como aquella que incorpora la doctrina correcta-, menciona como tercer elemento a tener en cuenta para declarar o no la responsabilidad empresarial por infracotización, que dicho incumplimiento tenga trascendencia en la relación jurídica de protección, como es, por ejemplo, la diferencia entre la base reguladora de la prestación en cuestión o cuando el incumplimiento repercute en la formación del derecho a dicha prestación[11]. Elemento este respecto del que no hace mención alguna la sentencia 4054/2022, de 27 de octubre analizada.

5. UNA LECTURA DE LA STS 4054/2022, DE 27 DE OCTUBRE, A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TS SOBRE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES POR INFRACOTIZACIÓN

Si como el propio TS señala en su sentencia 4054/2022, de 27 de octubre, la doctrina correcta es la sentada en las sentencias del propio Tribunal analizadas en el apartado anterior, se hace, a nuestro juicio, necesario dirimir si aquella responde a dicha doctrina y cuáles son los argumentos seguidos a fin de adaptar, a lo señalado en aquellas, la controversia planteada en este recurso de casación para unificación de doctrina.

El primer elemento que hemos analizado a tenor de la doctrina sentada por el TS en sentencia 767/2008, de 26 de febrero (Nº recurso 2341/2006), es el del elemento temporal. La STS 4054/2022, de 27 de octubre, siguiendo lo establecido en aquella, reitera como momento temporal a tener en cuenta para determinar si hubo o no incumplimiento por parte del empresario, el de la fecha del accidente ocurrido al trabajador (27/5/2014). De modo que, a juicio del tribunal, la existencia de infracotización por parte de la empresa a dicha fecha determinará la responsabilidad de la misma en la parte que corresponda.

Hemos pues de preguntarnos, ¿existía infracotización a dicha fecha? A la fecha del accidente, el trabajador tenía pendiente de percibir un complemento salarial que debería haber sido abonado desde febrero de 2013 a mayo de 2014; complemento salarial que se abona por el empresario tras su

[9] STS 2289/2001, de 21 de marzo (Nº de recurso 2187/2000)

[10] Ordeig Fos, J.Mª., "Hacia un régimen público de seguridad social. La responsabilidad: Encrucijada de la jurisprudencia", *Actualidad Laboral*, Nº 28, 1985, p.1423

[11] STS 8075/2004, de 14 de diciembre (Nº de recurso 5291/2003)

reconocimiento en acuerdo de conciliación del 21 de agosto de 2015, procediéndose a ingresar las cotizaciones al mismo correspondientes el 2 de septiembre de 2015. La duda que se plantea y que requiere, a nuestro juicio, complementar con los elementos que se analizarán a continuación, es si realmente existe a la fecha del accidente una infracotización imputable al empresario.

Será necesario atender a la índole de las circunstancias concurrentes respecto de los complementos salariales a abonar a fin de clarificar si el empresario conocía de la procedencia de su abono al trabajador habiendo eludido su abono y, por tanto, la cotización a ellos correspondientes o, por el contrario, la duda sobre el abono de los mismos requería una clarificación al respecto, como así parece dilucidarse en el acto de conciliación celebrado[12]. De modo que, si fuera aquella la situación planteada, es decir, la omisión de su abono y correspondiente cotización por parte del empresario de forma voluntaria e intencionada, nos encontraríamos en un supuesto de infracotización. Ello a diferencia del segundo supuesto, en el que entendemos que el empresario está cotizando por los conceptos pertinentes a la fecha del accidente, sin perjuicio de que, reclamados con posterioridad dichos complementos salariales se reconocieran y se cotizara por los mismos, pero sin que ello pudiera ser entendido como un incumplimiento de su obligación de cotizar y del que, por tanto, pudiera derivarse su responsabilidad empresarial en cuanto al pago de prestación.

Y es esta última apreciación la que parece poner de manifiesto el TSJ de Andalucía en la sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina[13], al señalar que "no se trata de una voluntad deliberadamente rebelde del empresario al cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización, sino … una controversia acerca de si la empresa tenía que abonar o no al trabajador un determinado complemento salarial, controversia que finalizó con acuerdo entre las partes y el inmediato ingreso de las cotizaciones correspondientes por parte de la empresa". Es por ello que a tenor de dicho TSJ no cabe hablar de descubiertos de cotización sino de la existencia de unas "cotizaciones complementarias" por diferencias de cotización.

Ciertamente es difícil la delimitación de ambos conceptos, descubiertos de cotización y cotizaciones complementarias, pues estas últimas no existirían, podríamos pensar, si durante un determinado periodo de tiempo no hubiera habido una ausencia de las mismas. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en la controversia hacen, desde nuestro punto de vista, ser capaces de trazar la línea distintiva entre ambos conceptos. No puede existir descubierto de cotización si, en dicho momento, no había concepto alguno salarial respecto del que cotizar; concepto que, apareciendo con posterioridad, lo que origina sí son sus cotizaciones, pero como complementarias de las ya obligatorias en su momento y satisfechas en su integridad por el empresario.

En segundo lugar, debe señalarse que en la sentencia objeto de este análisis, pese a las referencias que en la misma se hace a la doctrina sentada en sentencias precedentes, se obvia la mención a uno de los elementos a tener en cuenta para la procedencia o no de la exigencia de responsabilidad al empresario. Nos estamos refiriendo a la calificación del incumplimiento de la obligación de cotizar como transitorio, ocasional o involuntario o, por el contrario, como rupturista o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotización. La STS 767/2008 de 26 de febrero incluye como elemento a valorar, la concurrencia de dicha condición en el incumplimiento empresarial, a la hora de exigir o no responsabilidad, si bien, como señalamos, la STS 4054/2022 guarda silencio a este respecto.

[12] En este sentido, Carpena Niño, J.Mª, pone de manifiesto que, si bien, " puede parecer que la gestión de las cotizaciones es una cuestión de escasa complicación práctica, lo cierto es que en el devenir diario de las empresas surgen dudas y complicaciones…", analizándose supuestos como "errónea aplicación de un convenio colectivo" o "cantidades abonadas en concepto de premio por permanencia en la empresa", en "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracotizaciones", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008, p.16

[13] STSJ de Andalucía de 12910/2019, de 26 de junio (Nº de recurso 125/2019) Fundamento Jurídico Primero último párrafo

A la vista de lo señalado y de la jurisprudencia analizada, sería pues necesario determinar a cuáles de las características mencionadas responde el incumplimiento del empresario de nuestra controversia, pues dichas características determinarán la exigencia o no de responsabilidad. Bien es cierto, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina, que es una cuestión difícil de concretar y de ofrecer un tratamiento unitario, lo que corrobora la disparidad de apreciaciones jurisprudenciales en la cuestión[14]. Sin embargo, de optar por la apreciación de los mismos en el caso que nos ocupa, la balanza debe, a nuestro juicio, inclinarse por el carácter esporádico e incluso nos atrevemos a calificar como accidental, de la infracotización. Realmente, en el momento del accidente el empresario estaba cotizando por lo que correspondía; sin perjuicio de que el reconocimiento posterior del derecho del trabajador a unos complementos salariales durante determinados meses llevara consigo el incremento de la cotización como consecuencia del abono de los mismos que, además, fueron reconocidos en acuerdo conciliatorio por el empresario, procediendo al abono de las cotizaciones correspondientes. A la vista de ello, entendemos que no puede apreciarse en el empresario intención alguna de no cumplir con sus obligaciones de cotización.

Hemos de poner en evidencia la palmaria diferencia entre la controversia de la STS 4054/2022 y la invocada y que, no obstante, lleva al TS a apreciar la existencia de contradicción, la STS 767/2008 de 26 de febrero (Nº de recurso 2341/2006). Esta sentencia reconoce la responsabilidad del empresario en un supuesto en el que, celebrado con el trabajador un contrato a tiempo parcial y prestando este sus servicios durante toda la duración de la relación laboral a tiempo completo, la cotización de la empresa se hizo en base a la jornada estipulada en el contrato y, por tanto, en cuantía inferior a la que legalmente se tenía que haber realizado. Los elementos coincidentes se concretan en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, momento en el que, en este supuesto, evidentemente, existía la infracotización señalada; el reconocimiento de una incapacidad permanente al trabajador, en este caso en el grado de Gran invalidez y la avenencia de la empresa en acto de conciliación a reconocer que se había cotizado en cuantía inferior a la que procedía a tenor de la jornada del trabajador accidentado. Puede afirmarse que la voluntad empresarial de no cumplir con la obligación de cotizar es clara en la sentencia de contraste, desde el momento en el que el empresario está cotizando por una jornada a tiempo parcial en tanto el trabajador presta sus servicios a tiempo completo y ello, no durante un breve lapso de tiempo sino durante toda la duración de la relación laboral.

Bien es cierto que la sentencia objeto de análisis puede haber omitido dicha alusión porque entendiera que no procede la aplicación de lo señalado en el supuesto de infracotización, siguiendo a este respecto la línea jurisprudencial que entiende que "esa moderación de la responsabilidad para cuando la infracotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social", lo que, a juicio de dicha jurisprudencia, "tiene su lógica puesto que la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca solamente la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada y la que corresponde a la Seguridad Social en virtud de las cuotas efectivamente ingresadas"[15].

No obstante, entendemos que si la omisión en la apreciación de las circunstancias concurrentes se debe a la aplicabilidad de esta doctrina así debería haberse hecho constar en la sentencia analizada, con mención expresa a aquella como doctrina aplicable, igual que lo ha hecho a las sentencias referenciadas de 2008 y 2009, máxime cuando en la sentencia del TSJ de Andalucía recurrida se hace mención expresa a la ausencia de "una voluntad deliberadamente rebelde del empresario al cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización", para exonerar al mismo de la responsabilidad en el pago parcial de la pensión de incapacidad permanente reconocida. Aspecto

[14] En este sentido, Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial…", op.cit., pp.413-415; Tortuero Plaza, J.L., *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial*…, op.cit., p.58

[15] STS 1630/2011, de 8 de marzo (Nº de recurso 1075/2010)

este que, no siendo expresamente analizado por la STS 4054/2022, lleva a la conclusión que debe de ajustarse a la que esta misma considera como doctrina correcta.

6. CONCLUSIONES

El análisis de la STS 4054/2022, de 27 de octubre, que aquí se acomete, continúa poniendo de relieve las carencias normativas de una materia como la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones por incumplimiento de las obligaciones que, en materia de Seguridad Social, le corresponden al empresario. Como ya puso de relieve el Maestro Desdentado Bonete en su voto particular de la STS 633/2000, de 1 de febrero (Nº de recurso 694/1999), "la institución de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, que arrastra una regulación preconstitucional, plantea graves problemas de configuración… los que sin duda explican la evolución legislativa en esta materia, con un desarrollo reglamentario siempre pospuesto y con el mantenimiento en la práctica, por la vía de la heterodegradación, de una regulación histórica".

Dicha situación ha generado y continúa generando múltiples controversias que reclaman continuamente la intervención de nuestros tribunales, con pronunciamientos dispares dada la pluralidad de supuestos y de diferentes matices a apreciar en cada uno de ellos. Hecho que corroboran los diferentes pronunciamientos de los TSJ y del TS e incluso entre los mismos de este último, así como los diferentes votos particulares incorporados en algunas de las sentencias por este emitidas; lo que da cuenta de la complejidad de la materia y de la pluralidad de prismas con los que analizar la misma.

Pero, salvada dicha apreciación, la realidad es la que es a la fecha, y hemos de tratar de solventar la cuestión con las "herramientas jurídicas" de las que se dispone.

A la vista pues de lo plasmado en los apartados precedentes, el TS en el supuesto analizado obvia, a nuestro juicio, la apreciación de ciertas circunstancias que, de ser tenidas en cuenta, hubieran llevado a un fallo diferente. En esta sentencia, bajo nuestra perspectiva, la resolución de la controversia se ha hecho por el tribunal de un modo simple e incompleto pues, si bien se recurre a la aplicación de la doctrina sentada referenciada, ello se hace eludiendo relevantes aspectos que deberían haber sido tenidos en cuenta en la valoración de la controversia. Si el punto de partida, sin mayor apreciación de circunstancias concurrentes, es que, en el momento del accidente, había una menor cotización a la que posteriormente correspondía, evidentemente se está en el supuesto de responsabilidad empresarial previsto en el artículo 94 2 c), pero para llegar a dicho fallo no hubiera sido necesario la larga trayectoria jurisprudencial que en la materia ha ido elaborándose casuísticamente por el TS. Sería similar a una sencilla operación matemática, sin mayores complicaciones interpretativas.

Ahora bien, la aplicación al caso concreto de las distintas matizaciones jurisprudenciales y su apreciación *in situ* podrían conducir, como decíamos, a un fallo que exonerara al empresario de dicha responsabilidad empresarial. Inclinándonos en el sentido del fallo emitido en el asunto por el TSJ de Andalucía y ello en base a las consideraciones siguientes:

Si bien parece que es unánime que el elemento temporal a tener en cuenta sea el de la fecha del accidente, baste una mera mención para poner de manifiesto nuestra discrepancia al respecto, coincidiendo así con el voto particular de la STS 767/2008 en la que es la fecha del hecho causante la que, dentro del mecanismo propio de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, ha de determinar el momento del nacimiento de una prestación y que, por ende, es el que ha de constituir el punto de referencia para conocer el cumplimiento de las obligaciones del empleador. Si este fuera el criterio a seguir, puede que en el caso que nos ocupa no se derivara responsabilidad empresarial alguna ya que, en el momento en que se entendiera producido el hecho causante de la IP reconocida (2016), el empresario habría cumplido con sus obligaciones de Seguridad Social en materia de cotización (cumplidas a septiembre de 2015). No obstante, como se señala, no es esta opción factible a tenor de la sentada doctrina que propugna la fecha del accidente como determinante.

La otra cuestión en tela de juicio y que, como se ha indicado, lleva a inclinarnos por la exoneración de la responsabilidad empresarial, es la, entendemos que procedente, apreciación de una moderación en la exigencia de la responsabilidad a tenor del incumplimiento empresarial. No compartimos la afirmación de que la infracotización lleva ya implícita la "moderación de la responsabilidad", estimando que dicha moderación sí debe ser aplicable a los descubiertos de cotización. El propio TS admite excepciones en estos supuestos, pese a la tajante afirmación de la que se parte en la STS 1630/2011, de 8 de marzo; por lo que ello abre una puerta a dicha moderación, máxime cuando está siendo ésta aplicada en otros pronunciamientos del propio TS. La ausencia de la apreciación de determinadas circunstancias que permitan "graduar" la exigencia de esa responsabilidad llevarían al absurdo resultado de equiparar, como es el caso, un incumplimiento empresarial consistente en cotizar a tiempo parcial por un trabajador que presta su servicios a tiempo completo durante toda la vigencia de la relación laboral- en el que ya hemos evidenciado la existencia de esa voluntad rupturista del cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador - con la falta de cotización de unos complementos salariales de cuya procedencia o no parece dudarse a la fecha del accidente. Evidentemente, podría contra-argumentarse que la incidencia de uno y otro en cuanto a algún elemento relevante de la prestación, como podría ser la base reguladora, dependerá de la cuantía de lo debido, ciertamente. Lo que nos lleva a la importancia de calibrar "una voluntad deliberadamente rebelde del cumplimiento del pago por el empresario", lo que, a nuestro juicio, no concurre en ningún caso en el supuesto analizado.

A modo de conclusión baste señalar que, quizás una revisión del fallo, tras la aplicación pormenorizada y en todos sus elementos de las sentencias referenciadas en cuanto a las que han de guiar el pronunciamiento en cuestión como doctrina correcta, podrían llevar a la exoneración de responsabilidad del empresario en este supuesto y, por tanto, a ratificar el pronunciamiento del TSJ de Andalucía.

Bien es cierto que no podemos concluir este estudio sin continuar mostrando nuestra perplejidad como jurista, esperando no caer en la desidia, de que cuestiones de tal envergadura, con una nutrida y dispar jurisprudencia al respecto, no hayan supuesto ninguna llamada de atención al legislador para responder a la misma, continuando anclado en una normativa preconstitucional de 1966.

7. BIBLIOGRAFÍA

Blasco Lahoz, J.Fco., *Régimen General, Regímenes especiales y prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, 2022

Bodas Martín, R., "Sistemas de responsabilidades en materia de contingencias profesionales, en particular en los supuestos de falta de afiliación, de alta y cotización", *Accidentes de trabajo y sistemas de prestaciones*, Editorial Bomarzo, 2009

Carpena Niño, J.Mª., "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracotizaciones", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008

Fernández Domínguez, J.J., *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*, Tirant lo Blanch, 2007

Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial", *Temas Laborales*, nº 66, 2002

Ordeig Fos, J.Mª., "Hacia un régimen público de seguridad social. La responsabilidad: Encrucijada de la jurisprudencia", *Actualidad Laboral*, Nº 28, 1985

Tortuero Plaza, J.L., *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*, Informe FIPROS, Mº de Empleo y Seguridad Social, 2011.

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Los derechos no efectivos no computan para el requisito de carencia de rentas en las pensiones no contributivas. Comentario a la STS 18 Oct 2022

Non-effective entitlements do not count towards the income requirement for non-contributory pensions. Commentary on STS 18 Oct 2022

Francisco Xabiere Gómez García *Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0003-0040-2758

Cita Sugerida: GÓMEZ GARCÍA, F.X.: «Los derechos no efectivos no computan para el requisito de carencia de rentas en las pensiones no contributivas. Comentario a la STS 18 Oct 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 145-151

Resumen

Las pensiones no contributivas constituyen un derecho subjetivo de la ciudadanía que no queda al albur de la Administración de turno, lo cual implica que son exigibles judicialmente por quienes cumplen las condiciones para su percibo. En relación con el requisito de carencia de rentas o ingresos, en las últimas dos décadas han existido pronunciamientos judiciales que aclaran que, por la propia finalidad de las pensiones no contributivas, no deben computarse los derechos que no están siendo incorporados de manera real al patrimonio del solicitante por causas ajenas a su voluntad. Pese a ello, no han dejado de aparecer algunas sentencias que niegan el acceso a estas pensiones, en situaciones relacionadas con beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social de Venezuela, aunque es público y manifiesto que desde 2016 estos residentes en España no las están percibiendo. Este es el debate que la STS 18 octubre 2022 pretende cerrar.

Palabras clave

pensión; no contributiva; Venezuela; carencia; ingresos

Abstract

Non-contributory pensions constitute a subjective right of citizens that is not at the mercy of the administration in office, which means that they are judicially enforceable by those who meet the conditions for receiving them. In relation to the requirement of lack of income, in the last two decades there have been judicial pronouncements clarifying that due to the very purpose of non-contributory pensions, rights that are not being incorporated in a real way into the applicant's assets for reasons beyond his or her control should not be taken into account. Despite this, some rulings have continued to appear denying access to these pensions, in situations related to beneficiaries of contributory pensions from the Venezuelan Social Security system, although it is publicly and manifestly known that these residents in Spain have not been receiving them since 2016. This is the debate that the STS 18 October 2022 aims to close.

Keywords

pension; non-contributory; Venezuela; lack; income

1. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

El art. 41 CE obliga a todos los poderes públicos a garantizar, mediante un régimen público de Seguridad Social, la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, en un amparo reforzado por el art. 50 CE para los ciudadanos durante la tercera edad. Este cometido sería imposible sin una protección no contributiva «que tiene el fin de no dejar desamparada a ninguna persona, con independencia de que haya o no contribuido al sostenimiento de la Seguridad Social

Fecha Recepción: 9/2/2023 - Fecha Revisión: 15/2/2023 - Fecha Aceptación: 20/2/2023
Pags. 145-151

española»[1], por lo que, en definitiva, «el tratamiento constitucional de las prestaciones no contributivas se confundiría así con el tratamiento constitucional de la Seguridad Social»[2].

No obstante, este intenso mandato constitucional parece diluido, en ocasiones, por una praxis más atenta a cuestiones presupuestarias, particularmente en asuntos donde interviene por acción u omisión otro Estado. En todo caso, estas pensiones tienen carácter de derecho subjetivo, por lo que «no están sometidas a la discrecionalidad de la Administración, siendo exigibles jurídicamente por todos los ciudadanos que reúnan los requisitos establecidos»[3].

2. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 18 OCTUBRE 2022 (RCUD. 2433/2019)

El supuesto de hecho que origina el litigio judicial atañe a una persona que, desde noviembre de 2016, tiene concedida una pensión de jubilación no contributiva por la Consejería de Servicios Sociales y Cooperación del Gobierno de las Islas Baleares, derecho que le fue extinguido en febrero de 2017, con solicitud de reintegro del cobro indebido en cuantía de 1.028,01 euros, por tener reconocida una pensión de Seguridad Social de 25.574,91 euros anuales por parte de la República Bolivariana de Venezuela.

Interpuesta reclamación previa frente a esta resolución extintiva, únicamente es estimada la anulación de la obligación de reintegro del cobro indebido, pues se considera que no debería haberse reconocido desde un inicio el derecho a la pensión no contributiva, dado que constaba la existencia de un convenio bilateral entre España y Venezuela, cuyo importe reconocido superaba el límite establecido para las pensiones no contributivas.

3. EL *ITER* JUDICIAL

Ante esta estimación parcial de la reclamación previa, presenta el actor demanda frente a la Consejería, dictándose sentencia el 19 de marzo de 2018 (Autos 401/2017) por parte del Juzgado de lo Social núm. 4 de Palma de Mallorca, la cual desestima íntegramente aquella, absolviendo a la Consejería de todas las pretensiones formalizadas en su contra.

3.1. Las posiciones de las partes

Sustenta su derecho el demandante en base al art. 369.1 LGSS, al aducir que cumple los requisitos, incluido el de carencia de rentas, ya que la Seguridad Social venezolana no le abona la pensión reconocida desde enero de 2016.

Por el contrario, la Comunidad Autónoma de Islas Baleares alega que, según el mismo art. 369 LGSS y concordantes y el RD 357/1991, la pensión de Seguridad Social venezolana debe computarse en todo caso a efectos de las rentas e ingresos del solicitante, por lo que el demandante no tendría derecho a la pensión no contributiva.

3.2. Fallos divergentes en las sentencias de instancia y suplicación

Como ya se anticipó, la sentencia del Juzgado de lo Social deniega el derecho a la pensión, asumiendo plenamente los planteamientos del Gobierno balear. Por el contrario, la sentencia del TSJ Islas Baleares 21 diciembre 2018 (rec. 407/2018) revoca la de instancia y declara el derecho del recurrente a la pensión no contributiva, con las consecuencias legales inherentes a esta declaración.

[1] SJS 15 enero 2018, núm. 1 de Gijón (Autos 589/2017).

[2] Desdentado Bonete, A.: "Las pensiones no contributivas en el marco constitucional", en VV.AA.: *Pensiones no contributivas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pág. 273.

[3] Blasco Lahoz, J.F.: *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 1623.

3.3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

La representación letrada de la Consejería de Servicios Sociales y Cooperación interpuso recurso de casación, fundado en la contradicción de la sentencia dictada con otra previa del mismo órgano judicial, dictada el 12 de abril de 2018 (rec. 82/2018), que desestimó el derecho a prestación de jubilación no contributiva a una ciudadana venezolana que tenía reconocida una pensión de viudedad de Venezuela con una cuantía de 1.369,96 euros mensuales.

El Alto Tribunal entiende que en ambos pleitos concurren hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, por lo que las resoluciones contradictorias deben ser unificadas.

4. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Manifiesta el Tribunal Supremo que la controversia litigiosa reside en determinar si tiene derecho a la pensión de jubilación no contributiva una persona con pensión reconocida de la Seguridad Social de Venezuela, pero que no perciba cantidad alguna, es decir, si en todos los casos computa, a efectos del requisito de carencia de rentas e ingresos, una pensión reconocida pero no abonada.

4.1. Los requisitos

Procede, por tanto, examinar si concurren las condiciones para ser beneficiario, que el art. 369 LGSS subordina no solo para el derecho a pensión, sino también para la conservación de la misma y, en su caso, su cuantía.

Primeramente, no hay disputa en que la persona ha cumplido sesenta y cinco años de edad y que sigue manteniendo su residencia legalmente en territorio español, habiéndolo hecho durante más de diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales al menos dos fueron consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación. Por lo tanto, el único punto de discusión surge en torno a la carencia «de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites establecidos en el artículo 363 LGSS».

En efecto, el art. 363.1.d) LGSSS considera que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma de los mismos, en cómputo anual, es inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación, importe que es fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Dejando de lado las cuestiones referentes a la unidad económica de convivencia, por irrelevantes para este caso, sí interesa destacar que el art. 363.5 LGSS indica que son considerados como ingresos o rentas computables «cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional», a lo que el art. 12.1 RD 357/1991 ─que vino a realizar el desarrollo reglamentario en materia de pensiones no contributivas[4]─ añade «cualesquiera otros sustitutivos de aquellos». Asimismo, su art. 12.4 deja claro que «en todo caso se computarán las rentas o ingresos, de cualquier naturaleza, que se tenga derecho a percibir o disfrutar», salvo en ciertas situaciones concretas, ninguna referente a impagos. Además, para estimar la existencia de rentas o ingresos insuficientes deben incluirse «los que disponga o se prevea va a disponer el interesado, en cómputo anual, de enero a diciembre» (art. 11.1 RD 357/1991)[5].

Es por esta razón que algún órgano competente de las comunidades autónomas aduce que solo la extinción o pérdida del derecho a tal pensión previa, determinaría no incluirla entre los ingresos propios del beneficiario de la pensión no contributiva, por lo que resulta insuficiente la simple declaración de la persona solicitante asegurando no haber recibido en varios meses el ingreso de la

[4] En rigor, el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. Ley, por otra parte, ya derogada.

[5] Disposiciones que son reiteradas en los arts. 4 y 5 de la Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991.

pensión de Venezuela, al entender que eso no acredita que el derecho a percibirla se haya extinguido, estimando que tal circunstancia habría de probarse únicamente mediante certificado emitido por el organismo público venezolano que le haya reconocido la pensión[6]. Estas entidades llegan incluso a rechazar los extractos del banco donde se venía percibiendo la pensión venezolana[7], por ejemplo, aduciendo que eso no excluye que la pensión de Venezuela haya podido ser cobrada por otros medios o en otra entidad bancaria dentro o fuera de España[8].

4.2. La finalidad de la pensión no contributiva y los derechos no satisfechos

La Exposición de Motivos de la Ley 26/1990 explicaba que, en línea con «una de las demandas prioritarias de la sociedad» como es garantizar pensiones públicas «para todos los ancianos o inválidos sin recursos que, por las causas que fueren, no acceden a las prestaciones hoy vigentes», las personas beneficiarias van a recibir «no solo una renta económica, sino también la asistencia médico-farmacéutica y los servicios sociales, obteniendo de esta forma una cobertura integral ante su estado de necesidad». Estado de necesidad que no implica forzosamente encontrarse en un límite de ingresos previsto de «umbral de pobreza» o de «cuasi indigencia», aunque todavía exista jurisprudencia y doctrina judicial que mantienen un criterio diferente[9].

En este sentido, el Tribunal Supremo acude a sus sentencias de 29 de septiembre de 2010 (rec. 2479/2009 y 3386/2009) para afirmar que el límite de ingresos cumple la función de seleccionar esa garantía mínima y uniforme. De hecho, el legislador con el requisito de la carencia de rentas o ingresos, en puridad, no ha querido tutelar una contingencia de escasez de medios de vida, pues se trata de una condición que se superpone a quien ya está afectado por otra contingencia[10] (invalidez o, como en este caso, vejez). Respecto del tipo de rentas computables, queda claro que se incluyen las de naturaleza prestacional y, esto es así, con independencia de su índole y denominación (pensiones, mejoras voluntarias, etc.), el pagador (TGSS, mutua, compañía de seguros, etc.) o el Estado en el cual este radique[11], como ocurre en el presente asunto.

En este punto, el Alto Tribunal toma dos ejemplos de distinta litis a la aquí enjuiciada, pero que le sirven como modelo para aquilatar el significado real de los bienes o derechos computables. El primero es el reconocimiento del derecho a percibir pensiones no contributivas a dos mujeres divorciadas con pensión compensatoria previamente reconocida, pero cuyo importe no estaba siendo abonado[12]. La interpretación que ahí se hace sobre el art. 12.1 RD 357/1991 justifica que los bienes y derechos «de que dispongan» anualmente el beneficiario o la unidad económica de convivencia, «equivale a valerse de una cosa o tenerla o utilizarla como suya», máxime cuando el abono no se ha hecho efectivo por causas independientes de su voluntad[13].

---

[6] STSJ Canarias 30 septiembre 2020 (rec. 319/2020).

[7] Prueba negativa que «se convierte en diabólica» y que mereció reproche de la Sala en el sentido de que, si la entidad tenía noticia de la posibilidad de abono en otra cuenta, debió instar los medios de prueba al respecto. STSJ Canarias 2 septiembre 2019 (rec. 89/2019).

[8] STSJ Canarias 29 noviembre 2018 (rec. 431/2018).

[9] Según Blasco Lahoz, J.F.: *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 1610.

[10] Fargas Fernández, J.: *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pág. 169.

[11] Barrios Baudor, G.L., Sempere Navarro, A.V. y Megino Fernández, D.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Volumen VII*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 310.

[12] SSTS 22 mayo 2000 (rec. 3544/1999) y 25 septiembre 2003 (rec. 2476/2002).

[13] Una encomiable crítica de sentencias con interpretaciones en favor de la intrascendencia del cobro efectivo a los efectos prestacionales en situaciones de créditos matrimoniales (y su impacto de género) en Lousada Arochena, J.F.: "El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social", *CIVITAS. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 106, 2001, págs. 537-539.

El segundo ejemplo tenía relación con pensiones reconocidas en virtud de convenios internacionales pero que no llegan a ingresarse, precisamente respecto de Venezuela, si bien versaba sobre el complemento por mínimos del art. 59 LGSS. La argumentación de este grupo de sentencias entiende que, para el cómputo de los límites de acceso a los complementos, la literalidad del texto legal alude claramente a rendimientos y ganancias «percibidas» y, por ende, no a cantidades devengadas[14]. De igual forma, indican que los reales decretos de revalorización de las pensiones disponen el complemento necesario si el «importe real» de las pensiones reconocidas fuera inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate, y no respecto a ideales derivados del reconocimiento, pues «es con esos importes reales con los que el beneficiario debe atender a sus necesidades».

En definitiva, teniendo presentes estos criterios, la Sala concluye que no puede negarse la pensión no contributiva a quien tiene reconocida «una pensión cuya virtualidad real es inexistente». Sin embargo, la mejor doctrina académica ya había apuntado otras sentencias en suplicación que entendían que lo verdaderamente relevante es que los derechos se hayan incorporado de manera real al patrimonio particular, en asuntos diversos como retribuciones pendientes, salarios de tramitación, indemnizaciones por despido, subsidios por desempleo, anticipos laborales adeudados al socio-trabajador en una cooperativa y, en fin, ganancias procedentes (bien de transmisiones, bien de ventas) de acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva percibidas en ejercicios económicos distintos[15].

No obstante, también es cierto que hubo otros pronunciamientos que rechazaron el derecho a la pensión, aunque estos contenían ciertos matices, siendo el principal, su mayor cercanía temporal con el cese de los pagos por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Por ejemplo, la propia sentencia referencial[16], donde la solicitante había recibido tres transferencias durante 2016, consideraba que «podría ser una situación de retraso en su abono», lo que no justificaría «una exención a la aplicación de la norma» (de computarlo como previsión de ingresos a corto plazo). En otro asunto[17], el solicitante percibía, por su jubilación contributiva, 18,53 euros mensuales a cargo del sistema español, por lo que, tras la falta de pago de la parte venezolana, la Sala le deniega la pensión no contributiva pero le conmina a solicitar el complemento por mínimos.

Sea como fuere, la propia literalidad de la norma, «los que disponga o se prevea va a disponer el interesado» (art. 11.1 RD 357/1991), debería jugar por sí sola a favor de los solicitantes, pues como bien razona un sentencia en suplicación «se refiere a una previsión segura y a corto plazo» ─de enero a diciembre, según ese mismo artículo─ y «dada la situación de impago de las pensiones de la Seguridad Social de Venezuela a los residentes en España, como hecho notorio, no cabe prever en estos momentos que los beneficiarios vayan a disponer realmente de esa renta»[18]. De hecho, en la propia sentencia del Tribunal Supremo aquí examinada aparece, como hecho esencial para la resolución del pleito, que el 16 de septiembre de 2016 el INSS requirió al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales para que repusiera inmediatamente el pago de las pensiones[19], adeudadas desde enero de 2016, a sus pensionistas residentes en España, sin que a estas alturas haya trascendido que la situación mejorara[20].

[14] SSTS 22 noviembre 2005 (rec. 5031/2004) y 21 marzo 2006 (rec. 5090/2004).

[15] Barrios Baudor, G.L., Sempere Navarro, A.V. y Megino Fernández, D.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Volumen VII*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 322.

[16] STSJ Islas Baleares 21 diciembre 2018 (rec. 407/2018).

[17] STSJ Galicia 28 febrero 2018 (rec. 4462/2017).

[18] STSJ Madrid 25 marzo 2019 (rec. 1071/2018).

[19] Requerimiento que figura como tercer hecho probado en la SJS 15 noviembre 2017, núm. 37 de Madrid (Autos 607/2017).

[20] Alguna otra sentencia previa ya había calificado esta situación de impago como notoria, por ejemplo, la SJS 29 enero 2018, núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife (Autos 901/2018); la SJS 22 octubre 2018, núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife (Autos 555/2018); la STSJ Madrid 8 abril 2019 (rec. 279/2018) o la STSJ Galicia 12 diciembre 2019 (rec, 2138/2019). En sentido contrario, la SJS 21 enero 2018, núm. 15 de Madrid (Autos 905/2018).

5. EPÍLOGO

Varios son los procesos judiciales resueltos en las diferentes instancias desde que la entidad gestora de la Seguridad Social de Venezuela dejó de abonar sus pensiones a las personas beneficiarias residentes en España. En primer lugar el INSS, con el complemento por mínimos, y después los órganos competentes en materia de prestaciones no contributivas de las Comunidades Autónomas ─con especial impacto en zonas como Galicia o las Islas Canarias─, han intentado hacer prevalecer (a grandes rasgos) el argumento de que a la entidad gestora no cabía «imponerle una responsabilidad subsidiaria por las pensiones impagadas por otros Estados, en este caso, por la Seguridad Social Venezolana, ante la que el beneficiario podrá reclamar»[21]. De igual modo, también ha sido expuesto que «si en virtud de una sentencia se obliga al Estado español a asumir el pago, podría producirse un supuesto problemático cuando Venezuela proceda al abono de las prestaciones a sus pensionistas»[22].

Estos alegatos han sido rechazados de forma mayoritaria en sede judicial, en primer lugar porque existe una obligación general de las personas titulares del derecho, de comunicar en 30 días la variación recursos económicos propios o ajenos computables (art. 16 RD 357/91 y arts. 372 y 368 LGSS), pudiendo de lo contrario el órgano gestor interrumpir el pago de la pensión y, de acreditarse una percepción indebida de prestaciones, tener el beneficiario que afrontar el reintegro de estas, sin perjuicio de una imposición de sanciones acorde a «la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social» (art. 20 RD 357/91)[23]. En segundo lugar porque, sobre la base de un convenio bilateral, debe otorgarse la protección no contributiva «sin perjuicio de las reclamaciones que, eventualmente, se pudieran dirigir al estado incumplidor o las regularizaciones que se llevaran a cabo en el momento en que este abonara la pensión que le corresponde»[24]. Pero, sobre todo, porque no cabe olvidar que «la Constitución no es neutra en materia de Seguridad Social, pues cuenta con una importante virtualidad garantizadora»[25], estando por ello obligado el Estado social (art. 1.1. CE) a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes, sin poder abandonar el cumplimiento de sus deberes legales a la decisión de otro Estado[26].

A mayor abundamiento, la admisión del recurso de casación formalizado sobre una sentencia referencial cuyo requisito de contradicción es cuanto menos dudoso ─a la vista de las numerosas dificultades puestas por el Alto Tribunal en otras cuestiones de Seguridad Social─, parece indicar que, de una vez por todas, quiere clarificarse la interpretación de la normativa legal, diferenciando entre la obligación de computo de los derechos previsibles y el no tener en consideración derechos cuya realización es más que improbable.

6. BIBLIOGRAFÍA

Barrios Baudor, G.L., Sempere Navarro, A.V. y Megino Fernández, D.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Volumen VII*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018

[21] SSTSJ Galicia 13 junio 2001 (rec. 1739/2001) y 11 julio 2008 (rec. 2587/2005). Esta última «acata» «por evidentes razones de Seguridad jurídica» la jurisprudencia emanada de la Sala IV del Tribunal Supremo, cambiando su criterio interpretativo, pero manteniendo que la suya es «la interpretación del precepto más ajustada a la literalidad del mismo».

[22] STSJ Galicia 5 junio 2019 (rec. 1092/2019).

[23] Referencia que ahora debe entenderse hecha hacia la reelaboración de esa norma operada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

[24] SJS 15 enero 2018, núm. 1 de Gijón (Autos 589/2017).

[25] Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: "La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas", en VV.AA.: *Pensiones no contributivas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pág. 153.

[26] STS 22 noviembre 2000 (rec. 1884/2000).

Blasco Lahoz, J.F.: *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022

Desdentado Bonete, A.: "Las pensiones no contributivas en el marco constitucional", en VV.AA.: *Pensiones no contributivas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991

Fargas Fernández, J.: *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002

Lousada Arochena, J.F.: "El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social", *CIVITAS. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 106, 2001

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: "La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas", en VV.AA.: *Pensiones no contributivas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Autopercepción de los migrantes en situación migratoria irregular en México en el acceso a sus derechos sociales

Self-perception of migrants in an irregular migration situation in Mexico on access to social rights

Gabriela Mendizábal Bermúdez
Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM, México.
Doctora en Derecho por la Universidad de Viena, Austria
https://orcid.org/0000-0003-3681-4025

Emmanuel López Pérez
Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Escuela de Estudios Superiores de Yautepec de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
Doctor en Derecho y Globalización, Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM)
https://orcid.org/0000-0003-2416-9292

Cita Sugerida: MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, G. y LÓPEZ PÉREZ, E.: «Autopercepción de los migrantes en situación migratoria irregular en México en el acceso a sus derechos sociales». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 155-176

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la posible importancia que tiene que los migrantes irregulares en tránsito por México participen en la adecuación de las normas derivadas de los instrumentos internacionales, en un proceso de lo que denomina la Dra. Mendizábal "protección social participativa", que se genera a partir de la exposición de sus necesidades y de posibles acciones concretas por parte de los gobiernos y de las instancias de la sociedad civil. La metodología empleada en esta investigación fue cuantitativa descriptiva a través de la aplicación de encuestas a personas migrantes en situación migratoria irregular en tres zonas del país: Tapachula, Chiapas, Ciudad de México y Mexicali, Baja California. A partir de los resultados, se analiza cuáles son las perspectivas de las personas migrantes en situación migratoria irregular respecto del acceso y otorgamiento de los derechos sociales como la educación, salud, alimentación, trabajo y seguridad social, en México y con ello, el artículo pretende establecer que para la construcción de la norma y políticas públicas que garantizan derechos sociales a este grupo vulnerable se debe tomar en consideración la voz del propio beneficiario que recibirá la prestación, pues con esto se puede maximizar un cumplimiento eficaz y eficiente de la norma y por supuesto, facilitar una condición de vida digna a la persona migrante en territorio mexicano mediante la protección social participativa.

Palabras clave

Migración; derecho social; migrantes irregulares; grupos vulnerables; protección social participativa

Abstract

The aim of this paper is to analyse the possible importance of the involvement of irregular migrants in transit through Mexico in the adaptation of norms derived from international instruments, in a process that Dr. Mendizábal calls "participatory social protection", which is generated from the presentation of their needs and possible concrete actions by governments and civil society organisations. The methodology used in this research was quantitative and descriptive through the application of surveys to migrants in an irregular migratory situation in three areas of the country: Tapachula, Chiapas, Mexico City and Mexicali, Baja California. Based on the results, an analysis was made of the perspectives of migrants in an irregular migration situation with respect to the access to and granting of social rights such as education, health, food, work and social security in Mexico. The article aims to establish that the voice of the beneficiary who will receive the benefits should be taken into consideration in the construction of public norms and policies that guarantee social rights to this vulnerable group, as this can maximise effective and efficient compliance with the norm and facilitate dignified living conditions for migrants in Mexico through participatory social protection.

Keywords

Migration; welfare rights; irregular migrants; vulnerable groups; participatory social protection

Fecha Recepción: 4/6/2023 - Fecha Aceptación: 5/6/2023
Pags. 155-176

1. INTRODUCCIÓN

Se cree que la migración es un fenómeno que siempre ha estado presente en la humanidad; pero los motivos por los que se migra se encuentran en constante cambio, marcados por el trascurrir del tiempo, el contexto social e incluso hoy en día por aspectos ambientales. Esto ocasiona que, las causas por las que se migra en este siglo en comparación con las que se presentaban en los años 50's sean diferentes; sin embargo, un factor común que se puede presentar en las migraciones es que las personas deciden dejar sus lugares de origen con la finalidad de generar mejores condiciones de vida individuales y colectivas que beneficien a todo su núcleo familiar e incluso social.

Aunque la migración es un elemento intrínseco de la persona, la realidad que se presenta en el mundo, es que para poder migrar a un país distinto al de origen se deben cumplir determinadas disposiciones migratorias establecidas por las leyes de los países receptores y que en muchos casos, los países predilectos[1] de las personas migrantes tienden a imponer disposiciones migratorias muy rígidas que impiden obtener los permisos correspondientes (visas) para poder ingresar de manera legal al país receptor.

A consecuencia de ese hecho, es que muchas personas migrantes toman la decisión de emprender su camino sin cumplir los requisitos correspondientes establecidos por los países de acogida generando una migración irregular, que complica el recorrido y posterior estancia de las personas migrantes, pues al no contar con una situación migratoria regular este grupo prefiere pasar desapercibido ante las autoridades para no ser capturados y deportados a sus países de origen.

En México, el fenómeno migratorio tiene una característica peculiar, pues es considerado como un país expulsor, de acogida y de tránsito de personas migrantes, esta última característica se da por la colindancia en la frontera norte con el país elegido por excelencia para migrar: Estados Unidos de América.

Esta situación originó en el último lustro un movimiento masivo de migrantes han conformado caravanas[2] provenientes en su gran mayoría de países de Centroamérica[3] para cruzar la frontera sur de México colindante con Guatemala y Belice para dirigirse a la frontera norte e intentar pasar hacia Estados Unidos de América, claro está de una manera irregular.

Esta situación conlleva diversas problemáticas, no solo para México (como país de tránsito) o Estados Unidos de América (como país de destino) sino para las personas migrantes, ya que al tener un estatus migratorio irregular se exponen a actos delincuenciales cometidos por organizaciones criminales en el país y violaciones sistemáticas de derechos humanos por las autoridades, dentro de los cuales encontramos los derechos sociales consagrados en marcos internacionales, así como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como respuesta a esta situación el estado mexicano ha implementado acciones con dos objetivos: primero garantizar un tránsito seguro a través de la "regularización de su situación migratoria" que les permita: regresar a sus países de origen de manera segura o permanecer en la espera para tener la autorización de cruzar el país, y segundo establecer programas sociales enfocados a otorgar alguna prestación de derecho social como alimentación, salud o alojamiento; sin embargo, la realidad demuestra que estas acciones implementadas por el Estado no son completamente acordes a las necesidades que solicitan o requieren las personas migrantes.[4]

[1] Ejemplo de ello, Estados Unidos de América y Canadá

[2] A partir de 2018

[3] Colegio de la Frontera Norte.: *Caravanas migrantes de Centroamérica*, 2018, México, en: https://www.colef.mx/estemes/caravanas-migrantes-de-centroamericanos/, consultado el 19 de mayo de 2023.

[4] Un ejemplo de ello se ve plasmado en la alimentación que se les proporciona a las personas migrantes, ya que se contempla como un acto de caridad y por lo mismo los países receptores adquieren cualquier tipo de comida para satisfacer el hambre de los migrantes, pero no para nutrir y menos aún para complacer sus gustos, pues esto ya se

Ante tales circunstancias, nos encontramos con destacamentos de personas migrantes en diversos puntos de México que intentan cruzar el territorio nacional para llegar a Estados Unidos de América o Canadá y con que las acciones llevadas a cabo por el Estado no han tenido un impacto positivo contundente para la salvaguarda de las personas migrantes.

Esta problemática se presenta por muchos factores, que van desde el económico, la supeditación de la implementación de las medidas en territorio mexicano a la negociación bilateral con Estados Unidos de Norteamérica, el aumento de la migración irregular, entre los más importantes, pero el que no se toma en cuenta es que el estado mexicano desconoce las necesidades del protagonista de este fenómeno desde su perspectiva y no ha sido capaz de instaurar mecanismos eficientes para poder estructurar políticas públicas concretas que resuelvan la problemática, ya sea en un primer momento enfocadas a atender las primeras necesidades de las personas migrantes y posteriormente dar combate a la problemática de raíz.

Lo anterior es resultado de que no existen mecanismos de participación en los que se les tome en cuenta a los beneficiarios de la norma, es decir, les den voz a la población objetiva que será beneficiaria de las prestaciones implementadas por la política públicas direccionada por el estado. Ciertamente se encuentra reconocido por el derecho mexicano el mecanismo de la participación ciudadana que genera la interacción de la sociedad civil en la construcción de marcos legislativos en materias específicas. Desafortunadamente para ejercer este tipo de participación el primer requisito indispensable es tener la calidad de ciudadano mexicano requisito que las personas migrantes en situación migratoria irregular carecen dejándolos sin voz e invisibilizados.

En ese contexto, el artículo presenta los resultados de una investigación, cuyo objetivo es analizar la posibilidad e importancia de que los migrantes irregulares en tránsito por México participen en la adecuación de las normas derivadas de los instrumentos internacionales, en un proceso de "protección social participativa", que se genera a partir de la exposición de sus necesidades y de posibles acciones concretas por parte de los gobiernos y de las instancias de la sociedad civil.

Por lo anterior, el presente artículo se encuentra estructurado en siete apartados; el primero de ellos es la presente introducción; el segundo consistente en la metodología empleada; continuando con las precisiones terminológicas que envuelven el tema principal; el cuarto se ocupa de la construcción jurídica de la norma desde la necesidad del propio beneficiario; el quinto enfocado a los resultados del trabajo de campo referente a las necesidades de las personas migrantes en materia de derechos sociales; el sexto incluye las principales reflexiones a manera de conclusión; y por último las fuentes de investigación consultadas.

2. METODOLOGÍA

A raíz del ingreso de miles de personas migrantes en situación migratoria irregular a México y la violación reiterada de sus derechos humanos, en específico de aquellos considerados como derechos

considera un exceso. Por ello, algunos migrantes manifiestan que los alimentos, que se les proporciona no son de su agrado, ya que no están acostumbrados a comer eso y en ocasiones les causan daño.
Al respecto una noticia xenófoba que generó gran descontento al inicio del fenómeno de la migración de las caravanas fue la de los migrantes en México que despreciaban la comida que se les ofrecía exigiendo pizzas o tacos en lugar de sándwiches que se les ofrecía. (Excelsior.: *Migrantes desperdician la comida que les ofrecen; prefieren pizza*, Excelsior, México, en: https://www.excelsior.com.mx/nacional/migrantes-desprecian-la-comida-que-les-ofrecen-prefieren-pizza/1278700). Aquí, se debe entender que no se trata de exigencias irreales o exageradas de los migrantes, simplemente en gran medida leste descontento lo ocasiona el choque cultural en materia alimentaria. Cabe aclarar que hay ejemplos de refugios como Grenzdurchgangslager Friedland en Alemania, en donde con el mismo presupuesto, se toman en cuenta aspectos culturales para adquirir los alimentos que se proporcionan al grupo migrante. (Visita guiada por las profesoras Dr. Anne Walter y M. A. Claudia Baumann de la Hochschule Fulda al Grenzdurchgangslager Friedland como parte de las actividades de la Exkursion Studierender des Ausländerrechts und des Schwerpunkts Migration Sozialrecht zum Grenzdurchgangslager Friedland el día 20 de junio del 2022).

sociales, es que se planteó el proyecto de investigación denominado "Protección social participativa para personas migrantes en México" registrado con el número 78906" de la convocatoria Ciencia de Frontera 2019 del Consejo Nacional de Humanidades Ciencias y Tecnologías (CONAHCyT) que está en desarrollo por investigadores de tres universidades públicas del país.[5]

La metodología determinada para el proyecto fue la cualitativa descriptiva, que llevó a la aplicación de encuestas dirigidas a personas migrantes en situación migratoria irregular en tres regiones del país: zona sur (Tapachula, Chiapas), zona centro (Ciudad de México) y zona norte (Mexicali, Baja California) teniendo como finalidad conocer las expectativas y necesidades que tienen las personas migrantes en materia de sus derechos sociales, es decir ¿Cuál es la perspectiva de los migrantes respecto al otorgamiento de las prestaciones contenidas en los derechos sociales en México?[6]

La mayor problemática para obtener información sobre las propias expectativas de los migrantes en situación migratoria irregular en México resultó en la delimitación de la muestra para que tuviera carácter científico, ante el escenario de una población a encuestar que no quiere ser identificada dentro del país, y por lo mismo no hay datos oficiales de la migración irregular que atraviesa o permanece en el país

Además de lo anterior, se consideraron los siguientes puntos para la delimitación de la muestra:

a) Ubicación geográfica. No existe un ingreso único de los migrantes al país; sin embargo, la mayoría de ellos, sobre todos los migrantes con característica migratoria irregular ingresan por la frontera sur y recorren todo el territorio mexicano para llegar a la frontera norte por diversos accesos, a través de los cuales intentan ingresar a los Estados Unidos de Norteamérica.

Esto nos permitió determinar como puntos para hacer contacto con los migrantes tres sitios ubicados en el centro, norte y sur para tener una representación de diversas áreas geográficas, siendo las más viables: la frontera sur en Chiapas por ser la entidad federativa por la que más ingresos hay; la zona centro del país, en específico la Ciudad de México, por ser la parte central del país donde desembocan los trayectos migratorias y; la zona norte, Mexicali, Baja California, por ser una de las fronteras del norte del país con mayor tránsito de personas que cruzan hacia Estados Unidos de América.

b) Temporalidad. Una de las características de la participación de los migrantes en situación migratoria irregular en la construcción de la propuesta, es aportar cuáles son sus expectativas en el ingreso al país y cómo estás cambian a lo largo de su trayectoria para llegar a su destino mientras recorren el territorio nacional y también con el transcurrir del tiempo.

Si bien, en líneas anteriores se justifica la aplicación de encuestas en 3 puntos del territorio nacional, se determinaron tres momentos diferentes de levantamiento de los datos:

Para empezar, se encuestó a migrantes con estancia de hasta 3 meses en el territorio nacional. La aplicación continuó con migrantes que tuvieran de 3 a 6 meses de viaje o estancia en México y por último, a los migrantes que tuvieron una permanencia en México de los 6 meses en adelante; con la intención de comprobar cómo cambian sus expectativas durante su estancia en el país.

3. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Para una mejor comprensión de la presente investigación es importante definir y sostener las principales acepciones que se utilizan en este trabajo, esto tomando en consideración que el fenómeno

[5] Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Universidad Autónoma de Baja California y la Universidad Autónoma de Chiapas.

[6] Cabe mencionar que el diseño metodológico del instrumento de investigación fue desarrollado por las Dras. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Ana Ester Escalante Ferrer Yolanda Sosa y Silva.

de la migración conlleva a establecer miles de términos que lo engloban. De entre ellos destacan: migración, migrante y derechos humanos sociales.

3.1. Migración

La acción de migrar está consagrada como un derecho humano plasmado en diversos instrumentos internacionales, ejemplo de ello lo encontramos dentro de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece en su artículo 13 que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Esta disposición es la consecuencia del hecho constante desde tiempos inmemoriales de las personas que parten de su lugar de origen a lugares de destino en búsqueda de alimentos, vivienda y vestimenta,[7] hoy trabajo, seguridad y bienestar, que no se pudieron satisfacer en sus lugares de nacimiento, por lo que la migración forma parte de las personas y responde a las necesidades que acontecen en el momento o hecho que se vive.

Este fenómeno ha generado la necesidad de establecer instrumentos e instituciones que velen, regulen y cumplan las disposiciones que engloban a la migración, como es el caso de la Organización Internacional para las Migraciones,[8] que ha establecido que la migración es un movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un país.[9] De lo anterior, se establece que para que se configure el fenómeno de la migración deben existir dos supuestos, el primero que gira en torno a los sujetos, es decir, la persona que se traslada, y segunda, el aspecto territorial, si es una migración interna (dentro de su mismo país) o internacional (fuera de su país de origen).

Por su parte, Giménez Romero establece que una migración es el desplazamiento de una persona o conjunto de personas desde su lugar habitual de residencia a otro, para permanecer en él más o menos tiempo, con la intención de satisfacer alguna necesidad o conseguir una determinada mejora.[10]

Esto se resume en que existen diversas formas de migrar como la migración internacional o migración interna, así como los motivos por los que se migra como la migración laboral o por cambio climático, y por supuesto, una migración con base en el apego de las normas migratorias de los países, que se traduce en migración regular o irregular.

Por lo anterior, se debe destacar que para el presente artículo nos referiremos a la migración internacional, entendiendo a esta como lo establece Gómez: *Es el desplazamiento de personas de un país a otro para ejercer su residencia*.[11]

En se contexto, al abordar el término migración para este articulo estaremos refiriéndonos al movimiento de personas que se desplazan de su país de origen a otro distinto al suyo con la finalidad de perseguir un objetivo fijado.

Otro de los conceptos que conlleva hablar de la migración es el sujeto principal de este fenómeno, es decir, la persona migrante. Para ello es importante desentrañar y responder quién es un migrante. Por lo que, en el siguiente punto se analiza dicha acepción.

---

[7] Cfr. Gutiérrez Silva, M.: *Migración: Contexto, impacto y desafío. Una reflexión teórica*, Revista de Ciencias Sociales (Ve), vol. XXVI, núm. 2, abril-junio, 2020, pp. 299-311.

[8] En lo sucesivo se denominará OIM.

[9] Organización Internacional para las Migraciones.: *Términos fundamentales sobre migración*, OIM, Suiza, 2022, en: https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion, consultado el 17 de mayo de 2023.

[10] Giménez Romero, C.: *Qué es la inmigración. ¿Problema y oportunidad? ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? ¿Multiculturalismo o interculturalismo?* R. B. A. Integral. Barcelona, 2003. p. 20.

[11] Gómez Walteros, Jaime A.: *La migración internacional: teorías y enfoques, una mirada actual*, Semestre económico-universidad de Medellín, vol. 13, núm. 26, enero-junio, 2010, pp. 81-99.

3.2. Migrante

Hablar de migración trae consigo abordar al protagonista de este fenómeno que es la persona migrante. La OIM dentro de su glosario sobre los términos fundamentales sobre migración menciona que migrantes es:

> Término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado esté jurídicamente definida, como los migrantes objetos de tráfico; así como las personas cuya condición o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.[12]

Como lo establece la OIM, referirnos al migrante implican diversas situaciones que van más allá de las personas que decide dejar su lugar de origen pues se pueden configurar diversas categorías debido a la condición, motivo o contexto en que se presenta este fenómeno y el sujeto. Sin embargo, en un contexto general, migrante es alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año independientemente de las causas de su traslado, voluntario o involuntario, o de los medios utilizados, legales u otros.[13]

Al igual que la migración, dentro del término que engloba la palabra migrante podemos encontrar diversas categorías que, para el caso particular del presente trabajo es conveniente resaltar solo dos:

1) Migrantes con situación migratoria regular: que son aquellos que cuentan con la autorización por parte de las autoridades migratorias del país de acogida para residir o transitar dentro de él y,

2) Migrante con situación migratoria irregular: las personas migrantes que no cumplen con las disposiciones migratorias administrativas establecidas por el país distinto al de su origen para radicar dentro de su territorio. Este último, tiene características particulares tomando en consideración el grado de vulnerabilidad que pueda presentar en el país o lugar distinto al de su residencia habitual pues la persona migrante con situación migratoria regular goza de los derechos consagrados en el marco normativo del país de acogida ya que al cumplir con los requisitos establecidos para su legal estancia goza de la protección integra de las normas del país, por el contrario, las personas migrantes en situación migratoria irregular se ven limitados en la protección integra de sus derechos en gran medida por el temor fundado de ser regresados a sus países por no cumplir con las normas migratorias.

3.3. Derechos humanos sociales

Al referirnos a los derechos sociales es indiscutible mencionar la importancia que tiene México sobre el tema principalmente porque fue el primer país a nivel mundial en reconocer y positivizar los derechos sociales desde su norma jurídica máxima, es decir, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este hecho se materializó posterior a la lucha social que se suscitó durante la revolución mexicana que promulgaba por mejores condiciones de vida para los grupos sociales más desprotegidos de la sociedad.

[12] Organización Internacional para las Migraciones.: *Op.cit,* s.p.

[13] Organización de las Naciones Unidas.: *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, ONU, Suiza, 1948, en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights, consultado el 19 de mayo de 2023.

Ciertamente los derechos sociales nutren al Derecho Social y no conforman simplemente la idea de un Derecho especial destinado a las clases vulnerables de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata, en realidad de una nueva forma estilística del Derecho, de manera general.[14] Por lo que el Derecho Social es una nueva concepción de prerrogativas esenciales para las personas que buscan la materialización de una calidad de vida digna y en la nivelación de las desigualdades que existen en una sociedad.

En ese mismo sentido, se debe de resaltar que dentro de las propias generaciones de derechos humanos se han categorizado una serie de prestaciones atendiendo su finalidad y objetivo. Es así que, podemos encontrar derechos humanos de naturaleza civil, políticos y por su puesto derechos humanos sociales.

Los derechos humanos sociales son aquellas concesiones de corte natural y universal que tienen como función consagrar necesidades básicas de todas las personas con la intención de garantizar una vida social e individualmente digna.

La configuración de los derechos humanos sociales se encuentra consagrada en múltiples instrumentos internacionales que tienden a estar direccionadas a cuestiones tan elementales como el trabajo, la seguridad social, alimentación, salud, educación vivienda, entre otros.[15]

Estos derechos humanos sociales tuvieron un gran auge a partir de la promulgación del protocolo de San Salvador que es el instrumento adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en 1988 y que entró en vigor en 1999 donde fungen los Derechos Económicos Sociales y Culturales, instrumento consistente en derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad,[16] dentro de los cuales se encuentran los principales derechos humanos sociales antes mencionados.

Sin duda, la evolución de los derechos y, en específico, la de los derechos humanos sociales ha obligado a replantar tanto al Estado como a la sociedad respetar y otorgar las condiciones mínimas elementales que requieren las personas para el desarrollo de sus vidas y que estos derechos humanos sociales fungen como pieza fundamental para lograr este objetivo planteado.

4. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA NORMA DESDE LA NECESIDAD DEL PROPIO BENEFICIARIO

Como se mencionó anteriormente el gobierno mexicano, así como cada gobierno que se encuentra ante una crisis, en este caso una crisis ocasionada por la migración masiva irregular implementó medidas que tuvieron como consecuencia la creación de diversas normas jurídicas de diferentes niveles (leyes presupuestales, reglas operacionales, decretos,) expedidas tanto por el poder legislativo, como por el poder ejecutivo.

Desde esa perspectiva se pueden analizar dichas normas tomando en cuenta 2 puntos de vista:

1º Desde la eficacia y validez de las normas jurídicas y

2º Desde la funcionalidad del Derecho Social

[14] Sosa, A.: *Concepto y contenido del derecho social,* Argentina, 2008, p. 1, en: https://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/conceptos_y_contenidos_de_la_seguridad_social.pdf, consultado el 14 de mayo de 2023.

[15] Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Derechos Económicos Sociales y Culturales y Ambientales*, CNDH, México, 2022, en: https://www.cndh.org.mx/programa/39/derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales, consultado el 26 de mayo de 2023.

[16] Organización de los Estados Americanos, *Protocolo de San Salvador*, OEA, 2020, en: https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/#:~:text=El%20PSS%20es%20el%20protocolo,entr%C3%B3%20en%20vigor%20en%201999, consultado el 25 de mayo de 2023.

1º Desde la eficacia y validez de las normas jurídicas:

Si tomamos en cuenta que Kelsen estableció que la eficacia de una norma sólo es posible si, existen las condiciones de aplicación de esta, o bien los órganos jurídicos aplican la sanción que es parte de dicha norma,[17] nos encontramos con que las normas expedidas para los migrantes irregulares no siempre cumplen las condiciones de aplicación, porque no atienden a las realidades sociales y/o necesidades que se presentan, sino solo a las posibilidades del gobierno, sin proyección de alcance progresivo, es decir normas sin eficacia.

Aunado a lo anterior, para que la norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico se requiere de legitimidad de la norma y esta solo se logra si la propia población objetiva en la que recaen los efectos del marco normativo la reconoce como válida, pues la consideran justa y coherente y que pretende dar respuesta a la problemática en cuestión. Por lo tanto, si no existe un reconocimiento por parte de la sociedad estaremos ante una norma con legalidad, pero careciente de legitimidad.

En ese contexto, las personas migrantes en situación migratoria irregular no participaron en la construcción de las normas que les proporcionan prestaciones de derechos sociales.

Un punto trascendental para que una norma tenga efectividad es conocer el objetivo por el cual se crea dicho marco normativo, en específico en normas o políticas públicas de naturaleza social que tienen como finalidad el otorgamiento de una prestación a una población objetiva.

Por lo tanto, al momento de la construcción de la norma se requiere: a) De conocer las necesidades de las personas beneficiarias que recibirán las prestaciones que deriven de esta con la intención construir e implementar acciones eficaces que logren cumplir el objetivo por la cual fue creada. Y b) De conocer además de las necesidades las expectativas de los propios beneficiarios. Este elemento tiene un mayor impacto en políticas sociales que se ven reflejadas en programas sociales que dan protección a una población específica acorde a los requerimientos de los beneficiarios.

Desafortunadamente, la realidad demuestra que para la construcción de políticas públicas dirigidas a otorgar prestaciones de protección social no son consultados los beneficiarios que recibirán estas prestaciones, es decir, no se les da voz para conocer cuáles son los requerimientos de primera o segunda necesidad y ser solventadas a través de prestaciones otorgadas por las normas, políticas o programas de naturaleza social.

2º Desde la funcionalidad del Derecho Social

Las normas que rigen el otorgamiento de las prestaciones derivadas de derechos sociales para grupos humanos en estado de vulnerabilidad pertenecen a la rama del Derecho Social y al respecto el profesor alemán Hans Zacher en su trabajo "Codificación del Derecho Social en la República Federal Alemana" hizo una atinada afirmación respecto de los fines del Derecho Social, al comentar que:

> El derecho social debe entenderse, por su función y su objetivo, como medio de la política social. En otras palabras: el derecho social se define en función de la finalidad social del derecho.
>
> …
>
> debe interpretarse en el sentido más restringido, es decir con las connotaciones de crítica social que le ha ido añadiendo la historia: la de asegurar una existencia digna a todos los hombres, la de compensar las diferencias en el nivel de vida y la de reducir y suprimir la dependencia.[18]

[17] Calvo Soler, Raúl.: *La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho*, Isonomía, Núm. 27, 2007, pp. 171-191.

[18] Zacher, Hans F.: *Codificación del Derecho Social en la República Federal Alemana*, 1988, p. 128, en: https://core.ac.uk/download/pdf/216424495.pdf, consultado el 23 de mayo de 2023.

Tomando en consideración lo establecido por Zacher, el Derecho Social tuvo una gran importancia en el desarrollo de la sociedad en el siglo pasado, que aún mantiene porque su finalidad prevalece, aunque los grupos sociales a los que va destinados han cambiado. En este caso el análisis se centra en la protección de los migrantes con características migratorias irregulares y la finalidad de las normas son no solo su regulación, sino su protección para compensar las diferencias en el nivel de vida y las de reducir y suprimir la dependencia debido a sus características asimétricas que presentan por su condición de migrantes.

Ahora bien, acorde a los puntos anteriores se puede señalar que la participación social generará la compensación de las desigualdades que se presenta entre los colectivos sociales invisibilizados frente al Estado y la sociedad, pues a través del derecho de participar que serán escuchados y atendidos para satisfacer las necesidades mediante la elaboración de normas que garanticen prestaciones en materia de protección social generando la intervención de estos nuevos sujetos sociales.

Por su importancia se profundiza ene le tema en e el siguiente punto.

4.1. Participación social

Ciertamente existen mecanismos de participación en México mediante los cuales la población forma parte en la toma dediciones para efectos de la construcción de normas en materias específicas como los consejos ciudadanos en materia de seguridad, así como en materia electoral a través del procedimiento de revocación de mandato.[19] Sin embargo, este tipo de participación se regula por el derecho público, por ende, no otorga ningún tipo de prestación enfocada a la protección social de las personas, sino aspectos relacionados con el interés público del Estado y sociedad.

Asimismo, este mecanismo de participación está dirigido solo a las personas que tienen la calidad de ciudadano, por lo cual dejan fuera a cualquier persona que no sea mexicano (por nacimiento o naturalización), siendo el punto clave de exclusión de las personas migrantes en situación migratoria irregular.

Contrario a lo anterior, un mecanismo que puede involucrar en la construcción de las políticas públicas que brinde protección social a las personas migrantes en situación migratoria irregular es la participación social entendida como aquellas iniciativas sociales en las que las personas forman parte consciente en un espacio, posicionándose y sumándose a ciertos grupos para llevar a cabo determinadas causas que dependen para su realización en la práctica, del manejo de estructuras de poder,[20] es decir, que la organización que se logra a través de la participación social, representa la suma de intereses individuales que la propia sociedad ha identificado como causas comunes, en una época y lugar determinado, reconociendo que, a través de la unión de los intereses particulares, formando un frente común, será más fácil concretar o exigir su satisfacción, consiguiendo con ello, que estos grupos sociales se conviertan en estructuras que representan poder y a través de su organización, se consiga el cumplimiento y la satisfacción de los intereses sociales de una manera autónoma.

Mediante la participación social se contribuirá a que las personas migrantes en situación migratoria irregular (como ese colectivo social) sean parte de la construcción de la respuesta a la problemática que conlleva la migración, pues al implementar programas sociales sin conocer la realidad de las necesidades del grupo beneficiario solo se está en presencia de programas sociales que son "paliativos sociales" que como lo analiza Vázquez Martínez se interpretan como aquellas as

[19] Es el instrumento de participación solicitado por la ciudadanía para determinar la conclusión anticipada en el desempeño de la persona titular de la Presidencia de la República, a partir de la pérdida de la confianza. Instituto Nacional Electoral.: *¿Qué es?,* INE, México, 2021, en: https://www.ine.mx/revocacion-mandato/, consultado el 20 de enero de 2022.

[20] Frei Universitât Berlin.: *Participación social*, Alemania, 2020, en: https://www.lai.fu-berlin.de/es/e-learning/projekte/frauen_konzepte/projektseiten/konzeptebereich/rot_partizipacion/contexto/index.html, consultado el 18 de enero de 2022.

políticas públicas que buscan mitigar, suavizar o atenuar disminuir una problemática en concreto, sin embargo, el origen del mismo seguirá permaneciendo.[21]

En ese mismo sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reafirma que la participación social es un medio importante para que los gobiernos desarrollen políticas y programas de salud receptivos, que tienen más probabilidades de ser implementados por un amplio grupo de partes interesadas.[22]

Ciertamente, la OMS direcciona la participación comunitaria y participación social en aspectos relacionados con la salud de las personas; sin embargo, al afirmar que: "la participación de las personas en una comunidad en un proyecto para resolver sus propios problemas",[23] es completamente aplicable a normas o políticas públicas enfocadas al otorgamiento de prestaciones sociales y que para el tema que nos ocupa las personas migrantes en situación migratoria irregular resultan ser esa comunidad que requiere participar para resolver los problemas que cuenta este grupo desde una perspectiva de derechos sociales.

Así que podemos afirmar que la participación es un elemento indispensable en la solución de las problemáticas, pero la participación es diversa acorde a sus características y como se verá a continuación la participación social, se confunde con la participación ciudadana y tienen características diversas.

4.2. Características de la participación social y sus diferencias con la la participación ciudadana

Ciertamente la participación ciudadana y social son mecanismos que dan pauta para la generación de inercias entre la sociedad y el Estado en la resolución o creación de determinadas normas, sin embargo, existen grandes diferencias que no pueden ser consideradas como una solo ya que en una de ellas resulta limitativa o restrictiva en el ejercicio del derecho a participar.

En ese sentido se establecen las principales características entre ambas participaciones con la finalidad de esclarecer las diferenciaciones y objetivos que persigue cada una de ellas.

Tabla 1. Características de la participación ciudadana y la participación social

Característica	Participación social	Participación ciudadana
Objeto	El objeto de la participación social es que las personas contribuyan al ejercicio del derecho a la asociación y manifestación de la sociedad sea de una manera individual o colectiva, para el ejercicio de sus derechos.	Tiene como objeto garantizar la intervención de la ciudadanía en ámbitos que repercuten en la esfera pública y que son de interés social facultados por determinado marco legal.

[21] Vázquez Martínez, Miguel Ángel, *La construcción del concepto "Paliativo Social",* UNAM, 2023, en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/18142/18401uaci%C3%B3n, consultado el 39 de mayo de 2023.

[22] Worls Health Organization.: *Voice, agency, empowerment - handbook on socialparticipation for universal health coverage*, WHO, 2021, p. 13.

[23] Idem.

Sujeto	Acorde al número de participantes puede ser: individual o colectiva. La participación individual incluye los contactos particulares con funcionarios públicos, ya sea en forma personal o por medio de cartas, peticiones individuales, entre otras. Estas actividades implican poca presión, resultado individual, poca conflictividad y mucha iniciativa personal, no es necesaria la cooperación.[24] La participación colectiva se da a través de organizaciones o agrupaciones sociales que realizan peticiones en conjunto a la autoridad competente, para defender los intereses que tienen en común.	Acorde al número de participantes puede ser: individual o colectiva. La participación individual se caracteriza porque el ciudadano de manera directa realiza su participación sin la necesidad de la conformación de colectivos o agrupaciones. Por ejemplo: la participación en el ejercicio del voto. La participación colectiva se presenta a través de representantes o agrupaciones para el ejercicio de determinadas acciones. Por ejemplo: los consejos ciudadanos en materia de seguridad pública.
Finalidad	El acceso a sus derechos, defensa, proposición y mejoramiento de los intereses de una persona o de un colectivo social a través del ejercicio de los derechos de manifestación, reunión y petición consagrados en la constitución. De esa forma puede ser: De diálogo: las sociedades civiles fungen como un mecanismo de diálogo entre estos y el Estado que permita hacer llegar las inquietudes y peticiones que aquejan al colectivo para solicitar su atendidas por las autoridades. Informativa: Brindar información objetiva para ayudar a la ciudadanía a comprender los problemas, alternativas, oportunidades y/o soluciones. Por ejemplo: los foros.	La intervención de la ciudadanía en aspectos de interés público para la toma de decisiones y acceso a derechos en los ámbitos permitidos por la ley. De esa forma puede ser: Consultiva: Para obtener retroalimentación del público sobre análisis, alternativas y/o decisiones. Para involucrar a los ciudadanos: Para trabajar directamente con la ciudadanía durante todo el proceso para garantizar que las preocupaciones y expectativas del público se entiendan y aborden de manera consistente. De cooperación: Para asociarse con la ciudadanía en todos los aspectos de la toma de decisiones y ejecución del proceso, incluido el desarrollo de alternativas y la selección de soluciones preferidas. Informativa: Brindar información objetiva para ayudar a la ciudadanía a comprender los problemas, alternativas, oportunidades y/o soluciones. Por ejemplo los foros. Toma de decisiones: Al formar parte en la toma de decisiones en ámbitos que lo faculte la ley, ejemplo de ello aquellos consejos ciudadanos para la integración de políticas públicas encaminadas a atender aspectos de seguridad pública o electoral. De empoderamiento: La decisión final está en manos de la ciudadanía. Por ejemplo: las decisiones democráticas.
Condicionantes para las personas participantes	Cualquier persona puede ejercer la participación social, sin la necesidad de contar con un requisito específico para ello.	Tener derechos ciudadanos: mayoría de edad, capacidad jurídica y nacionalidad plenamente reconocida. Para ello se requiere de la nacionalidad.

[24] Molina Vega, José Enrique.: *Participación política y derechos humanos*, CorteIDH, p. 17, en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08068-1.pdf, consultado el 9 de febrero de 2022.

Naturaleza	La participación social tiene una naturaleza indirecta al no estar especificada de una manera clara en qué aspectos se pueden desarrollar, por ende, no depende de la autorización del Estado para su configuración,[25] sino por el simple hecho de ejercer el derecho a la manifestación, reunión y petición.	La participación ciudadana cuenta con una naturaleza directa debido a estar regulada a través de una legislación determinada facultando su actuar en ámbitos determinados.[26]
Institucionalidad	La participación social no se encuentra institucionalizada, es decir, que dentro de una legislación no se encuentra tipificada en que ámbitos se puede desarrollar para tener una coerción en la toma de decisión en la esfera pública, pero si el reconocimiento del derecho para ejercerlo y ejercer a su vez los derechos que les competen.	La participación ciudadana si se encuentra institucionalizada, tiene un ámbito de aplicación regulado por una legislación específica que faculta su actuar en ámbitos determinados,[27] es decir, se encuentra regulado por los mecanismos gubernamentales establecidos.
Forma de organización	La participación social es organizada de manera autónoma por individuos o colectivos integrados por miembros que comparten características y necesidades en común haciéndolos perseguir un determinado fin.[28] Por ejemplo: las marchas ciudadanas.	La participación ciudadana es organizada por las propias instituciones que mandata la ley y facultan el desarrollo de la participación ciudadana en un tema específico dejando su estructura a cargo de las normas aplicables. Por ejemplo las elecciones gubernamentales.
Legalidad	Puede ser legal o ilegal: Legal: Son los actos y derechos contemplados en las normas, como el derecho a la manifestación y reunión que se encuentran contemplados como derechos fundamentales en la norma suprema del país. Ilegal: Son los actos contrarios a las normas, ejemplo de ello son los actos de violencia que contravengan el derecho a manifestación libre y pacífica en las marchas públicas.	Puede ser legal o ilegal: Legal: Las facultades que son consagradas por los ordenamientos legales correspondientes que fundamentan el actuar de la participación ciudadana, por ejemplo, el voto. Ilegales: Son los actos que se contraponen con la legislación que faculta la participación ciudadana, como en el aspecto electoral, el que se puede configurar algún delito como el tráfico de influencias.
Legitimidad	A través del reconocimiento de los derechos de reunión y de asociación se legitima el actuar de los individuos que se configuran en organizaciones y asociaciones sociales.	Otorgado por la legislación que faculta la participación ciudadana en el ámbito específico determinado.
Derechos humanos en los que se fundamenta	Derecho a la asociación Derecho a la reunión y manifestación Derecho al acceso a la información pública Derecho de petición	Derecho a la asociación Derecho a la reunión y manifestación Derecho al acceso a la información pública Derecho a formar parte en cargos públicos Derecho de asociación política
Remuneración	La participación social no implica la recepción de alguna remuneración por el ejercicio de este derecho, ya que surge a raíz de las organizaciones sociales que pretenden conseguir un objetivo específico y común entre los individuos que la conforma.	La participación ciudadana puede ser gratuita o con retribución dependiendo el ámbito para el cual se le faculte.[29]

Fuente: Elaboración personal de los autores.

[25] En el caso de México contemplado en el artículo 9 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[26] Secretaría de Educación y Cultura.: *Op. cit.*

[27] Por ejemplo, aquellos regulados Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 12 de agosto de 2019,

[28] *Cfr.* Secretaría de Educación y Cultura.: *¿Qué es la participación social?*, SEPyC, México, en: https://www.sepyc.gob.mx/Programas/documentacion/Qu%C3%A9%20es%20la%20Participaci%C3%B3n%20Social.pdf, consultado el 28 de enero de 2022.

[29] Por ejemplo, en tiempo electoral los funcionaros de casilla conformado por ciudadanos reciben una compensación económica por el desarrollo de sus funciones.

De ahí que, que estamos convencidos que la participación social regulada por los postulados del Derecho Social, debe de ser un mecanismo por el cual los grupos y colectivos de personas (que no encuadran en la participación ciudadana) cuenten con una herramienta para ser actores principales en la construcción de la norma, programa o política pública esto tomando en consideración que escuchar las necesidades de primera mano del grupo beneficiario servirá para estructurar una norma lo más perfecta posible y que contribuya a satisfacer las necesidades reales de la población beneficiaria.

En ese contexto, la figura de "protección social participativa" resulta ser un mecanismo que permite dar voz a las personas migrantes que por su situación migratoria irregular no encuadran en el ejercicio de la participación ciudadana, asimismo genera la oportunidad de inmiscuirlos en la construcción de normas que otorgue prestaciones sociales donde la misma prestación se encuentra direccionada al propio beneficiario tomando como pilar fundamental que para la construcción de cualquier política pública o norma se requiere saber de primera mano la necesidad del grupo benefactor.

5. NECESIDADES DE LAS PERSONAS MIGRANTES DESDE UNA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES: PRINCIPALES RESULTADOS DE TRABAJO DE CAMPO

Para conocer cuáles son las necesidades de las personas migrantes en situación migratoria irregular en materia de derechos sociales fue necesario conocer de primera mano (*in situ)* dichas necesidades por la población objetiva. En ese contexto, se realizó el levantamiento de encuestas consistentes en un instrumento de 49 reactivos.

Para ello, se encuestaron un total de 357 personas migrantes en situación migratoria irregular en tres zonas geográficas de México, en la frontera sur (Tapachula, Chiapas); frontera norte (Mexicali, Baja California) y, en el centro del país (Ciudad de México).

Con base en la muestra establecida, se encuestaron a personas migrantes con la siguiente característica temporal (por lo menos 91 personas por cada grupo), es decir, el tiempo que han estado en el país desde su ingreso, viéndose reflejado en personas migrantes que tenía de cero a tres meses de permanencia, de tres a seis meses y de más de seis meses en el país.

Las edades de las personas migrantes encuestadas tenían un promedio que giraban entorna a los 18 y 76 años teniendo un promedio total de 33 años. Por lo que respecta a la nacionalidad de las personas migrantes encuestadas, sale a la luz que la mayor afluencia de personas migrantes proviene de Centroamérica, en específico de Guatemala, Salvador y Honduras, siendo este último el que reflejó un mayor número de personas provenientes de ese país con el 28%, sin embargo, fue superado por Haití que representa el 33.1% seguido de Venezuela con el 10.1% de los encuestados.

En relación con los derechos sociales, se plantaron preguntas enfocadas a: educación trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social, esto can base en la metodología diseñada. De las preguntas planteadas sobre el tema, se obtuvieron los siguientes resultados:

5.1. Educación

Con relación a la escolaridad, casi el 80% de las/los encuestados no respondieron la pregunta sobre cuántos años asistieron a la escuela, lo que se atribuye a que reconocer su baja formación escolar les incomoda. De las personas que contestaron (el 20% restante), solo cursaron niveles de primaria (6 años de formación escolar) el 25%, secundaria (9 años) el 19.2%, preparatoria (12 años) el 43.8% y universidad de 15 a 17 años de estudios solo el 12%. Sin embargo, de manera general se puede decir que la mayoría no cuenta con una formación profesional, lo que automáticamente les convierte en mano de obra no calificada, con restricción al trabajo y solo queda como oportunidad los trabajos que requieren pocas competencias laborales y mucha explotación laboral.

Una de las interrogantes planteadas a las/los encuestados fue ¿Cuáles de las expectativas que tenían en México sobre la educación para usted o de sus acompañantes (familiares) migrantes? Algunas de las respuestas recibidas y que es necesario establecer fueron:

> ***A. Respuesta anónima:*** *Que mi hijo continúe la escuela para que no pierda el año.*
>
> ***B. Respuesta anónima:*** *México para mí no era mi destino, no sabía que estaría tanto tiempo por eso no me informe de la educación de los niños, ahorita nos brindan un apoyo para su educación.*
>
> ***C. Respuesta anónima:*** *Ya no queremos quedarnos aquí, tantas cosas que nos ha pasado aquí en México, queremos seguir adelante, es el país más duro que hemos pasado.*
>
> ***D. Respuesta anónima:*** *No quiero vivir en México, no quiero poner a estudiar a mi hija acá, porque tengo mala experiencia en México, no quiero este país, quiero seguir o regresarme a mi país.*

Respecto a estas aseveraciones podemos establecer dos puntos:

1. El derecho a la educación es un derecho fundamental que se ha consagrado desde la constitución de 1917 en su artículo tercero, mencionando que: Toda persona tiene derecho a la educación … Corresponde al Estado la rectoría de la educación, la impartida por éste, además de obligatoria, será universal, inclusiva, pública, gratuita y laica.[30]

En ese orden de ideas, el aspecto trascendental de lo que marca la constitución es que debe de ser otorgada de manera universal, esto implica que no se debe de coartar el derecho de recibir una instrucción educativa (por lo menos hasta la educación media superior que resulta ser obligatoria) por aspectos relacionados a la condición migratoria de las personas. Pese a ello, se enfrenta la problemática administrativa para que las personas migrantes puedan recibir los servicios educativos públicos pues para acceder e inscribirse a las escuelas es necesario la presentación de documentos de identificación como acta de nacimiento, que en no es un requisito fácil de cumplir por los migrantes por la emergencia con la que abandonan su país de origen o debido al extravío de éstos durante su travesía.

2. Algunas de las respuestas de las/los entrevistados coincidían que su finalidad no era permanecer en México, sino solo era un país de tránsito para poder llegar a su lugar de destino. (En su gran mayoría quieren llegar a Estados unidos de América) por lo que no les interesaba que el estado les proporcionara a ellos o hijos (as) algún apoyo o mecanismo para que pudiera recibir educción acorde a su nivel tomando en consideración que pretenden moverse lo más rápido posible.

En ese sentido, el 92.29% las/los encuestados afirmó que no reciben o no han recibido algún tipo de servicio educativo en México, sin embargo, el 56.57% no tenía como expectativas recibir algún tipo de formación en el país.

Al momento de preguntarles si en materia de educación se encontraban mejor en México o en su lugar de origen el 53.3% de las/los encuestados contestó que su percepción es mejor en México frente al 19.49% que contestó que en su país es mejor. El 27.21% no quiso contestar la pregunta.

Ciertamente, el factor educación para las personas migrantes no es un tema principal o que les preocupa en su trayecto migratorio pues tienen otras necesidades más elementales antes de recibir algún tipo de instrucción, pese a ello, la educación resulta ser un derecho que coadyuva a tener en un

[30] Artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

futuro mejores condiciones de vida, no solo por las oportunidades laborales, sino también de ingreso económico para las personas.

5.2. Trabajo

Respecto al trabajo, a las/los encuestados se les preguntó si actualmente contaban con un trabajo dentro del territorio mexicano, y solo el 39.77% respondieron afirmativamente; sin embargo, el 64.1% responde que pertenecen al sector informal, por lo que no gozan de derechos laborales y solo reciben el salario por la prestación del servicio y en muchas ocasiones menor que el de los mexicanos.

En ese mismo sentido, se preguntó si pagaban algún tipo de cuota para poder trabajar, el 97.10% respondió que no frente al 2.9% que dijo que sí, sin proporcionar más información.

Este es uno de los derechos sociales planteados más controversiales, puesto que la gran mayoría de las personas migrantes tienen como objetivo planteado (desde que dejan sus lugares de origen) el tratar de buscar un trabajo que les permita generar mejores condiciones de vida para ellos y su familia, que en sus países de origen.

El punto clave de este derecho es que para el otorgamiento de un trabajo formal en México (con todas las prestaciones que consagran las leyes en la materia) se requiere acreditar una legal estancia en el país, cuestión que no acreditan las personas migrantes. Ello a pesar de que la constitución mexicana,[31] así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos[32] establecen que toda persona puede ejercer el trabajo u oficio que ellos decidan, también es cierto que para ello se requiere que la persona cumpla con las disposiciones administrativas establecidas por las leyes secundarias, en específico para las personas extranjeras aquellas que derivan de las normas migratorias del país (visa de trabajo).

De lo anterior, el factor de estatus migratorio irregular permite que las personas migrantes presten sus servicios en fuentes de trabajo, en los que no les son respetados los mínimos derechos laborales y en condiciones deplorables, por salarios menores al mínimo.

En ese orden de ideas, el 20.35% de las/los encuestados refieren que han sido objeto de algún tipo de violación o conducta ilegal dentro de su trabajo que van desde discriminación por su condición migratoria hasta explotación laboral

A las/los encuestados se les preguntó en cuanto al trabajo si están mejor aquí o en su país de origen, el 61.86% refirió que es mejor en México frente al 14.53% que mencionó estar mejor en su país, el resto no contestó pregunta.

El trabajo es uno de los derechos sociales trascendentales para el desarrollo de las personas puesto que es el medio por el cual las personas adquieren lícitamente poder adquisitivo para satisfacer necesidades como el pago de una vivienda, alimentación, vestimenta, entre otros. Es por lo que se establece que el trabajo dignifica a la persona máxime a un grupo vulnerable que por su situación migratoria se encuentra expuesta a una serie de violaciones constantes de derechos humanos durante toda su estadía en el país.

[31] Artículo 5 de la Constituían Política de los Estados Unidos Mexicanos. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

[32] Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

5.3. Salud

En materia de salud, el 72% de las/los encuestados afirmaron que padecen algún tipo de enfermedad, pero solo el 41.25% recibe atención médica a través de una institución de salud, ya sea pública (17.5%) o privada (23.75%) de beneficencia. El 58.75% afirmó no recibir ningún tipo de atención a la salud.

Dentro de este punto se debe destacar que a pesar de que, la constitución en su artículo cuarto, párrafo cuarto establece que "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud" y que la Ley General de Salud establecerá la modalidad de cómo se garantizará dicho derecho, la realidad es que para acceder a la atención a la salud de alguna institución pública se requiere cumplir determinados requisitos. Dentro de ellos contar con documentos de identificación, en específico, la Clave Única de Registro de Población (CURP, que es de difícil acceso para los migrantes.

Se resalta, que hablar de acceso a la salud no solo implica percibir atención médica de urgencias, sino también, los aspectos ligados a la misma como hospitalización y/o farmacéutica y de atención en los tres niveles básico, especialidad y alta especialidad. En ese sentido, vale la pena revisar algunos de los comentarios plasmados por los migrantes:

> ***A. Respuesta anónima:*** *Fui a preguntar a la farmacia del ahorro por el medicamento que yo bebo, me vale $3,500.00 y yo no tengo capacidad para comprarlo, no me han dado atención, solo me han dicho "venga mañana" y "venga mañana" y no, nada. Lo peor es que uno tiene que mañanear y uno, peligra su vida porque está todo oscuro el camino. Esperaría que el gobierno por lo menos me dé el medicamento para no ponerme peor.*

En ese mismo sentido, otro de las/los entrevistados mencionó lo siguiente sobre el mismo tema:

> ***A. Respuesta anónima:*** *Bueno, yo la vez pasada llevé a una persona de aquí muy grave y no nos quisieron atender, ni en la Cruz Roja, ni en el IMSS, ni en ningún hospital. Era una muchacha que se intoxicó y yo tuve que meterle los dedos en la boca para que vomitara lo que había tomado y le tuve que meter la cabeza en agua para poderla salvar. Era una muchacha de Honduras y no la quisieron atender en ningún hospital.*
>
> ***B. Respuesta anónima:*** *La verdad no he tenido acceso a lo que yo creo que nos darán, pero contar con un acceso a medicina o uno saber o a exámenes que sean necesarios, porque vienen y te miran y dicen tienes que pagar una particular y eso no debe ser por que venimos aquí a iniciar como si acabáramos de nacer.*
>
> ***C. Respuesta anónima:*** *Que el gobierno mexicano me dé el acceso y me permita tener una atención médica inmediata porque es lo primero que se necesita*

Desde una perspectiva general, el marco jurídico establece la obligación del estado para el otorgamiento de la salud de las personas esto sin importar su condición migratoria como lo establece el artículo primero de la constitución,[33] sin embargo, la realidad y experiencias de las personas migrantes

[33] En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

…

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o

da pauta en establecer que este derecho no se materializa como debería y en el mejor de los casos es un cumplimiento a medias en gran parte por la situación migratoria irregular que tienen los migrantes.

Por lo que respecta en qué lugar están mejor el acceso a la salud, el 53.48% de las/los encuestados afirmó que es mejor la atención a la salud en México frente al 19.42% que refirió ser mejor en sus lugares de origen. El resto se abstuvo de no contestar a la pregunta.

Aunque el porcentaje de las/los entrevistados demuestra que su perspectiva respecto de la atención a la salud es mejor en México, que en sus lugares de origen, lo cierto es que hay personas migrantes que cuentan una experiencia diferente. Como muestra de ello se pudieron recabar algunas respuestas que plasman comentarios diverso respecto el trato recibido al momento de solicitar atención a la salud en el país, ejemplo:

> ***A. Respuesta anónima:*** Me han comentado que a veces en los lugares a donde uno visita, a veces no los atienden. Lo que es para la salud, creo que tendrían que recibir a cualquier persona porque estamos hablando de la salud. La mayoría me han dicho que no los atienden, que van a clínicas privadas.

> ***B. Respuesta anónima:*** *Que solo me dieran la oportunidad de llegar ahí a los hospitales y que me detectaran qué es lo que tengo yo, porque esa enfermedad que tengo aquí yo, me está afectando aún más por mis nervios, porque yo, cada vez que me pega ese dolor me pongo bien nervioso y tenso y todo, pues no hallo qué pensar. Pienso que en cualquier momento me puede parar el corazón y morirme en ese instante y no sé, yo lo que quiero es llegar a un lado y de ahí a un hospital y que por lo menos solo me digan "esto tiene usted y esto es lo que tiene que hacer para que se le quite" ¿Me entiende? Ya que en mi país no me han dicho nada, pues. Solo me dicen que son los nervios y todo eso.*

El derecho a la salud es uno de los derechos humanos primordiales que debe garantizarse a las personas. Lo observado en la investigación de campo refleja que las instituciones públicas solo brindan atención de urgencias y que es solo con la intervención de las ONG´s que se logra que les den un tratamiento que incluya la medicación.

5.4. Vivienda

Con relación al aspecto de vivienda, el 66.76% de las/los encuestados ha comentado que han recibido alojamiento temporal, siendo el 55.6% de estos en lugares manejados por asociaciones civiles u organizaciones no gubernamentales seguido por un 17.01% a través de asociaciones religiosas. De estos, el 75.30% resulta ser gratuito frente al 16.67% que es rentado. El resto, es decir, el 33.24% afirma que no ha recibido ningún tipo de alojamiento y que duermen en lugares públicos. La condición cambia según el tiempo de estancia en el país. Al principio consiguen espacios en albergues para migrantes públicos y privados, pero conforme pasa el tiempo ya no tienen derecho a permanecer en ellas y se ven obligados a conseguir viviendas en alquiler, cuya renta a menudo es más alta que para los nacionales. Además les piden requisitos como aval o depósitos que no logran tener, lo que origina que cada vez más personas se encuentren en situación de calle.

Aunque la constitución establece que todas las familias tienen derecho a una vivienda digna y decorosa,[34] la realidad refleja que el término "Todas las familias" queda lejos del mundo real, pues para materializar el acceso a una vivienda se requiere el cumplimiento de requisitos establecidas por

cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

[34] Artículo 8 párrafo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

las leyes secundarias y uno de ellos es contar con un trabajo formal, una legal estancia y por su puesto los trámites administrativos que requiera la autoridad competente.

En ese contexto y tomando en consideración lo anterior, se les preguntó a las/los encuestados ¿Cuál eran sus expectativas en materia de alojamiento y vivienda en México? Al respecto, algunas respuestas obtenidas fueron:

> ***A. Respuesta anónima:*** *No sé, porque no vengo pensando en que México me proporcione algo, ¿Me entiendes?*
>
> ***B. Respuesta anónima:*** *¿mis expectativas? ¿qué es lo que quiero? Pues...no yo no le sabría que decir porque yo con tal de que me dejen estar.*
>
> ***C. Respuesta anónima:*** *por lo momento, en el albergue que es de paso, porque yo estoy paso, eh, me ha parecido bien porque de verdad le brinda un apoyo y en verdad con respecto de la pregunta, no, no le exijo nada al gobierno mexicano de vivienda, porque no, yo estoy de paso*.

De estas tres respuestas obtenidas por las/los entrevistados se puede observar desde un aspecto general, que las personas migrantes no tienen como objetivo permanecer en el país por lo que su expectativa referente al otorgamiento del derecho a la vivienda queda en un segundo plano limitándose en solo recalcar que les basta con que las autoridades mexicanas los dejen transitar por el país y no sean retenidos al tratar de llegar a su lugar de origen.

Con independencia a lo anterior, también se puede observar que existen otro grupo de migrantes con una estancia mayor de seis meses en México, que, en efecto, les gustaría que les dieran las facilidades o apoyo para obtener un lugar donde poder vivir e incluso pasar la noche. Estas aseveraciones se ven mejor reflejadas en las siguientes respuestas obtenidas:

> ***D. Respuesta anónima****: Las experiencias que hemos vivido como migrantes es que dormimos donde nos agarra la noche, nos tapamos con un nailon, una cobija, donde nos agarre la noche.*
>
> ***E. Respuesta anónima****: Pues como no tengo empleo, no tengo nada verdad, quisiera también que me apoyaran con una vivienda, estaría bien verdad, soy de bajos recursos y no tengo un empleo para irme alquilar ni nada.*
>
> ***F. Respuesta anónima:*** *Bueno en mi conocimiento, digo yo, de que yo me sentiría bien acá que el gobierno mexicano nos diera un fondo por parte de él, y rentar un cuarto, un cuarto digno que tenga su cama, su televisión, su refri, sus muebles y vivir su estadía que uno está en arreglo de documentos.*

En otra de las interrogantes establecidas en el instrumento aplicado se les preguntó si para efectos de vivienda (actual) perciben un apoyo gubernamental para poder tener un lugar donde dormir, al respecto, el 93% de las/los encuestados refieren que no y solo es a través de asociaciones privadas.

Como se observó en la respuesta anónima D, algunas de las personas migrantes han tenido que vivir en la calle a la intemperie y otras han tenido la suerte de conseguir alojamiento en algún albergue privado o público, pero ninguna de ellas ha recibido apoyo económico para poder rentar un tipo de vivienda, sino la prestación siempre ha sido en especie.

Por último, se preguntó si en materia de vivienda se encontraba mejor en México o en su lugar de origen, el 55.4% mencionó que sí seguido del 18.82% que refirió estar mejor en su lugar de origen, el resto (25.78%) no contestó.

Estos resultados en materia de vivienda reflejan la necesidad que tienen las personas migrantes por conseguir espacios seguros donde puedan descansar y pernoctar de manera temporal o permanente según sea el caso. Lo cierto es que no todas las personas migrantes quieren permanecer el país, por lo tanto, sus expectativas (respecto al derecho a la vivienda) no es que el estado mexicano les garantice las facilidades para adquirir o rentar una vivienda, sino que los dejen seguir con su camino para llegar a su lugar de destino y en su caso, vincularlos con un albergue que les permita dormir para después continuar con su trayecto.

5.5. Seguridad social

En materia de seguridad social, el 91.98% de las/los encuestados refieren que actualmente no se encuentra asegurados ante un seguro social, el resto se limitó a no contestar esta pregunta. Sin embargo, el 80.12% de ellos manifestó si estar interesado de registrase en un seguro social para obtener los beneficios del sistema de seguridad social del país

Con relación a este derecho social, el 53.56% de las/los encuestados mencionó que la seguridad social es mejor en México en contra posición, el 18.73% afirmó ser mejor en sus países de origen, el resto (27.71%) no contexto la pregunta.

Con base en los datos recabados, se observa que las personas migrantes tienen conocimiento básicos de los beneficios de estar incorporados al sistema de seguridad social del país, pues no solo se encuentran interesados por la atención médica, sino por la serie de prestaciones que emanan de los seguros sociales, por ejemplo, las pensiones por vejez o la protección por riesgos de trabajo.

De un análisis general, se concluye que las personas migrantes en situación migratoria irregular carecen de manera parcial estos derechos sociales y que a pesar de ser reconocidos como derechos humanos y fundamentales regidos por la constitución mexicana existe una limitación para su otorgamiento que va desde el aspecto presupuestal, pero sobre todo por la condición migratoria de la persona.

La realidad es que las encuestas aplicadas reflejan que la falta de acceso a las prestaciones derivadas de los derechos sociales limita la elevación de la calidad de vida y sin ellos, las condiciones de vida digna se van alejando para este grupo vulnerable. Derechos como el de la salud y trabajo no deberían estar condicionados al estatus migratorio de una persona.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: “PROTECCIÓN SOCIAL PARTICIPATIVA”

Tomando en consideración el análisis desarrollado en los puntos establecidos con anterioridad, podemos mencionar algunas breves conclusiones que conllevan en la generación teórica de la “protección social participativa”, que permita a los actores beneficiarios de la norma ser partícipes en la construcción de estas atendiendo las propias necesidades que requiere el grupo beneficiario en materia de derechos sociales.

En ese sentido logramos establecer lo siguiente:

1) La migración es y seguirá siendo un fenómeno que acompañará a lo largo de la existencia de las sociedades por lo que evitar o prolongar acciones para tratar de erradicar las causas de su origen es una irresponsabilidad por parte de los Estados que interactúan en este fenómeno. Sumado a ello, invisibilizar a este grupo en el otorgamiento de sus derechos trae consigo una violación sistemática de los derechos humanos, en específico, los derechos humanos sociales.

2) La “protección social participativa” tiene como finalidad buscar mejores condiciones de vida de los grupos sociales en estado de vulnerabilidad (en este caso de las personas

migrantes en situación migratoria irregular en México) garantizando sus derechos humanos sociales a través de prestaciones de protección social, partiendo por la consulta participativa (participación social) al propio grupo beneficiario en la construcción de la norma o política pública.

3) El trabajo de campo nos ha permitido conocer la percepción que tienen las personas migrantes en situación migratoria irregular en el acceso a los derechos sociales establecidos en la constitución mexicana y cómo estos pueden influir en la calidad de vida de este grupo vulnerable. Los resultados de la encuesta demuestran que las expectativas de las personas migrantes en situación migratoria irregular cambian conforme aumenta su estancia en México. Es decir, pasa de requerimientos originados por situaciones de crisis a necesidades que pueden ser satisfechas a través del otorgamiento de prestaciones de los derechos sociales, como la vivienda o la educación.

   Se observó que la autopercepción del grupo conformado por migrantes que tuvieron hasta 3 meses de estancia se centró en necesidades básicas de sobrevivencia: alimentación, refugios, atención de urgencias médicas y aspirar a un viaje en condiciones seguras. No les interesan prestaciones de derechos sociales de materialización constante o progresiva, porque no tienen la aspiración de permanecer en el país, sino simplemente de cruzarlo.

   De otro lado el grupo conformado por migrantes que tenían de 3 a 6 meses de viaje o estancia en México, reconocen la necesidad de materialización de medidas de protección sociales mayores, como el acceso a la vivienda y no solo hospedaje en un refugio o asistencia a la escuela para sus hijos.

   Por último, a los migrantes que tuvieron una permanencia en México de los 6 meses en adelante; nos permitieron observar cómo estando asentados de manera irregular en las localidades mexicanas visualizan de forma diversa sus necesidades ante una eventual permanencia en México, al ver frustrado su recorrido para alcanzar el sueño americano y requerir ya no solo del apoyo humanitario y de protección social de programas temporales, sino la materialización de sus derechos sociales, por lo menos mediante una consecución progresiva, pero constante; por ejemplo, a través del derecho al trabajo y también a la formación para la vida, la atención a la salud integral y no solo asistencia médica humanitaria, etc.

4) La falta de mecanismos que les de voz a las personas migrantes en situación migratoria irregular genera una mala creación y/o aplicación de la norma o política pública dirigida a este grupo vulnerable, pues al coartarles el derecho a la voz y desconocer sus necesidades de primera mano no se entabla una relación entre la prestación otorga por la norma y la necesidad que requieren las personas migrantes, siendo ineficaz e inexacta en su aplicación.

5) Los mecanismos de participación son instrumentos, cuya finalidad es que las personas formen parte en la configuración de la toma de decisiones de normas o política públicas con el objeto de generar una cooperación entre sociedad y autoridad para generar acciones en temas de trascendencia para la propia sociedad. Si bien es cierto existen mecanismos de participación como la ciudadana, la realidad de este mecanismo de participación es que se encuentra enfocado a las personas que tienen la calidad de ciudadano y en materias específicas, por lo que se dejan fuera a las personas migrantes en situación migratoria irregular para la toma de decisiones en ámbitos de interés de este grupo vulnerable, en

específico, en normas o políticas públicas que otorguen prestaciones de naturaleza social en un marco de derecho.

6) La participación social es un mecanismo que coadyuva a garantizar los derechos humanos sociales de las personas migrantes en situación migratoria irregular ya que a través de este se les otorga voz para exigir la protección y otorgamiento de estos derechos por parte del Estado pues al contrario de la participación ciudadana, la participación social no requiere la existencia de la cualidad de ciudadano para ser participe en la construcción de la norma que beneficie a la persona migrante dando pauta a la configuración de **la protección social participativa.**

7. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Calvo Soler, Raúl.: *La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho*, Isonomía, Núm. 27, 2007, pp. 171-191.

Colegio de la Frontera Norte.: *Caravanas migrantes de Centroamérica*, 2018, México, en: https://www.colef.mx/estemes/caravanas-migrantes-de-centroamericanos/

Excelsior.: *Migrantes desperdician la comida que les ofrecen; prefieren pizza*, Excelsior, México, en: https://www.excelsior.com.mx/nacional/migrantes-desprecian-la-comida-que-les-ofrecen-prefieren-pizza/1278700

Frei Universitât Berlin.: *Participación social*, Alemania, 2020, en: https://www.lai.fu-berlin.de/es/e-learning/projekte/frauen_konzepte/projektseiten/konzeptebereich/rot_partizipacion/contexto/index.html

Giménez Romero, C.: *Qué es la inmigración. ¿Problema y oportunidad? ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? ¿Multiculturalismo o interculturalismo?* R. B. A. Integral. Barcelona, 2003. p. 20.

Gobierno de Nuevo León.: ¿Qué es el presupuesto participativo?, Gobierno de Nuevo León, 2020, en, https://www.nl.gob.mx/campanas/presupuesto-participativo

Gómez Walteros, Jaime A.: *La migración internacional: teorías y enfoques, una mirada actual*, Semestre económico-universidad de Medellín, vol. 13, núm. 26, enero-junio, 2010, pp. 81-99.

Gutiérrez Silva, M.: *Migración: Contexto, impacto y desafío. Una reflexión teórica*, Revista de Ciencias Sociales (Ve), vol. XXVI, núm. 2, abril-junio, 2020, pp. 299-311.

Instituto Nacional Electoral.: *¿Qué es?,* INE, México, 2021, en: https://www.ine.mx/revocacion-mandato/

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.: *¿Qué es y cómo se hace el Presupuesto Participativo?,* Gobierno de España, 2022, en: https://www.miteco.gob.es/es/ceneam/recursos/pag-web/presupuesto-participativo.aspx,

Molina Vega, José Enrique.: *Participación política y derechos humanos*, CorteIDH, p. 17, en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08068-1.pdf

Novoa, Edgar A. Restrepo, Darío I.:*Globalización y estado-nación: las políticas sociales de la nueva era*, Estudios políticos, UNAM, Núm. 8. 1995. p. 67.

Organización de las Naciones Unidas.: *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, ONU, Suiza, 1948, en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Organización de los Estados Americanos.: *Protocolo de San Salvador*, OEA, 2020, en: https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/#:~:text=El%20PSS%20es%20el%20protocolo,entr%C3%B3%20en%20vigor%20en%201999

Organización Internacional para las Migraciones.: *Quienes somos*, OIM, Suiza, 2022, en: https://mexico.iom.int/es/quienes-somos#:~:text=La%20OIM%2C%20creada%20en%201951,gubernamentales%2C%20intergubernamentales%20y%20no%20gubernamentales

Organización Internacional para las Migraciones.: *Términos fundamentales sobre migración*, OIM, Suiza, 2022, en: https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion

Organización Internacional para las Migraciones.: Glosario sobre migración, OIM, 2022, p. 40.

Restrepo, Darío I.: *La participación social como construcción del interés público entre el estado y la sociedad*, Centro Americano para el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Colombia, 1999, p. 6.

Rojas Roldán, Abelardo, *Derecho social y noción universal del derecho*, IIJ, 1991. p. 862. 1991.

Secretaría de Educación y Cultura.: *¿Qué es la participación social?*, SEPyC, México, en: https://www.sepyc.gob.mx/Programas/documentacion/Qu%C3%A9%20es%20la%20Participaci%C3%B3n%20Social.pdf

Sosa, A.: *Concepto y contenido del derecho social,* Argentina, 2008, p. 1, en: https://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/conceptos_y_contenidos_de_la_seguridad_social.pdf

Sosa, Alberto Rodolfo, Concepto y contenidos del Derecho Social, 2020, en: https://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/conceptos_y_contenidos_de_la_seguridad_social.pdf

Vázquez Martínez, Miguel Ángel, *La construcción del concepto "Paliativo Social",* UNAM, 2023, en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/18142/18401uaci%C3%B3n

Worls Health Organization.: *Voice, agency, empowerment - handbook on socialparticipation for universal health coverage*, WHO, 2021, p. 13.

Zacher, Hans F.: *Codificación del Derecho Social en la República Federal Alemana*, 1988, p. 128, en: https://core.ac.uk/download/pdf/216424495.pdf

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Repercusiones de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre la garantía básica por hijos prevista en Alemania

Impact of the case law of the Court of Justice of the European Union on the basic child guarantee in Germany

Uli Kern *Universidad politécnica de la agencia federal de empleo, Campus de Mannheim.*

Cita Sugerida: KERN, U.: «Repercusiones de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre la garantía básica por hijos prevista en Alemania». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 177-188

Resumen

El Gobierno alemán planea una nueva garantía básica por hijos, que constará de una cuantía garantizada y una cuantía adicional en función de los ingresos. Según informaciones periodísticas, el Ministerio competente parte de la base de que la nueva prestación social no tendrá que abonarse a los ciudadanos de la Unión Europea que trabajen o busquen trabajo en Alemania, cuyos hijos vivan aún en otros países de la Unión Europea. Este trabajo examina los cambios previstos en la ley a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Llega a la conclusión de que la apreciación del Ministerio es errónea y que la garantía básica por hijos prevista sería «exportable» en toda su cuantía. Concluye con un llamamiento a reforzar la educación infantil en el marco del Libro VIII del Código de Seguridad Social (CSS; el Libro VIII trata de la legislación alemana de bienestar infantil y juvenil) con los fondos fiscales presupuestados, y a abstenerse de aplicar la garantía básica por hijos.

Palabras clave

Alemania; Exclusión de prestaciones; Garantía básica por hijos; Indexación; Subsidio por hijos

Abstract

The German government is planning a new basic child guarantee, which will consist of a guaranteed amount and an additional income-related amount. According to press reports, the competent Ministry assumes that the new social benefit will not have to be paid to EU citizens working or looking for work in Germany whose children still live in other EU countries. This paper examines the changes envisaged in the law in the light of the case law of the Court of Justice of the European Union. It concludes that the Ministry's assessment is erroneous, and that the basic child guarantee envisaged would be 'exportable' in its entirety. It concludes with a call to strengthen child education within the framework of Book VIII of the Social Security Code (CSS; Book VIII deals with German child and youth welfare legislation) with budgeted tax funds, and to refrain from implementing the basic child guarantee.

Keywords

Germany; Exclusion of benefits; Basic child guarantee; Indexation; Child allowance

1. INTRODUCCIÓN[1]

Cada vez hay más informaciones de otros países europeos acerca de restricciones en las prestaciones sociales. Por ejemplo, el Gobierno francés no quiere seguir transfiriendo prestaciones de seguridad social a cuentas de fuera de Europa. En el marco de las medidas planeadas, también se prevén condiciones más estrictas de residencia para las prestaciones de seguridad social como el subsidio

[1] Traducción al castellano, desde el alemán original («*Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die geplante Kindergrundsicherung in Deutschland*»), realizada por Alberto Arufe Varela.

Fecha Recepción: 12/6/2023 - Fecha Aceptación: 13/6/2023
Pags. 177-188

por hijos y la renta básica (RSA, Aspa)[2]. Italia está recortando la asistencia social y suprimiendo el subsidio de ciudadanía (*Reddito di Cittadinanza*), lo que aumenta la presión sobre quienes tienen capacidad de trabajar, por causa de las bajas prestaciones[3]. El subsidio italiano de ciudadanía preveía, desde 2018, asistencia social para todas las personas con ingresos bajos o inexistentes. Últimamente, una persona soltera recibía una ayuda en cuantía de hasta 780 euros al mes. Una familiar de cuatro miembros percibía 1.330 euros. El subsidio de ciudadanía se suprimirá el 1 de enero del próximo año[4]. Uno de los principales cambios se corresponde con el subsidio de inclusión («*Assegno di inclusione*»). En el futuro, sólo lo recibirán los hogares que tengan a su cargo un menor de edad, una persona mayor de 60 años o una persona discapacitada. Se trata de 480 euros al mes, que pueden ascender a 1.100 euros, según el número de miembros del hogar y del grado de discapacidad. Quienes vivan de alquiler, también percibirán otros 280 euros al mes. La duración máxima puede ascender a 30 meses[5].

Los planes alemanes para la garantía básica por hijos apuntan en una dirección completamente distinta. En consecuencia, el Gobierno federal quiere gastar 12 mil millones de euros más en ayudas familiares a partir de 2025[6]. La garantía básica por hijos se abonará entonces en relación con los hijos de ciudadanos de la Unión Europea con derecho a la libertad de circulación. Así, en el documento de puntos clave de la Ministra federal de Familia, Lisa Paus (Los Verdes), sobre la garantía básica por hijos prevista, se afirma en un párrafo que la nueva ayuda complementaria dependiente de los ingresos «debe configurarse de tal manera que no se active ninguna obligación de exportación en virtud de la legislación europea»[7].

En el contexto europeo, Alemania tiene una tasa de niños pobres del 22,3%, sólo ligeramente por debajo del promedio de la Unión Europea, del 24%. Esto tiene consecuencias importantes para el desarrollo y las oportunidades de futuro de los niños[8]. La tasa de pobreza en Alemania se mantiene en un nivel persistentemente alto. La pobreza de las familias, en especial de las monoparentales, se mantiene en un nivel elevado desde hace años. Según las estadísticas oficiales, la tasa de riesgo de pobreza para las familias monoparentales fue del 42,8% en 2017. En caso de las familias con tres o más hijos, esta tasa fue del 29,1%[9].

Así pues, hay buenas razones para una garantía básica por hijos en Alemania. Sin embargo, ¿está justificada la opinión del Gobierno alemán de que no existe ninguna obligación, en virtud de la legislación europea, de exportación de la nueva pretación social a otros países europeos? ¿Es posible que Alemania esté obligada por el Derecho de la Unión Europea a pagar en la misma cuantía, la garantía básica por hijos más elevada y dependiente de los ingresos, a los trabajadores migrantes de la Unión Europea cuyos hijos siguen viviendo en su país de origen? El actual documento de toma

[2] Cfr. Gelinsky/Záboji, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Kampf gegen Sozialbetrüger, 28.4.2023, https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2023-04-28/kampf-gegen-sozialbetrueger/887871.html, consultado el 1.6.2023.

[3] Cfr. Frankfurter Allgemeine Zeitung, Italien streicht Sozialhilfe zusammen, 3.5.2023, https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2023-05-03/34b4fcc881cb25d1536a043afaa3cd98/?GEPC=s5; consultado el 1.6.2023.

[4] *Ibidem*.

[5] *Ibidem*.

[6] Cfr. Lisa Paus, Süddeutsche Zeitung, Reduzierung von Kinderarmut gibt es nicht zum Nulltarif, 28.4.2023, https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/reden-und-interviews/lisa-paus-reduzierung-von-kinderarmut-gibt-es-nicht-zum-nulltarif-224328; consultado el 1.6.2023.

[7] Gelinsky/Záboji, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Kampf gegen Sozialbetrüger, 28.4.2023, https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2023-04-28/kampf-gegen-sozialbetrueger/887871.html; consultado el 1.6.2023.

[8] Cfr. Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Zur Diskussion über eine Kindergrundsicherung, 9.12.2022, https://www.bundestag.de/resource/blob/929418/990d536e8b9dd7be3a12ff0bf0e1a0f2/WD-9-083-22-pdf-data.pdf; consultado el 1.6.2023, pág. 4.

[9] Cfr. Liebert/von zur Gathen, Soziale Sicherheit, 4/2019, págs. 141 y ss.

de posición de una conocida asociación profesional alemana[10] no aborda la dimensión de Derecho europeo del proyecto legislativo propuesta ni en un solo párrafo.

Este trabajo muestra el marco de las principales decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, presenta las principales novedades previstas en relación con la garantía básica alemana por hijos y examina el proyecto legislativo en el contexto del Derecho europeo. El trabajo concluye con una propuesta para la aplicación de una garantía básica por hijos que, según el debate actual, se regulará en un Libro XV del CSS completamente nuevo.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Marco jurídico

Los sistemas de seguridad social de los Estados miembros siguen estando bajo el control de los propios Estados miembros en la Unión Europea, pero están interconectados para situaciones transfronterizas por medio de la legislación de coordinación de la Unión, más en concreto, por medio de los Reglamentos (UE) núm. 883/2004 y 987/2009. En general, se considera que esta legislación es muy compleja, en gran parte difícilmente comprensible y, en todo caso, accesible a unos pocos especialistas. El pago de subsidio por hijos a las personas que viven o trabajan en Alemania por sus hijos que viven en el extranjero es una cuestión política de la que se ha ocupado la prensa de los respectivos Estados miembros[11]. La fundamentación decisiva del Derecho europeo es el artículo 67 del Reglamento (UE) núm. 883/2004. Según él, una persona también tiene derecho a prestaciones familiares para miembros de la familia que viven en otro Estado miembro, según las disposiciones legales del Estado miembro competente, como si los miembros de la familia residiesen en dicho Estado miembro. En Alemania, el subsidio por hijos corresponde a los progenitores —y no al hijo—, y al progenitor que los progenitores designen como beneficiario. Esto significaba que, en los casos en que los progenitores residen en otro Estado miembro, pero trabajen por cuenta ajena o por cuenta propia en Alemania (principal caso de aplicación: trabajadores transfronterizos), el subsidio por hijos se exportaba. Sin embargo, en los casos en que el progenitor con derecho al subsidio reside en Alemania, pero el hijo reside en otro Estado miembro, el subsidio por hijos se abona al progenitor con derecho. En el debate público, ambas constelaciones se denominan exportación[12].

Según la legislación europea, el subsidio por hijo es una prestación familiar, e incluso la prestación familiar «clásica», porque sirve para la compensación de los costes de cuidado y crianza y, en su caso, para compensar los perjuicios económicos que están asociados con la falta de ingresos a tiempo completo[13]. En Alemania, el gasto en el subsidio por hijos y en prestaciones familiares equiparables ascendió en el año 2020 a 46,47 mil millones de euros[14]. Los costes de una nueva garantía básica por hijos podrían ascender a entre 27 y 33 mil millones de euros adicionales[15]. Ya en febrero de 2016, una cumbre de la Unión Europea —a instancias de la parte británica— había dado a los Estados miembros (¡no sólo a Gran Bretaña!) la posibilidad de adaptar el subsidio por hijos, en relación con los hijos que viven en otro Estado miembro, al coste de la vida allí. El trasfondo de esta decisión fue que, en el período previo al referéndum sobre la salida de Gran Bretaña de la Unión, habían atacado cada vez más la supuesta injusticia de la obligación de exportación del subsidio por hijos, y en cierto

[10] Meßling, Stellungnahme des DSGT zum Vorhaben der Einführung einer Kindergrundsicherung, 26.1.2023, https://www.sozialgerichtstag.de/stellungnahme-des-dsgt-zum-vorhaben-der-einfuehrung-einer-kindergrundsicherung/; consultado el 1.6.2023.

[11] Cfr. Bokeloh, NZS 2021, núm. 22/2021, pág. 870.

[12] Bokeloh, NZS 2021, núm. 22/2021, pág. 871.

[13] *Ibidem*.

[14] *Ibidem*.

[15] Cfr. Tagesschau, Lisa Paus: «Kindergrundsicherung soll alle Familienkonstellationen erreichen», 30.1.2023, https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/reden-und-interviews/lisa-paus-kindergrundsicherung-soll-alle-familienkonstellationen-erreichen--214628; consultado últimamente el 1.6.2023.

modo se quería tomar la delantera. Sin embargo, la decisión de la cumbre sólo se aplicaba en caso de que los británicos decidieran en el referéndum la permanencia de Gran Bretaña en la Unión, pero —como se sabe— en el referéndum salió otra cosa distinta. En consecuencia, la decisión de la cumbre quedaba sin sentido[16]. Diferentes iniciativas legislativas alemanas fueron rechazadas por la Comisión europea, y tampoco tuvieron éxito algunas propuestas de las filas de la oposición para la indexación del subsidio por hijos[17].

El paréntesis histórico de la situación jurídica actual se remonta al año 1972. Los Estados miembros integrantes —que todavía eran los seis Estados fundadores— acordaron el principio del país del empleo a la hora de tener mejor en cuenta la idea de fomentar la libertad de circulación[18]. Respecto de Francia, el nuevo Reglamento preveía inicialmente una regulación especial, en la que se mantenía el principio del país de residencia, pero después no tuvo éxito ante el Tribunal de Justica de la Unión Europea[19]. En este contexto, se presentarán brevemente las principales decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de prestaciones familiares. En particular, las sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se posicionan aquí muy claramente.

B) Alemania: exclusión del subsidio por hijos respecto de los primeros tres meses de residencia[20]

En el caso de la República Federal de Alemania, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que decidir si una ciudadana de la Unión que estableció su residencia habitual en un Estado miembro de acogida, podía quedar excluida de la percepción del subsidio durante los primeros tres meses de su residencia, si no percibía ingresos nacionales. Objeto de examen fue aquí la disposición fiscal del parágrafo 62, apartado 1a, de la Ley del Impuesto sobre la Renta (EStG)[21]. La demandante en el procedimiento principal, S, era madre de tres hijos. Su marido, V. era el padre de esos hijos. Los padres y los hijos eran ciudadanos de la Unión Europea, pero no nacionales alemanes. S percibía inicialmente un subsidio por hijos de la Caja de Familias competente en su domicilio de empadronamiento en Bremerhaven. La percepción fue cancelada en junio 2016, después de que la autoridad competente hubiese comprobado que el domicilio de S estaba desocupado. En diciembre de 2017, S presentó una solicitud de subsidio por hijos en otro Estado federado (Renania del Norte-Westfalia, ciudad de Herne) por dos de sus tres hijos. Sin embargo, las cartas enviadas a la dirección indicada fueron devueltas a la (segunda) Caja de Familias por el Servicio de Correos, con la indicación «destinatario desconocido». En agosto de 2018, la Caja de Familias denegó la solicitud de S, alegando que no tenía su residencia o domicilio habitual en Alemania. A finales de octubre de 2019, S presentó ante la (primera) Caja de Familias otra solicitud de subsidio por hijos en relación con sus tres hijos, a partir de agosto 2019. En diciembre 2019, la Caja de Familias denegó esta solicitud. La Administración declaró que S, V y sus hijos residían en Alemania desde el día en que entraron en Alemania procedentes de su Estado miembro de origen y se instalaron (de nuevo) en un domicilio en Bremerhaven. No obstante, la Caja de Familias partió de la base de que S no había percibido ningún ingreso nacional en los tres primeros meses siguientes al establecimiento de su residencia en Alemania. Por tanto, no cumplía los requisitos del (entonces) parágrafo 62, apartado 1a, de la Ley del Impuesto sobre la Renta (EStG), que excluía la percepción del subsidio por hijos en las condiciones establecidas[22]. Así pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que decidir si una ciudadana de la Unión, con residencia habitual en un Estado miembro de acogida, podía quedar excluida de la percepción del subsidio por hijos

[16] Bokeloh, NZS 2021, núm. 22/2021, pág. 872.
[17] *Ibidem*.
[18] *Ibidem*, pág. 873.
[19] *Ibidem*, pág. 874.
[20] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, con nota de Achleitner, ZESAR 2023, núm. 4/2023, págs. 172 y ss.
[21] *Ibidem*, pág. 180.
[22] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, margs. 15 y ss., juris; cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, con nota de Achleitner, cit., pág. 173

durante los tres primeros meses de su residencia, si no percibía ningún ingreso nacional[23]. En opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta exclusión de las prestaciones para los ciudadanos de la Unión que no ejercen una actividad remunerada es contraria al Derecho de la Unión Europea[24]. En su decisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el subsidio por hijos alemán constituye una prestación de seguridad social, con la que se abre el ámbito de aplicación del artículo 4 del Reglamento núm. 883/2004, y que la Sra. S tiene derecho a la igualdad de trato estipulada en el mismo[25]. El subsidio por hijos es una prestación familiar con arreglo al artículo 1, letra z, del Reglamento núm. 883/2004[26]. Las prestaciones familiares comprenden todas las prestaciones en especie o en dinero que sirven para compensar las cargas familiares. La compensación de las cargas familiares se produce cuando se contribuye al presupuesto familiar, reduciendo así los costes de mantenimiento de los hijos[27].

C) Austria: ayuda familiar y deducción por hijos – Indexación de prestaciones familiares

Según la Ley austriaca de compensación de las cargas familiares (FLAG), se concede una ayuda familiar por hijos que, en principio, se corresponde en cuanto a su objetivo con el subsidio alemán por hijos. El parágrafo 8a de la FLAG, que fue impugnado por la Comisión, prevé que para los hijos que residen permanentemente en otros países de la Unión Europea, en otros países del Espacio Económico Europeo o en Suiza, la ayuda se abona en la cuantía resultante de la comparación del nivel de precios en Austria con el nivel de precios en cada uno de los países de la Unión Europeo. A tal efecto, se utilizaron las estadísticas de Eurostat. La Comisión Europea consideró que las indexaciones constituían una discriminación contraria a la legislación de la Unión Europea, e incoó un procedimiento de incumplimiento de los tratados[28]. En lo esencial, denunció una infracción de los artículos 7 y 67 del Reglamento núm. 883/2004. Según estas normas, las prestaciones en dinero no pueden reducirse por el hecho de que un miembro de la familia, como un hijo, resida en otro Estado miembro. Dado que el mecanismo de actualización no afecta principalmente a los trabajadores austriacos, sino a trabajadores de otros Estados miembros, la indexación constituye una discriminación indirecta, que vulneraba el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 4 del Reglamento núm. 883/2004 y en el artículo 7 del Reglamento núm. 492/2011[29]. El Tribunal de Justicia declaró que la ayuda familiar y la deducción por hijos concedidas en virtud de la legislación austriaca en materia de impuesto sobre la renta, son prestaciones familiares en el sentido del artículo 1, letra z, del Reglamento núm. 883/2004, y que dicho Reglamento se aplica al mecanismo de actualización, puesto que se aplica a toda la legislación relativa al ramo de la seguridad social relacionada con las prestaciones familiares. Por consiguiente, la ayuda familiar y la deducción por hijos, en particular, deben ajustarse el artículo 7 del Reglamento núm. 883/2004, según el cual dichas prestaciones «no podrán reducirse ni modificarse por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en otro Estado miembros en el que tenga su sede la gestora obligada al pago»[30]. Con los artículos 7 y 67 del Reglamento núm. 883/2004 debe impedirse que un Estado miembros supedite la concesión o la cuantía de las prestaciones familiares al hecho de que los miembros de la familia del trabajador residan en el Estado miembros que concede la prestación[31]. Las diferencias de poder adquisitivo entre Estados miembros no justifican que un Estado miembro conceda prestaciones de cuantía diferente a los trabajadores

[23] *Ibidem*, pág. 179.
[24] *Ibidem*.
[25] *Ibidem*, pág. 180.
[26] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, marg. 61, juris; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, con nota de Achleitner, cit., págs. 180 y ss.
[27] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, marg. 38, juris; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, con nota de Achleitner, cit., pág. 181.
[28] Sobre el asunto, cfr. Selder, jurisPR-SteuerR 31/2022, nota 1.
[29] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16.6.2022, C-328/20, marg. 23, juris.
[30] *Ibidem*, margs. 42 y ss., juris.
[31] *Ibidem*, marg. 46, juris.

migrantes procedentes de otros países de la Unión Europea[32]. Habida cuenta de la ficción regulada en el artículo 67 del Reglamento núm. 883/2004, según la cual una persona tiene derecho a prestaciones familiares por los miembros de su familia que residan en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente para la concesión de las prestaciones familiares como si los miembros de su familia residieran en dicho Estado miembro, los Estados miembros no pueden, en virtud de dicho Reglamento, adaptar las prestaciones familiares en función del Estado de residencia de los hijos del beneficiario[33]. El Tribunal de Justicia subraya la inadmisibilidad de la indexación, en especial por lo que respecta a las prestaciones dinerarias a tanto alzado[34]. Aquí también se plantea la conceptuación más amplia posible de las prestaciones a tanto alzado, de manera que esto puede anticiparse en relación con la modificación de la ley prevista en Alemania[35]. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea asumió una discriminación indirecta injustificada, porque las prestaciones a tanto alzado no pueden medirse específicamente por su correspondencia con el valor de los hijos que viven en Austria, en el caso concreto. Además, no acepta la objeción del riesgo de poner en peligro el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, a través de la «exportación» del FLAG. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que los trabajadores migrantes contribuyen, con los impuestos y con las cotizaciones de seguridad social que pagan al Estado miembro de acogida sobre la base de la actividad asalariada realizada allí por ellos, a la financiación de las medidas de política social de ese Estado[36].

D) Francia: Pinna I

Pietro Pinna era un trabajador residente en Francia, cuyos hijos vivían (temporalmente) en Italia. Se sentía desfavorecido con respecto a los trabajadores cuyos hijos vivían en Francia, e interpuso una reclamación contra la negativa de la Caja de Familias francesa. Esta última basó su decisión en el hecho de que estas prestaciones deben pagarse por el Istituto Nacionale della Previdenza Sociale en Aquila, lugar de residencia de los hijos en Italia en aquel momento. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró el apartado 2 del artículo 73 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 incompatible con el Derecho originario europeo y, en consecuencia, nulo[37]. Esto es digno de mención, porque no sólo se rechazó el Derecho nacional. Aquí, se declaró inválida la disposición de un Reglamento, esto es, el propio Derecho derivado europeo. Esta disposición excluía la concesión de prestaciones familiares francesas a los trabajadores sujetos a la legislación francesa, por los miembros de su familia que residieran en el territorio de otro Estado miembro[38]. Francia había establecido una regulación especial, según la cual seguía aplicándose a las prestaciones familiares en ese momento el principio del país de residencia[39]. Esto significaba que sólo tenían derecho los hijos que residían en Francia. Los hijos cuyos padres trabajaban en Francia, pero vivían en otro Estado miembro no recibían prestaciones familiares en Francia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea vio una discriminación encubierta (esto es, indirecta, no evidente) contra los trabajadores migrantes de un Estado miembro[40].

[32] *Ibidem*, marg. 47, juris.
[33] *Ibidem*, marg. 51, juris.
[34] *Ibidem*, marg. 102, juris.
[35] Cfr. Ott/Schürmann/Werding, Einführung einer Kindergrundsicherung. Gutachten zu rechtlichen Schnittstellen und Schnittstellenproblemen, 2020, https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-3621.pdf, últimamente consultado el 11.5.2023, págs. 10 y ss.
[36] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16.6.2022, C-328/20, marg. 109, juris.
[37] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15.01.1986, C-41/84, Celex-Nr. 61984CJ0041, (Pinna./.CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE LA SAVOIE), marg. 25, juris; cfr. Bokeloh, NZS 2021, pág. 874.
[38] *Ibidem*.
[39] Bokeloh, NZS 2021, pág. 874.
[40] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15.01.1986, C-41/84, Celex-Nr. 61984CJ0041, (Pinna./.CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE LA SAVOIE), marg. 23, juris.

E) Resumen

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta la fecha se decanta por una interpretación extensiva del concepto de prestación familiar. Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, se trata de prestaciones que, con independencia de una apreciación individual de la necesidad personal basada en el ejercicio del poder discrecional, se conceden sin más a aquellas familias que cumplen determinados criterios objetivos, en especial en lo que respecta a su tamaño, ingresos y reservas de capital, y que sirven para la compensación de las cargas familiares. Por tanto, es indiferente que la prestación con arreglo al Derecho nacional se sitúe en el Derecho de la Seguridad Social o en el Derecho Fiscal, ya que, de hecho, la calificación como devolución de impuestos no modifica la concesión del subsidio por hijos a los beneficiarios, que siguen percibiendo el subsidio por hijos como pago mensual en metálico[41].

3. SITUACIÓN JURÍDICA ALEMANA ACTUAL

Actualmente, las familias perciben un subsidio por hijos mensual por cada hijo, con arreglo al parágrafo 62 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (EStG). Según la Ley federal del subsidio por hijos (BKGG), se abona el subsidio por hijos a las personas que no están sujetas a una obligación fiscal ilimitada en Alemania, esto es, en especial, los trabajadores transfronterizos extranjeros sin residencia o domicilio habitual en Alemania. Desde enero 2023, se abona una cuantía uniforme de 250 euros por hijo, en concepto de subsidio por hijos, principalmente al amparo de los parágrafos 62 y 66 de la EStG. Como alternativa al subsidio por hijos, existe la posibilidad de beneficiarse de una desgravación por hijos, a que se refiere el parágrafo 32, apartado 6, de la EStG. Con la desgravación, se mejora indirectamente la situación económica de los padres. Una vez presentada la declaración de la renta, la desgravación reduce el impuesto sobre la renta a pagar. Al presentar la declaración de la renta, la agencia tributaria aplica el procedimiento más favorable para el interesado, parágrafo 31 de la EStG. A medida que aumentan los ingresos, el efecto de la desgravación por hijos aumenta, sobre la base del sistema fiscal progresivo. Además, para las rentas correspondientes, también se contempla la deducción fiscal de los gastos de guardería[42]. No obstante, estas normas fiscales presuponen en cualquier caso que los padres perciban ingresos, ya que están reguladas en la legislación del impuesto sobre la renta.

A las familias sin ingresos o con ingresos bajos se les ofrece un sistema complejo de prestaciones estatales de apoyo. Además del «subsidio ciudadano» a que se refiere el Libro II del CSS, hay que tener en cuenta aquí el complemento alternativo de hijos (llamado KiZ, parágrafo 6a, BKGG) y el subsidio de vivienda (al respecto, véase el parágrafo 12a, inciso 1, inciso 2, núm. 2, del Libro II del CSS). Las prestaciones se abonan por distintos servicios. Las competencias son confusas. La consecuencia: hoy tenemos que hasta un 70 por ciento de todas las familias que tienen derecho, no lo aprovechan[43]. El KiZ fue introducido en 2005, en el marco de las reformas del mercado de trabajo alemán («Hartz IV») y pretende evitar que los padres que pueden cubrir por sí mismos sus propias necesidades con sus propios ingresos tengan que depender de las pretaciones Hartz IV/ subsidio ciudadano sólo por causa de sus hijos. Los padres deben recibir un incentivo (adicional) para trabajar a través del complemento por hijos[44]. Hay que evitar que los padres tengan que solicitar el subsidio ciudadano sólo por la carga de manutención de sus hijos que viven con ellos en una

[41] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1.8.2022, C-411/20, con nota de Achleitner, cit., pág. 181.

[42] Cfr. Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Zur Diskussion über eine Kindergrundsicherung, 9.12.2022, https://www.bundestag.de/resource/blob/929418/990d536e8b9dd7be3a12ff0bf0e1a0f2/WD-9-083-22-pdf-data.pdf, últimamente consultado el 1.6.2023, pág. 5.

[43] Cfr. Lisa Paus, «Kindergrundsicherung soll alle Familienkonstellationen erreichen», 30.1.2023, https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/reden-und-interviews/lisa-paus-kindergrundsicherung-soll-alle-familienkonstellationen-erreichen--214628; últimamente consultado el 1.6.2023.

[44] Bischofs, SGb 2020, núm. 10/2020, pág. 592.

comunidad necesitada[45]. Este objetivo no está claro para un colectivo de personas y la solicitud es demasiado burocrática. Con el KiZ, el legislador ha creado una normativa difícil de manejar para las autoridades encargadas de su aplicación y difícilmente comprensible para los posibles solicitantes[46]. A diferencia del subsidio por hijos, el KiZ no tiene en cuenta los hijos que no viven en el hogar del solicitante[47]. Sin embargo, el KiZ es un derecho de los padres y no del hijo. El objetivo de la garantía básica por hijos prevista es cambiar esto sistemáticamente.

4. PROYECTO DE UNA GARANTÍA BÁSICA POR HIJOS

Las propuestas más recientes para la implantación de una garantía básica por hijos en el Derecho alemán se remontan al concepto de una «garantía básica por hijos orientada a la necesidad», la cual planteó el Partido Alianza 90/Los Verdes a comienzos de 2001. Por un lado, el concepto contiene la idea de elevar el subsidio por hijos a una cuantía uniforme garantizada, de manera que se superpongan por completo a los efectos reductores de impuestos de las desgravaciones fiscales por hijos y, por lo tanto, hagan superfluas las desgravaciones. Por otro lado, contiene la propuesta de conceder un complemento en función de los ingresos a esta «cuantía garantizada», para los hijos en hogares con ingresos bajos, por medio del cual el modelo se amplía a una garantía básica por hijos. A medida que aumentan los ingresos de los padres y/o del hijo afectado, este complemento se reduce[48]. Consecuentemente, el «complemento» se caracteriza por tener que garantizar que el total de las prestaciones económicas concedidas cubra en la medida de lo posible el mínimo de subsistencia de los hijos afectados, supuesto que los demás ingresos familiares no basten para ello[49]. La garantía básica por hijos pretende agrupar las prestaciones y las competencias de política familiar actuales. En el contrato de coalición de los partidos del Gobierno, se recoge el concepto de cuantía garantizada independiente de los ingresos, que se aplica a todos los niños y jóvenes, con una cuantía adicional graduada que depende de los ingresos de los padres[50]. Dado que las prestaciones familiares afectan en la actualidad a la competencia de un conjunto de seis ministerios[51], se ha constituido un Grupo de Trabajo Interministerial (GTI), para el diseño de una garantía básica por hijos. Está previsto que el GTI presente un informe conclusivo a finales de 2023, en el que se definirán los principios de la garantía básica por hijos. En lo esencial, se agruparán el subsidio por hijos, las prestaciones de aseguramiento básico por hijos a que se refieren el Libro II y el Libro XII del CSS, así como el complemento por hijos para familias con bajos ingresos[52].

El incremento y la unificación del subsidio por hijos se han conseguido ya, con fecha de 1.1.2023. A partir de ahora, las familias perciben una cuantía uniforme de 250 euros por cada hijo (cfr. parágrafo 66, apartado 1, EStG). Es la mencionada cuantía garantizada. Con ello, se pretende eliminar el efecto (denominado examen de favorabilidad, parágrafo 31, inciso 1, EStG) de que la desgravación fiscal por hijos se incremente a medida que suben los ingresos, por causa del sistema progresivo, y que las parejas con mayores ingresos puedan solicitar una desgravación fiscal más alta que la que les correspondería por el subsidio por hijos. Debido al incremento del subsidio por hijos, las desgravaciones fiscales (progresivas) ya no deberían dar lugar a un resultado más favorable, aunque esto tiene que seguir examinándose. En el futuro, la cuantía garantizada deberá cumplir los requisitos

[45] Cfr. Kühl, NZS 2020, núm. 10/2020, pág. 362.
[46] Bischofs, SGb 2020, cit., pág. 592.
[47] Kühl, NZS 2020, cit., pág. 363.
[48] Cfr. Ott/Schürmann/Werding, Einführung einer Kindergrundsicherung. Gutachten zu rechtlichen Schnittstellen und Schnittstellenproblemen, 2020, https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-3621.pdf; últimamente consultado el 11.5.2023, pág. 3.
[49] *Ibidem*.
[50] Cfr. Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Zur Diskussion über eine Kindergrundsicherung, 9.12.2022, cit., pág. 7.
[51] *Ibidem*, pág. 8.
[52] *Ibidem*.

constitucionales relativos a la exención del mínimo de subsistencia del hijo en la tributación de las rentas de los padres[53]. Sin embargo, la situación jurídica actual se invierte con el «complemento» que aún tiene que aplicarse. Hasta la fecha, se privilegia más a los perceptores de rentas más elevadas. Los servicios tributarios comparan si el mínimo de subsistencia de las familias está cubierto a través del subsidio por hijos pagado mensualmente en cada año por las Cajas de Familias, o por la desgravación a reconocerse en el marco de la comprobación del impuesto sobre la renta. La desgravación aumenta con el incremento de los ingresos (sistema fiscal progresivo), de manera que las rentas más altas se benefician en el marco del sistema actual. Así, en la declaración de la renta, reciben algo «más» que sólo el subsidio por hijos reconocido. En el futuro, en el marco de la garantía básica por hijos, el importe básico actual uniforme de 250 euros por hijo debe garantizar el mínimo de subsistencia de las familias. En cambio, el complemento en función de los ingresos no se incrementa con el salario (a diferencia de antes), sino que aumenta a la inversa, cuanto menores son los ingresos. Se supone que los salarios más altos de los padres lo reducen.

El propio hijo debe tener derecho a la garantía básica por hijos (y ya no los padres, como hasta ahora). Se utilizará principalmente para cubrir las necesidades vitales de los hijos. La obligación de alimentos queda subordinada. Y es que la garantía básica por hijos debe ser —al menos parcialmente— una prestación de seguridad social que sustituye a la pensión alimenticia[54]. No obstante, hay que tener en cuenta los ingresos del propio hijo derivados del trabajo en vacaciones y el subsidio de formación con el inicio de un aprendizaje. Los ingresos marginales derivados de actividades ocasionales seguirán estando total o parcialmente exentos. Sin embargo, es muy probable que los ingresos derivados de herencias, transferencias de capital, trabajo propio, alquiler y arrendamiento financiero (dividendos o similares) o del trabajo por cuenta propia se compensen con el complemento[55]. Si los ingresos (en especial) de los padres son bajos o inexistentes, se abona íntegramente la garantía básica por hijos (cuantía garantizada + complemento). Con ingresos crecientes, la cuantía máxima se reduce a un importe mínimo, el cual deriva de la utilización máxima actual de la desgravación fiscal por hijos[56].

En cuanto a la duración, como regla general, el derecho debe existir hasta que los destinatarios de la prestación hayan alcanzado una posición de vida económicamente independiente[57]. Como límite ordinario de edad, se ofrece el cumplimiento de los 18 años de edad, aunque se tienen en cuenta la prórroga de la percepción y un límite de edad máximo de 25 años (análogamente al parágrafo 32, apartado 4, EStG)[58]. Cabe preguntarse si el grupo de personas que no pueden valerse por sí mismas por causa de una discapacidad física, mental o psíquica (parágrafo 32, apartado 4, inciso 1, núm. 3, EStG) también debe percibir la garantía básica por hijos más allá del cumplimiento de los 25 años de edad, como ocurría anteriormente con el subsidio por hijos. Aquí surge una interesante desconexión entre el Libro IX del CSS y el Libro XII del CSS que el legislador no debe pasar por alto. El Libro IX del CSS alemán contiene prestaciones para la rehabilitación y la participación de personas con discapacidad. En el marco del Libro XII del CSS, se crean prestaciones para las personas totalmente discapacitadas. Si la garantía básica por hijos —como hasta ahora el subsidio por hijos— también prevé prestaciones para los ámbitos personales mencionados más allá de los límites máximos de edad ordinarios, debe tener en cuenta las referencias a las materias jurídicas específicas del Derecho de rehabilitación y definir con claridad las intersecciones. En concreto: qué prestaciones se conceden en el marco de la garantía básica por hijos, eventualmente como necesidades especiales, y qué

[53] *Ibidem*, págs. 7 y ss.

[54] Cfr. Ott/Schürmann/Werding, Einführung einer Kindergrundsicherung. Gutachten zu rechtlichen Schnittstellen und Schnittstellenproblemen, 2020, cit., pág. 25.

[55] *Ibidem*, pág. 26.

[56] Cfr. Liebert/von zur Gathen, Soziale Sicherheit 4/2019, pág. 144.

[57] Cfr. Ott/Schürmann/Werding, Einführung einer Kindergrundsicherung. Gutachten zu rechtlichen Schnittstellen und Schnittstellenproblemen, 2020, cit., pág. 25.

[58] *Ibidem*.

prestaciones se reconocen en el marco del aseguramiento básico y del Derecho de rehabilitación. Además, no debe aceptarse una doble toma en consideración de los ingresos.

5. GARANTÍA BÁSICA POR HIJOS Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

De la jurisprudencia (actual) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende directamente que la cuantía garantizada de 250 euros también debe abonarse a los hijos de los trabajadores migrantes de la Unión Europea que vivan en el extranjero. Al igual que el subsidio por hijos, la cuantía garantizada es una prestación familiar al amparo del artículo 1, letra z, del Reglamento núm. 883/2004. Por medio de la cuantía garantizada, debe cumplirse el requisito constitucional de exención del mínimo de subsistencia de los hijos en la tributación de la renta de los padres. Con ello, la cuantía garantizada satisface exactamente la función que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha definido como característica de una prestación familiar. Debe servir como contribución al presupuesto familiar, reduciendo así los costes de mantenimiento de los hijos (véase arriba). Así pues, el artículo 67 del Reglamento núm. 883/2004 prohíbe la exclusión de prestaciones, así como las indexaciones en función del lugar de residencia de los hijos.

El complemento dependiente de los ingresos de padres/hijos cumple igualmente la función señalada a la prestación familiar, y también está sujeto al principio de igualdad de trato. Esto conduce a que la garantía básica por hijos sea en su conjunto susceptible de exportación para los extranjeros de la Unión Europea con derecho a libre circulación en Alemania, en relación con los hijos que viven en el extranjero. Esto se deriva de la «función sustitutoria de la pensión de alimentos» de la garantía básica por hijos. Sin embargo, el objetivo legislativo declarado de la «simplificación» también implica que el mínimo de subsistencia socioeconómico, supuesto que afecte al complemento, debe cubrirse en la medida de lo posible mediante cantidades a tanto alzado. Este punto es completamente central, se pretenden aumentar los porcentajes de utilización, pero la cobertura del KiZ —como se mencionó— es demasiado baja. En el futuro, el procedimiento de prestaciones deberá ser rápido y no burocrático[59]. Aquí entra en juego la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes examinada, acerca de que las prestaciones familiares a tanto alzado no se pueden indexar ni reducir, porque de lo contrario se produce una discriminación indirecta de los ciudadanos de la Unión Europea con derecho a la libertad de circulación. Finalmente, es precisamente a través de sus impuestos y cotizaciones sociales como estos contribuyen a la financiación de las medidas de política social. La consecuencia: el complemento también es exportable en su importe total, y debe abonarse a los hijos que residan en otros países de la Unión Europea, cuyos padres (o uno de ellos) vivan, trabajen o busquen trabajo en Alemania.

Los Estados que se benefician de la regulación vigente (pero también de la futura) tienen tres grandes ventajas de su lado: en primer lugar, pueden remitirse al Derecho vigente, por lo que no necesitan de ninguna mayoría para modificar esto. En segundo lugar, tiene de su lado a un socio fuerte, porque resulta difícilmente realizable una modificación legal contra la voluntad de la Comisión. En tercer lugar, pueden invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en especial, la Sentencia Pinna I)[60].

«Pinna I», el intento fallido de Francia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de reservar el «principio del país de residencia» en el Derecho derivado europeo, muestra un límite importante. Incluso si Alemania consiguiera que dicha reserva (parcial) a favor de la garantía básica por hijos se anclara en el Derecho derivado europeo, en el marco de un compromiso formalizado en algún otro lugar, la norma no tendría ninguna probabilidad de mantenerse ante el Tribunal de Justicia

[59] *Ibidem*, págs. 26 y ss.

[60] Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15.01.1986, C-41/84, Celex-Nr. 61984CJ0041, juris (Pinna./.CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE LA SAVOIE); cfr. Bokeloh, NZS 2021, pág. 874.

de la Unión Europea. Lo mismo habría que predicar del resultado de la cumbre de la Unión Europea, en el marco del Brexit, de febrero 2016.

6. CONCLUSIÓN

La garantía básica por hijos prevista es exportable en su totalidad a los hijos en el territorio de la Unión Europea, tanto en relación con la cuantía garantizada como también en relación con el complemento en función de los ingresos. Las prestaciones correspondientes también deben abonarse a los hijos de ciudadanos de otros países de la Unión Europea cuando sus necesidades globales no puedan ser cubiertas por los ingresos de los padres con derecho a la libre circulación en la Unión Europea, y que también sólo buscan un trabajo en Alemania. Tampoco puede producirse el recorte de las prestaciones familiares durante los primeros tres meses de residencia de los desempleados, como ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ni siquiera una modificación del Derecho derivado europeo sirve de ayuda, como deja claro la Sentencia Pinna I. En ese caso, el artículo 67 del Reglamento núm. 883/2004 no consigue su objetivo. En lugar de lograr un alto estándar uniforme y una ampliación de las prestaciones de política familiar, el debate nacional gira en torno a cómo pueden evitarse las prestaciones a los otros nacionales de la Unión Europea. Esto lo aclaran los empeoramientos planeados en Francia de las modalidades de transferencia o los nuevos procedimientos de vales previstos en Italia. En Alemania, el principio de igualdad de trato de los trabajadores migrantes frena de manera completamente esencial la aplicación rápida de la garantía básica por hijos. Queda por ver cómo resolverá esta problemática el Gobierno federal. Según el estado actual del debate especializado, muy probablemente la garantía básica por hijos se regulará de manera novedosa e independiente en el Código de Seguridad Social, en su Libro XV.

En lugar de «más dinero para todos», sería más eficaz poner el foco en la precaria situación de las guarderías en Alemania. El parágrafo 24, apartado 2 y apartado 3, del Libro VIII del CSS prevé aquí un derecho a guardería a partir del primer año de vida del niño. En la práctica, esto conduce a que los gestores independientes, por ejemplo, de iglesias, vendan sus guarderías y se retiren cada vez más de la educación infantil temprana. Ello se debe a que los edificios suelen ser antiguos (sobre todo en las zonas rurales) y carecen de cocinas, así como de espacio suficiente para acoger a los niños todo el día. Son difíciles de encontrar profesionales (adecuados), y la necesaria ampliación de las guarderías no resulta económicamente viable. Esto es así al menos cuando los costes se asumen públicamente y no corren a cargo personalmente —como en el caso de las guarderías Walldorf o Montessori— de los padres. Por lo tanto, con la garantía básica por hijos, habría que pensar en revisar el Libro VIII del CSS, el Derecho alemán de niños y jóvenes, así como dotar finalmente a la educación infantil temprana de recursos financieros razonables. Así, las pedagogas y pedagogos pueden decidir *in situ* sobre la utilización de los recursos, y promover talentos (asociaciones deportivas, educación temprana). O podrían compensarse con vales de formación los déficits de desarrollo identificados, si se trata de déficits idiomáticos. Si se permitiese que el dinero destinado a un fin específico por el Libro VIII del CSS beneficiase realmente a los hijos, se les ayudaría más a ellos y a su futuro que con el pago en efectivo de miles de millones de euros en recursos sufragados con impuestos. Los fondos de la garantía básica por hijos, cuyos titulares deben ser los hijos y que deberían ser no obstante abonados de nuevo en las cuentas de sus padres, deberían ser sencillamente invertidos realmente sólo en una pequeña parte en libros, actividades deportivas, compras, así como en el aprendizaje de un instrumento o en actividades de tiempo libre. Muy probablemente redundarían en la industria del entretenimiento y serían mejor empleados, en caso de adultos jóvenes, en su formación o en estudios, con lo que pueden conducir a una vida independiente más rápidamente. Un equipamiento adecuado de la educación infantil temprana y una revalorización de la profesión de educador y educadora, que cabe lograr de forma centralizada mediante una remuneración apropiada, también serían mejores para las competencias lectoras, de cálculo y, no menos importante, para las competencias sociales de los niños, que el dinero en efectivo a través del nuevo Libro XV del CSS. Al fin y al cabo, en la

guardería también hay comida y bebida, lo que se pasa por alto en el cálculo de las cantidades a tanto alzado. Aquí, los padres ya tienen hoy una gran influencia a través de los consejos consultivos, sobre qué empresa de catering elegir y qué comida se da a los niños. Con la revalorización de la educación infantil temprana a través del Libro VIII del CSS, a la legislación alemana de niños y jóvenes tampoco se le proyecta la problemática de Derecho europeo, y quizá los trabajadores migrantes se traigan a sus hijos a Alemania, para que reciban una buena educación por medio de educadoras y educadores competentes, así como una buena alimentación en las guarderías, lo que contrarrestaría el cambio demográfico.

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. MEDIDAS URGENTES

— Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas. BOE 12-5-2023

En este Real Decreto-ley se establecen fundamentalmente un conjunto de medidas urgentes en materia agraria y de aguas: En primer lugar, se dispone un conjunto de medidas de apoyo y ayudas directas para el sector agrario, contenidas en el título I. En segundo lugar, la norma incluye un conjunto de medidas de carácter fiscal en apoyo del sector primario, gravemente afectado por la sequía y las tensiones de los mercados internacionales. En tercer lugar, se incorporan medidas de flexibilización en materia de Política Agrícola Común y de ordenación sectorial. En cuarto lugar, se incorpora un conjunto de medidas en materia de aguas en el título II, que permitan hacer frente a la situación de sequía, así como energéticas que mejoren las condiciones productivas. Y en quinto lugar, se establecen en el Título III medidas en materia de transportes se incorpora un título III.

Junto a todo ello, el Real Decreto-ley incorpora una serie de medidas de carácter laboral y de Seguridad Social:

1.*Se modifica el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.*

-estableciendo la obligación concreta de prever medidas adecuadas frente a riesgos relacionados con fenómenos meteorológicos adversos, incluida la prohibición de desarrollar determinadas tareas durante las horas del día en las que estos concurran,

-resultando obligatoria la adaptación de las condiciones de trabajo, incluida la reducción o modificación de las horas de desarrollo de la jornada prevista cuando la Agencia Estatal de Meteorología o, en su caso, el órgano autonómico correspondiente en el caso de las comunidades autónomas que cuenten con dicho servicio, emita aviso de fenómenos de nivel naranja o rojo y las medidas preventivas anteriores no garanticen la protección de las personas trabajadoras.

-La disposición se enmarca en el desarrollo de la reciente Estrategia Española de Seguridad y Salud 2023-2027 y los Objetivos de Desarrollo sostenible de la Agenda 2030, relacionados con los efectos del cambio climático. Esta protección exige la adopción de medidas preventivas y correctoras ante situaciones de riesgo para la salud de las personas trabajadoras ante situaciones urgentes y extremas que, por desgracia, cada vez son más habituales.

2. Por otro lado, las situaciones de sequía hidrológica y meteorológica, cíclicas en nuestro país, tienen como consecuencia una reducción de la actividad relacionada con los cultivos en todos sus ciclos, desde la siembra hasta la cosecha, así como con la ganadería. La repercusión se produce inmediata y directamente en el *empleo agrario* al producirse inevitablemente una disminución de la actividad productiva.

-entre las medidas a poner en marcha se considera oportuno incluir la *prórroga de la reducción del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta*

agraria a favor de los trabajadores eventuales agrarios residentes en el territorio de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura prevista en el artículo 24 del Real Decreto ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)», así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía.

-debe tenerse en cuenta que la situación descrita determina la necesidad de permitir, *como medida de Seguridad Social*:

- que las empresas incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social y los trabincluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos,

- siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tengan otro aplazamiento en vigor,

- puedan solicitar un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de mayo a septiembre de 2023, para las empresas incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y entre los meses de junio a octubre de 2023, para los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

1.2. COTIZACIÓN

— Orden PCM/313/2023, de 30 de marzo, por la que se modifica la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023. BOE 31-3-2023

Se modifica la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional con un triple objetivo:

a) Actualización de las cuantías provisionales contenidas en la Orden de cotización, que se vinculan al importe del SMI, que se aprobó con posterioridad a su publicación,

Mediante el Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, con efectos desde el 1 de enero de 2023, se ha establecido el salario mínimo interprofesional para el año 2023. En consecuencia, esta orden actualiza el tope mínimo de la base de cotización a la Seguridad Social en cada uno de sus regímenes conforme al salario mínimo interprofesional aprobado para este año 2023. De esta manera, la orden modifica parcialmente la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, en aquellos preceptos que contienen importes vinculados directamente al salario mínimo interprofesional, así como los importes de la base mínima superiores de forma que se incrementen en la misma proporción de dicha subida.

b) Inclusión de una nueva sección 7ª bis, en el capítulo I, con un artículo 23 bis, sobre la determinación del coeficiente aplicable para determinar la cotización en los supuestos de prestación especial de desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad, teniendo en cuenta lo dispuesto en la nueva disposición adicional quincuagésima primera de la Ley General de la Seguridad Social, introducida por la disposición final cuarta, apartado catorce, del Real Decreto-

ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

c) Por último, se modifica el artículo 44.1.a).2.º de la orden para concretar la referencia a la base de cotización de desempleo.

Además, la Disposición transitoria única establece la determinación del ingreso de las diferencias de cotización que se puedan producir como consecuencia de las modificaciones introducidas en esta Orden y de conformidad con las reglas previstas en la Disp. Transitoria 1ª de la Orden PCM 74/2023, de 30 de enero.

La Disposición Final 2ª establece que esta orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, con efectos desde el día 1 de enero de 2023, con la excepción del apartado cinco del artículo único de esta orden que entrará en vigor y surtirá efectos desde el 1 de julio de 2023 (Nueva sección 7ª bis, en el capítulo I, con un artículo 23 bis de la Orden de Cotización).

1.3. PENSIONES

— Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. BOE 17-3-2023

Esta norma se enmarca en el conjunto de reformas que integran el Componente 30 relativo a la sostenibilidad del sistema público de pensiones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

La norma es resultado del diálogo social -resultando de esta negociación un acuerdo con las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT, estando ausente del acuerdo la patronal por su oposición a la norma- y se inserta dentro del marco delimitado por las recomendaciones del Pacto de Toledo.

1º) Este último bloque de reformas tiene como objetivo fundamental un importante *refuerzo de la capacidad financiera del sistema* con el fin de establecer las bases que garanticen la sostenibilidad del sistema en los próximos treinta años.

Para ello se contemplan tres tipos de actuaciones:

- En primer lugar, el *incremento gradual de la base máxima* para homologar su nivel a los estándares europeos, al tiempo que se amplía la masa salarial sujeta a cotización.

Esta subida dentro de un sistema contributivo lleva aparejada una subida de la pensión máxima sujeta a un decalaje temporal que hace posible maximizar el refuerzo de ingresos en el momento en el que las tensiones para el sistema serán más fuertes por el aumento del número de pensionistas asociado al baby boom.

-Con el fin de preservar el componente redistributivo propio de un sistema público de pensiones de reparto, se establece una novedosa *cotización de solidaridad* que grava, también de forma gradual y moderada, la masa salarial que supera la base máxima de cotización.

- La tercera de las medidas es el denominado *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* (en adelante, MEI).

El diseño original recogido en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, se ajusta para despejar cualquier duda sobre la capacidad de esta cotización adicional como instrumento de estabilización financiera del sistema.

Se sustituye un mecanismo automático de recorte de la cuantía inicial de las pensiones, el factor de sostenibilidad, por un instrumento que responde a una lógica diametralmente distinta y que,

en lugar de conducir a pensiones más modestas, garantizan que el sistema que hoy conocemos vaya a mantenerse en las próximas décadas a través de la recuperación del Fondo de Reserva.

2º) Por otro lado, esta última parte de la reforma comprometida en el Componente 30 del PRTR se ocupa también de la *equidad y suficiencia de las pensiones*:

- Se aborda el problema al que se enfrentan quienes acceden a la pensión de jubilación con carreras de cotización irregulares marcadas por la inestabilidad y la precariedad laboral; mujeres con amplios periodos de lagunas de cotización vinculadas al cuidado de los hijos; y los que se vieron más golpeados por la crisis económica y financiera de la pasada década.

*Por una parte, se establece una *nueva configuración de esta regla, que toma al final del régimen transitorio un periodo de veintinueve años,* incorporando tres previsiones destacables:

— Primero, la *facultad de descartar las peores veinticuatro mensualidades de cotización.*

— Segundo, la *mejora de la regla de integración de lagunas*, vinculada a la consecución del objetivo de reducción de la brecha de género.

— Pero como garantía para quienes se jubilen a lo largo de las próximas dos décadas se prevé la *aplicación de la regla, hasta ahora vigente, de los últimos veinticinco años si la base reguladora de la pensión resultante es más beneficiosa* para la persona que accede a la pensión.

*En la misma línea de refuerzo de la equidad, y corrección de la situación de discriminación estructural que han sufrido históricamente las mujeres en el mercado de trabajo, se prevé un *incremento del complemento por brecha de género* que, articulado como acción positiva, mejora la regulación introducida en el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras medidas en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, para acelerar el proceso de convergencia de la cuantía de las pensiones mujeres respecto de los hombres.

*Se *refuerza y mejora la institución de las pensiones mínimas*, una medida con una relevante dimensión de género. En cumplimiento de la Recomendación 15 del Pacto de Toledo, *se fija de forma estructural un indicador objetivo de referencia* para marcar la evolución futura de las cuantías de las diversas modalidades con complemento de mínimos a fin de preservar el objetivo de suficiencia y de reducción de la pobreza.

Este real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva, que consta de un artículo único con cuarenta y cuatro apartados, seis disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

En el artículo único se procede a reformar y añadir distintos preceptos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

1. El artículo 19.3 se modifica para establecer que la *actualización anual del tope máximo de las bases de cotización de los distintos regímenes*, conforme a la correspondiente LPGE, se efectuará en un porcentaje igual al que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas prevista en el artículo 58.2.

Este artículo entrará en vigor el 1 de enero de 2024 de acuerdo con la disposición final décima y se complementa con la disposición transitoria trigésima octava.

2. Se introduce un artículo 19 bis, que, en el marco de lo dispuesto en el artículo 147.1 LGSS que prevé que la *cotización* tenga en cuenta la remuneración total que se perciba, establece una *cuota*

adicional de solidaridad que varía en función del exceso de los rendimientos del trabajo por cuenta ajena sobre la base máxima de cotización establecida en la LPGE del correspondiente año,

- se establecen a ese efecto tres tramos de rendimientos, a los que corresponde un tipo de cotización progresivo.

- Conforme a la disposición transitoria cuadragésima segunda, la cotización adicional de solidaridad se incrementará desde el año 2025 hasta alcanzar en 2045 el tipo definitivo.

3. Se introduce un nuevo artículo 50 bis mediante el que se regula con rango de ley la resolución provisional de *pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales* cuando se compruebe que el solicitante reúne todos los requisitos para acceder al derecho

computando únicamente las cotizaciones efectuadas en España; así como cuando las pensiones se reconozcan a *prorrata temporis* como consecuencia de períodos que otro Estado haya certificado con carácter provisional, evitando así al beneficiario demoras innecesarias en el acceso a la pensión.

4. La nueva redacción del artículo 57 determina que cuando la pensión inicial quede limitada por la cuantía máxima establecida para el año en que se cause, las sucesivas *revalorizaciones anuales* que correspondan de acuerdo con el artículo 58.2 se efectuarán, la primera sobre dicho importe y las posteriores sobre el importe revalorizado del año anterior, norma que igualmente se aplica a las pensiones concurrentes.

Este artículo entrará en vigor el 1 de enero de 2025 y se complementa con la disposición transitoria trigésima novena.

5. En el artículo 58 se modifica el apartado 2 y se añade un apartado 5.

-El primero de estos apartados recibe nueva redacción para garantizar que, en la modalidad contributiva, todas las pensiones del sistema y no solo la pensión mínima, como se decía en la redacción anterior, así como el complemento de brecha de género, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior.

-El apartado 4 determina legalmente la fórmula para revalorizar las pensiones reconocidas en virtud de normas internacionales de las que esté a cargo de la Seguridad Social española un tanto por ciento de su cuantía teórica.

Se deroga con efectos de 1 de enero de 2025 el apartado 4, toda vez que su contenido recibe nueva redacción en el artículo 57, que entra en vigor en esa misma fecha.

6. Se da nueva redacción al artículo 59 para establecer la forma en que debe calcularse el complemento por mínimos en el supuesto de pensiones reconocidas en virtud de normas internacionales.

7. En el artículo 60 se modifica el apartado 1 y se incluye un nuevo apartado 7:

-Esta modificación tiene como finalidad *adecuar la aplicación de la norma al objetivo de reconocimiento del complemento por brecha de género también a los hombres* siempre que cumplan determinadas condiciones, para lo cual es preciso eliminar del cómputo de períodos cotizados y bases de cotización anteriores o siguientes al nacimiento los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237 LGSS.

- Asimismo, se precisa cómo deben calcularse las pensiones de los respectivos progenitores para determinar cuál de ellas es más alta a efectos de acreditar los requisitos exigidos para obtener el complemento.

- La modificación del apartado 1. b) 3.ª de este artículo se acompaña de la disposición transitoria cuadragésima cuarta para que pueda beneficiar también a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de este real decreto-ley y desde la vigencia del complemento por brecha de género.

- Asimismo, la disposición transitoria primera de este real decreto-ley determina que el importe del complemento de brecha de género establecido en el artículo 60 LGSS tendrá un incremento, adicional a la revalorización anual, del 10 por ciento en el bienio 2024-2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado.

8. Se corrige parcialmente lo establecido en la letra k) del artículo 71.1 para determinar que *las entidades gestoras de fondos de pensiones, en su modalidad de sistema de empleo*, sean las que proporcionen a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, anualmente, antes de finalizar el mes de marzo y distribuida por cada uno de los meses a que corresponda, la información sobre las contribuciones empresariales a dichos instrumentos que sirva de contraste con la proporcionada por las propias empresas a efecto del control de las reducciones de cuotas.

9. Del artículo 77.1 se modifica la letra f) con el objetivo de adecuar el precepto a las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las *personas con discapacidad* en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha suprimido la incapacitación judicial, sustituyéndola por diversas medidas de apoyo a la capacidad jurídica, particularmente la curatela.

-Este mismo motivo justifica la modificación de los artículos 234 y 352.2.c) y especialmente de la disposición adicional vigésima quinta.

-Además, la disposición transitoria tercera de este real decreto-ley determina que para aquellos supuestos en los que la incapacidad judicial haya sido declarada mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 8/2021, de 23 de junio, se mantendrá la asimilación a la discapacidad en grado igual o superior al 65 por ciento prevista en la disposición adicional vigésima quinta LGSS en su anterior redacción.

10. La modificación de los artículos 82.4.b), 169.1.b), 170 y 174, así como de la disposición adicional primera.4 y la introducción de la disposición transitoria trigésima séptima en la LGSS dan nueva regulación a la *prestación de incapacidad temporal*:

-Determina la disposición transitoria cuarta de este real decreto-ley los términos en que debe aplicarse la vigencia transitoria de la normativa anterior.

-Entre otras reformas, se elimina la posibilidad de que las mutuas puedan dirigirse al INSS en caso de que el servicio público de salud haya desestimado la propuesta de alta.

-También se elimina la referencia al Instituto Social de la Marina en el párrafo cuarto del mismo artículo, en coherencia con la modificación que se propone respecto de la disposición adicional primera.4 LGSS

-Se sustituye la referencia a seis meses por 180 días, a fin de que la duración real del período de observación por enfermedad profesional pueda variar en función de los días que tengan los meses concretos en que se produzca.

-En relación con las competencias de control de los procesos de incapacidad temporal a partir del día 365, la entidad gestora ejerce la citada competencia a través de su inspección médica, sin intervención ya de los equipos de valoración de incapacidades u órganos equivalentes en Cataluña, pues la necesidad de asistencia sanitaria e impedimento para trabajar no implica para su comprobación una cualificación técnico-jurídica que haga necesaria la participación de profesionales distintos al facultativo médico.

En consecuencia, el inicio del expediente de incapacidad permanente se articula a través de la emisión de un alta médica con propuesta de incapacidad permanente.

-También se incluye en la reforma que el agotamiento del plazo de 365 días sin emisión de alta médica suponga el pase automático a la prórroga de incapacidad temporal, sin necesidad de declaración expresa, con lo que se simplifica y clarifica la gestión.

Si no hubiera prórroga, se mantiene como hasta el momento el procedimiento de disconformidad cuando el alta médica por curación, mejoría o incomparecencia al reconocimiento médico se emite al agotarse los 365 días.

- Asimismo, se determina el mantenimiento de la colaboración obligatoria en el pago de la prestación durante la prórroga de la incapacidad temporal hasta el alta médica del trabajador por curación, mejoría o incomparecencia, hasta el último día del mes en que el INSS emita el alta médica por propuesta de incapacidad permanente, o hasta el cumplimiento de los 545 días, finalizando en todo caso en esta fecha.

- Se recoge la obligación de las empresas colaboradoras voluntarias de pagar a su cargo la prestación de incapacidad temporal hasta la extinción del derecho al subsidio, incluida en su caso, la situación de prolongación de efectos económicos.

- Finalmente, se elimina la excepción relativa a los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, dado que el Instituto Social de la Marina carece de inspectores médicos.

11. La nueva regulación dada a los artículos 117, 118, 119, 120 y 121, así como al artículo 127 bis y a la disposición transitoria cuadragésima tercera LGSS tienen como finalidad modificar y desarrollar el *MEI* previsto en la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, disposición que por tanto se deroga mediante la disposición derogatoria única de este real decreto-ley.

-Dicho mecanismo consiste en una cotización finalista de 1,2 puntos porcentuales, que nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social en los términos establecidos en los artículos citados.

-Desde 2033, el Fondo podrá efectuar los desembolsos necesarios para cumplir el objetivo de compensación de contribuciones al sistema y prestaciones previstas, tal como se establecía para el derogado Factor de Sostenibilidad, regulado anteriormente en el artículo 211 LGSS.

-Se efectúan las modificaciones oportunas para que se puedan incorporar al Fondo de Reserva de la Seguridad Social las reservas procedentes de la cotización finalista establecida para el MEI.

-La nueva disposición transitoria cuadragésima tercera establece que la aplicación del MEI tendrá efectos desde el 1 de enero de 2023, nutriéndose por la cotización finalista que establece el artículo 127 bis hasta el año 2050.

12. En cuanto a la modificación de los artículos 190, 191.2 y 192 tiene como objetivo *mejorar la protección de los menores con cáncer y otras enfermedades graves*:

13. Se modifica el artículo 209, para *ampliar a 27 años el período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación*, si bien tomando como referencia los 29 años anteriores al del mes previo al del hecho causante, de los cuales se seleccionan de oficio las 324 bases de cotización de mayor importe de todo el período:

- para lo cual primero se integran las mensualidades en las que no haya existido la obligación de cotizar

- y, posteriormente, se actualizan las bases de cotización del período de acuerdo con la evolución que haya experimentado el Índice de Precios de Consumo, excepto las correspondientes

a los veinticuatro meses anteriores al del mes previo al del hecho causante, que se computan en su valor nominal.

-Esta nueva regulación se complementa con la disposición transitoria cuadragésima, que determina la aplicación gradual del nuevo período de cotización a incluir en la base reguladora

-También con la modificación de la disposición transitoria cuarta, apartado 7, ambas de LGSS, que prevé que se reconozca de oficio, respecto de quienes soliciten la pensión de jubilación desde 1 de enero de 2026 y antes de 1 de enero de 2041, que el cálculo de la base reguladora de la misma se efectúe aplicando, según resulte más favorable, la legislación vigente a 1 de enero de 2023 o la legislación posterior que resulte aplicable en función del año en que tenga lugar el hecho causante.

-Asimismo, establece un período transitorio específico entre los años 2041 y 2044 para incrementar el número de bases de cotización a incluir en el cálculo de la base reguladora según lo previsto en el artículo 209.1, en la redacción vigente a 1 de enero de 2023, a razón de seis meses por año, a efectos de determinar qué base reguladora es la más favorable para el trabajador.

14. Los apartados 2 y 3 del artículo 237 se modifican para ampliar a tres años el período considerado como cotizado a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, respecto de los períodos de excedencia por cuidado de familiares, así como los períodos de reducción de jornada que dan lugar a elevar al 100 por cien las cotizaciones computables.

15. Con la *modificación del artículo 247 se equipara el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados* para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, ya que se tienen en cuenta los períodos cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

- Esta modificación se complementa con la supresión del apartado 3 del artículo 248, que desaparece en su nueva redacción.

16. La *mejora de las condiciones de los trabajadores a tiempo parcial* es también la finalidad perseguida con la modificación del artículo 248:

-Se clarifica en el apartado 1 la situación de los trabajadores fijos discontinuos, que tienen el tratamiento de trabajadores a tiempo parcial a efectos del sistema de la Seguridad Social, para la determinación de la base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal.

-Además, la nueva redacción del apartado 2, relativo a la integración de períodos sin obligación de cotizar de estos trabajadores, elimina la previsión de que la base de cotización a tener en cuenta para cubrir dichos períodos deba ser, de entre las aplicables en cada momento, «la correspondiente al número de horas contratadas en último término», lo que incrementa la base reguladora.

17. El artículo 322 regula la *integración de períodos sin obligación de cotizar para los trabajadores autónomos*:

-que se extiende a los seis meses siguientes a cada situación de cese de actividad y se cubre con la base mínima de la tabla general del este Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

-Esta reforma se complementa con la modificación en la LGSS de la disposición adicional quincuagésima para incluir en los objetivos del Observatorio para el análisis y seguimiento de la prestación por cese de actividad por causas económicas, previsto en dicha disposición, el análisis de la integración de períodos sin obligación de cotizar de los trabajadores autónomos.

18. Se da nueva redacción a la disposición adicional primera.4, en relación con las reformas de la incapacidad temporal, y a la disposición adicional vigésima quinta.

19. La disposición adicional trigésima séptima se modifica para ampliar la previsión sobre acciones positivas dirigidas a reducir la brecha de género en el cálculo de las prestaciones en relación con las mujeres.

20. Se añade una disposición adicional quincuagésima segunda, que determina la inclusión, y los términos de ésta, en el sistema de la Seguridad Social de alumnos que realicen *prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación*, que incluyen las realizadas por alumnos universitarios y de formación profesional.

-Esta disposición conlleva la derogación de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que regulaba esta materia.

-La disposición transitoria segunda de este real decreto-ley establece una reducción adicional en la cotización establecida en la disposición adicional quincuagésima.

21. La nueva disposición adicional quincuagésima tercera *incrementa progresivamente desde 2024 la pensión mínima contributiva de jubilación cuyo titular sea mayor de 65 años y tenga cónyuge a cargo*:

-Con la finalidad de que en 2027 no pueda ser inferior al umbral de la pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos.

-Asimismo, se prevé la equiparación desde el año 2024 de las pensiones mínimas de viudedad con cargas familiares, pensiones con cónyuge a cargo, salvo incapacidad permanente total cuyos titulares sean menores de 60 años, a la cuantía de la referida pensión de jubilación.

-El resto de las pensiones mínimas se incrementará anualmente al igual que las anteriores, pero en un 50 por ciento.

-En cuanto a las pensiones no contributivas, una vez revalorizadas conforme dispone el artículo 62, se incrementaran adicionalmente cada año, en el mismo período y por el mismo procedimiento, pero con la referencia de multiplicar por 0,75 el umbral de la pobreza de un hogar unipersonal.

22. La nueva disposición transitoria trigésima octava regula el incremento anual de 1,2 puntos porcentuales de la base máxima de cotización desde el año 2024 hasta 2050.

23. La nueva disposición transitoria trigésima novena establece que la *cuantía máxima de la pensión inicial contributiva desde 2025* será la cuantía máxima fijada para las pensiones del sistema el año anterior, pero aplicándole el porcentaje previsto en el artículo 58.2 más un incremento adicional de 0,115 porcentuales acumulativos cada año hasta 2050, compensando así la mayor carga que supondrá para algunos trabajadores el incremento de la cotización.

Además, en esta misma disposición se determinan los incrementos adicionales aplicables desde 2051 hasta 2065 para el cálculo de la cuantía máxima de la pensión inicial en ese período.

24. La disposición transitoria cuadragésima primera establece un *sistema mejorado de integración de períodos sin obligación de cotizar* para el cálculo de las pensiones de jubilación de mujeres trabajadoras por cuenta ajena, así como para los hombres con determinadas condiciones, que se aplicará en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento.

25. Entre las *disposiciones del propio real decreto-ley*:

1) La disposición adicional primera da un mandato al Gobierno para que, previa negociación en el marco del diálogo social, presente ante el Pacto de Toledo una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial.

2) La disposición adicional segunda, prevé el impacto fiscal en la Ley 21/2021, de 28 diciembre; el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, y de las adoptadas en el presente real decreto-ley. Se establece un mecanismo por el que la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (en adelante, AIReF) informará al Gobierno sobre el impacto de las medidas adoptadas a fin de garantizar la sostenibilidad financiera.

3) La disposición adicional tercera da un mandato al Gobierno para que informe periódicamente a la Comisión Permanente del Pacto de Toledo y a las Organizaciones empresariales y sindicales más representativas del resultado de las proyecciones de gasto de pensiones públicas del informe de envejecimiento que elabora la Comisión Europea.

4) La disposición adicional cuarta, establece un *procedimiento especial para el ingreso de diferencias en la cotización de los empleadores encuadrados en el Sistema Especial para Empleados de Hogar,* respecto de las diferencias correspondientes a más de un periodo de liquidación y que sean superiores a 100 euros, que se hayan constatado con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, las cuales serán liquidadas sin recargo alguno a través del sistema de domiciliación en cuenta.

5) La disposición final primera *modifica el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado*, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a fin de adecuar el contenido de su disposición adicional decimoctava, a la que añade un nuevo apartado 7, a la nueva redacción del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

6) La disposición final segunda modifica la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, a fin de extender, en una nueva disposición adicional quinta, al *Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar el Mecanismo de Equidad Intergeneracional y la cotización especial de solidaridad* regulados en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

7) La disposición final tercera *modifica el artículo 37.6 ET*, a fin de ampliar los supuestos en que puede reducirse la jornada de trabajo para el cuidado de hijo, o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción durante la hospitalización y tratamiento continuado por estar afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y sea necesario su cuidado directo, continuo y permanente.

8) La disposición final cuarta, a su vez, *modifica de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, extendiendo a los empleados públicos los mismos beneficios.

9) La disposición final sexta modifica la disposición transitoria tercera del Real Decreto ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los *trabajadores por cuenta propia o autónomos* y se mejora la protección por cese de actividad, con la finalidad de establecer como referencia para la aplicación de los beneficios regulados en los preceptos a los que se refiere dicha disposición la base mínima de cotización establecida a 31 de diciembre de 2022, es decir, 960,60 euros, de forma que si durante la vigencia de estos beneficios se modificara de base de cotización continuarán aplicándose en los términos establecidos normativamente pero adaptándose las cuantías al supuesto de hecho que corresponda. Asimismo, se solventan otros problemas que ha planteado la aplicación transitoria de las normas afectadas.

10) La disposición final séptima introduce una disposición transitoria quinta en el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la *protección social de las personas artistas,* a fin de que la compatibilidad entre la pensión de jubilación con la actividad de creación artística por la que se perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual de las personas siga rigiéndose por la normativa anterior a la

entrada en vigor del citado real decreto-ley, y se precisan las consecuencias del cese de la actividad artística de este colectivo en el caso de iniciar posteriormente una actividad de este tipo.

— Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento. BOE 17-5-2023

Con este real decreto se da cumplimiento a la recomendación 18 (de las 21 recomendaciones en defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones) que se establece en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado por la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en su sesión del día 27 de octubre de 2020.

La norma proviene de la disposición adicional cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, sobre mejora del marco regulador del acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad, que insta al Gobierno, en el plazo indicado en la citada disposición adicional, a impulsar una reforma del marco regulador establecido tanto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de las personas trabajadoras que acreditan un grado importante de minusvalía, como en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

Además, se indica en la Exposición de Motivos que con esta norma se quieren resolver las dificultades de aplicación que se pusieron de manifiesto desde que comenzó a aplicarse el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por cuanto es muy difícil acreditar quince años de cotización estando afecto de una discapacidad del 45 por ciento cuando esta deriva de alguna de las patologías listadas en el artículo 2 del citado real decreto.

Con este real decreto se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

1- Modifica el título para adecuarlo a la vigente LGSS, eliminando la referencia al artículo 161 bis de la LGSS, que corresponde al ya derogado texto refundido de la LGSS de 1994.

2- Se modifica el artículo 1 para reducir a cinco años el período de tiempo durante el cual debe acreditarse haber cotizado estando afecto de una discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento debido a alguna de las patologías relacionadas en el nuevo anexo, si bien teniendo que acreditar también que la patología se ha padecido durante el período de quince años exigidos para alcanzar la pensión de jubilación.

3- También se modifica el artículo 2, al que se da nueva redacción, suprimiendo la relación de patologías determinantes de la reducción de la edad de jubilación, a fin de ubicarlas en el nuevo anexo, al que se podrán ir incorporando nuevas patologías y al cual se remite la nueva redacción del artículo.

4- Asimismo, se modifica el artículo 5:

A)- por una parte, con la finalidad de establecer que la persona trabajadora acredite, mediante informe médico, que ha estado afectada por alguna de las patologías relacionadas en el citado anexo, así como la fecha de inicio o manifestación de la misma,

-sin perjuicio de seguir exigiendo que la acreditación de que la discapacidad deriva de dicha patología y de que el grado ha sido igual o superior al 45 por ciento durante al menos cinco años deba efectuarse necesariamente mediante certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o del

órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquel, la cual deberá indicar, en todo caso, la fecha en que se ha iniciado o se ha manifestado la discapacidad.

B)- por otra parte, para acoger la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia 729/2017, de 27 de septiembre de 2017, se establece en el citado artículo la forma en que debe tenerse en cuenta la concurrencia en la persona trabajadora de patologías generadoras de discapacidad distintas de las recogidas en el anexo a efectos de anticipar su edad de jubilación.

5- También se incluye una nueva disposición final cuarta para autorizar la aprobación, mediante orden de la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de un procedimiento para la inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad, la cual fija algunas pautas, tales como el establecimiento de una comisión técnica, que será la encargada de proponer la incorporación de nuevas patologías en el anexo para garantizar la objetividad del procedimiento.

6- Por último, se incluye un anexo al que se incorporan las patologías generadoras de discapacidad que relacionaba el artículo 2 en su anterior redacción, al que se irán incorporando las nuevas patologías que, en su caso, se aprueben.

— Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. BOE 17-5-2023

El objeto de este real decreto es:

-Desarrollar el régimen jurídico establecido en el artículo 210.2 LGSS en los supuestos de acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar el artículo 205.1.a) LGSS.

-Se desarrolla la previsión contenida en el artículo 210.2, penúltimo párrafo, respecto a la incompatibilidad de la percepción del complemento con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214.

-Se establece la determinación de la cuantía a tanto alzado del complemento de demora del artículo 210.2.b) en aquellos casos en los que la cuantía de la pensión reconocida superase el límite establecido en el artículo 57 aplicable en la fecha del hecho causante.

-Se regulan otras cuestiones relativas al régimen del complemento económico que han de precisarse reglamentariamente, como la determinación de su importe en los supuestos en que la pensión de jubilación que determina el derecho al mismo se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de normativa internacional.

1) El artículo 2 regula las modalidades de abono del complemento económico:

-De acuerdo con lo previsto en el artículo 210.2 LGSS, las personas que accedan a la pensión de jubilación a una edad superior a la edad ordinaria de jubilación aplicable, siempre que al cumplir esta edad hubieran reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b) LGSS, tendrán derecho a un complemento económico por cada año completo cotizado que transcurra desde el cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a esta pensión, que se abonará, a su elección, de alguna de las siguientes maneras:

a) Un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada año completo cotizado entre la fecha en que se cumplió la edad ordinaria de jubilación aplicable y la del hecho causante de la pensión, en los términos del artículo 210.2.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

b) Una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que se cumplió la edad ordinaria de jubilación aplicable y la del hecho causante de la pensión, en los términos del artículo 210.2.b) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En aquellos casos en los que la cuantía de la pensión reconocida superase el límite establecido en el artículo 57 LGSS aplicable en la fecha del hecho causante, para el cálculo de la cantidad a tanto alzado, se tomará como pensión inicial anual la cuantía de la pensión máxima vigente en ese momento.

Cuando concurran más de una pensión de jubilación sobre la que proceda aplicar el complemento a que se refiere este artículo y la suma de todas ellas supere el límite al que se refiere el párrafo anterior, la cuantía a tanto alzado que corresponda a cada una de ellas se calculará tomando como pensión inicial anual el importe anual de la pensión ya minorada en aplicación de las normas de concurrencia de pensiones.

c) Opción mixta, que consiste en una combinación de las opciones anteriores en los términos que se indican en el artículo siguiente.

-Cualquiera que sea la modalidad elegida, para el cómputo del período cotizado a considerar, no se tendrán en cuenta los periodos de permanencia en situaciones asimiladas a la de alta que no conlleven trabajo efectivo.

2) En el artículo 3 se establecen las reglas de determinación de la opción mixta de abono del complemento económico.

Las personas interesadas podrán optar por esta modalidad de pago del complemento cuando acrediten, al menos, dos años completos cotizados entre la fecha en que cumplieron la edad ordinaria de jubilación aplicable y la del hecho causante de la pensión de jubilación, siempre que al cumplir esa edad se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b) LGSS. En este caso, el complemento se fijará del siguiente modo:

1. Para el cómputo del período cotizado a considerar, se tomarán años completos, sin que se equipare a un año la fracción del mismo.

2. Cuando entre la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación aplicable y la del hecho causante de la pensión de jubilación se acredite un periodo de dos a diez años completos cotizados, el complemento consistirá en la suma de:

a) Un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada año de la mitad de ese período, tomando el número entero inferior. Se aplicarán a este porcentaje las previsiones establecidas en el artículo 210.2.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

b) Una cantidad a tanto alzado por el resto del periodo considerado, determinada de acuerdo con lo indicado en el artículo 210.2 b) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 2.1.b) de este real decreto.

3. Cuando entre la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación aplicable y la del hecho causante de la pensión se acredite un periodo de once o más años completos cotizados, el complemento consistirá en la suma de:

a) Una cantidad a tanto alzado por cinco años de ese período, determinada de acuerdo con lo indicado en el artículo 210.2 b) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad social y en el artículo 2.1.b) de este real decreto.

b) Un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada uno de los años restantes, al que se aplicarán las previsiones establecidas en el artículo 210.2.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

3) El artículo 4 se refiere a la determinación del complemento en el supuesto de aplicación de normas internacionales, cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis. En estos casos, el importe real del complemento será el siguiente:

a)- Si se ha optado por el porcentaje adicional previsto en el artículo 2.1.a) de este real decreto, dicho porcentaje se sumará al que con carácter general corresponda a la persona interesada de acuerdo con el artículo 210.1 LGSS, aplicándose la suma resultante a la base reguladora a efectos de determinar la pensión teórica, que no podrá ser superior en ningún caso al límite establecido en el artículo 57 LGSS. Al resultado obtenido se le aplicará la prorrata temporis que corresponda por la totalización de períodos de seguro.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión teórica alcance el límite establecido en el artículo 57 LGSS sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo solo parcialmente, la persona interesada tendrá derecho a percibir la cuantía resultante de aplicar a la cantidad a que se refiere el tercer párrafo del artículo 210.2.a) LGSS la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

b)- En caso de haberse optado por la cantidad a tanto alzado a que se refiere el artículo 2.1.b), el importe del complemento a tanto alzado será el resultado de aplicar a dicha cantidad la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

c)- Si se ha optado por una combinación de porcentaje y cantidad a tanto alzado en el sentido del artículo 2.1.c), el importe real del complemento será el resultado de aplicar respectivamente a cada uno de ellos las reglas previstas en los apartados anteriores.

4) Respecto al ejercicio de la opción, el artículo 5 establece que:

1-La elección por la modalidad de pago del complemento económico se efectuará en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación. De no ejercitarse esta facultad en la solicitud de la pensión de jubilación, se aplicará el complemento económico en la modalidad a que se refiere el artículo 2.1.a).

2-Una vez elegida la modalidad a la que se refiere el apartado anterior, no podrá ser modificada con posterioridad.

5) Finalmente, el artículo 6 regula la incompatibilidad del complemento económico prevista en el artículo 210.2 LGSS con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214 LGSS, estableciendo las siguientes reglas:

a) Cuando se hubiese optado por percibir el complemento bajo la modalidad de porcentaje adicional a que se refiere el artículo 2.1.a) de este real decreto, su percibo quedará suspendido durante el tiempo en que se aplique el régimen de compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación previsto en el artículo 214 LGSS.

b) Cuando se hubiese optado por percibir el complemento bajo la modalidad de cantidad a tanto alzado, a que se refiere el artículo 2.1.b), o bajo la fórmula prevista en el artículo 2.1.c), ambos de este real decreto, no será posible aplicar el régimen de compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación previsto en el artículo 214 LGSS.

No obstante, lo establecido en este artículo únicamente será de aplicación a las pensiones de jubilación reconocidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 210.2 LGSS cuyo hecho causante sea posterior a 31 de diciembre de 2021.

— Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se determinan los medios de acreditación de la vivencia de las personas perceptoras de pensiones a cargo de la Seguridad Social española, en su modalidad contributiva, residentes en el extranjero. BOE 27-3-2023

En relación con las pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, abonadas en el extranjero, el control del derecho a las prestaciones económicas (atribuido al INSS y al ISM) incluye la exigencia de que las personas titulares de dichas pensiones residentes fuera del territorio español acrediten periódicamente su vivencia, lo que han de efectuar anualmente dentro del primer trimestre natural.

Puesto que se disponen ya de los correspondientes programas y aplicaciones telemáticas que permiten a las personas perceptoras de una pensión, residentes fuera de territorio español, la realización del trámite para la acreditación de su vivencia mediante la utilización de esta nueva tecnología con resultados eficaces y de mayor simplicidad y proximidad, por medio de esta resolución se viene a ampliar los cauces disponibles para la acreditación de la referida vivencia, incorporando estos nuevos avances tecnológicos.

Se procede además a dejar sin efecto la Resolución de 4 de marzo de 2014, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, con lo que se garantiza el principio de seguridad jurídica.

Así, conforme a esta resolución, las personas perceptoras de una pensión del sistema de la Seguridad Social española, en su modalidad contributiva, residentes en el extranjero podrán acreditar la vivencia a efectos de continuar percibiendo la pensión que tuvieran reconocida, a su elección, por cualquiera de los medios siguientes:

a) Certificado de vida expedido por el Encargado del Registro Civil Consular.

b) Certificación de comparecencia expedido por la Consejería o Sección de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ante la que se hubiera personado. Dicha personación podrá efectuarse presencialmente, por videoconferencia o vídeo-identificación en la que muestre su documento identificativo oficial y facilite la información o los datos de contraste que le sean solicitados a efectos de su identificación.

c) Mediante la firma electrónica efectuada con un certificado electrónico de un solo uso y un sello de tiempo generados a partir de la identificación de la persona interesada efectuada con sistemas de reconocimiento facial biométrico, mediante la comparación de los datos biométricos de la persona interesada capturados en tiempo real con sus datos biométricos previamente capturados y validados, cuando la entidad gestora competente tenga habilitado este sistema para los diferentes tipos de personas perceptoras de una pensión de que se trate.

d) También podrá acreditarse por cualesquiera otras medidas electrónicas que se establezcan por las normas que se dicten en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 129.4 LGSS.

1.4. INCAPACIDAD

— Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE 1-3-2023

La ley consta de un artículo único, de modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo de una disposición adicional y de una parte final compuesta por diecisiete disposiciones finales.

Dentro de las disposiciones finales se introducen medidas de carácter laboral y de seguridad social:

-La disposición final tercera *modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, para reconocer como *situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes* aquellas bajas laborales en caso de menstruación incapacitante secundaria, así como la situación posterior a la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y el embarazo desde el día primero de la semana trigésima novena.

-La disposición final cuarta modifica el texto refundido de la *Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, para introducir, en coherencia con las modificaciones operadas en el Régimen General de Seguridad Social, las situaciones especiales de incapacidad temporal por menstruaciones incapacitantes secundarias, por interrupción, voluntaria o no, del embarazo, y por embarazo desde el día primero de la semana trigésima novena.

-Las disposiciones finales quinta y sexta modifican, respectivamente, el texto refundido de la *Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, y el texto refundido de la *Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, para proceder a idéntico cambio.

-Las disposiciones finales séptima a novena modifican respectivamente el *Reglamento General del Mutualismo Administrativo*, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo; el *Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre; y el *Reglamento del Mutualismo Judicial*, aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio.

-Las disposiciones finales décima y undécima modifican, respectivamente, el *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural* y la *Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero*.

-La disposición final decimotercera modifica el *Estatuto de los Trabajadores modifica la* letra d) del apartado 1 del artículo 45 Estatuto de los Trabajadores.

- La disposición final decimocuarta modifica el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, respecto al apartado tres del artículo 4, que modifica el artículo 177 LGSS (situaciones protegidas a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor).

1.5. DISCAPACIDAD

— Orden ISM/450/2023, de 4 de mayo, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no incapacitantes. BOE 6-5-2023

Las cuantías de las indemnizaciones por baremo de las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no incapacitantes, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, reguladas en el artículo 201 de la Ley General de la Seguridad Social, quedan fijadas en los importes que se determinan en el Anexo de esta Orden.

Asimismo, se deroga la Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

La orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, con aplicación de las nuevas cuantías contenidas en el anexo a los hechos causantes que se produzcan a partir de la indicada fecha, el 7 de mayo de 2023.

— Resolución de 17 de mayo de 2023, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad, relativo a las circunstancias especiales que pueden dar lugar a la valoración del grado de discapacidad por medios no presenciales o telemáticos. BOE 30-5-2023

De conformidad con lo establecido en el artículo 8.3 del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad elaborará y revisará la relación de circunstancias especiales que puedan dar lugar a que el equipo multiprofesional de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad realice la valoración por medios no presenciales o telemáticos cuando las especiales circunstancias de las personas interesadas así lo aconsejen, quedando garantizada en todo caso la accesibilidad universal y considerando los factores contextuales y ambientales en el entorno habitual de residencia de la persona conforme al anexo VI del citado real decreto.

Así, la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad aprobó, en su reunión ordinaria de 27 de febrero de 2023, el Acuerdo relativo a las circunstancias especiales que pueden dar lugar a la valoración del grado de discapacidad por medios no presenciales o telemáticos, que se publica como anexo a esta resolución, en cuyo apartado Segundo se fijan dichas circunstancias.

1.6. PROTECCIÓN SOCIAL

-Comunidad Autónoma del País Vasco: Asistencia social. Ley 3/2023, de 20 de abril, de modificación de la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la Inclusión. BOE 23-5-2023

1.7. SANIDAD

— Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios. BOE 22-3-2023

En el ámbito europeo, se ha considerado necesario establecer un nuevo marco normativo sólido, transparente, previsible y sostenible para los productos sanitarios, que garantice el más alto nivel de seguridad y de protección de la salud de pacientes y usuarios y, asimismo, impulse la innovación y los intereses de las pequeñas y medianas empresas que desarrollan sus actividades en este sector. Para ello se estableció el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitario. Si bien este Reglamento resulta de directa aplicación en los países de la Unión Europea, se hace preciso regular a nivel nacional los aspectos que la norma europea deja a la regulación de cada Estado miembro.

Con esa finalidad se aprueba este real decreto, que concretas cuestiones tales como la determinación de la autoridad competente a efectos del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, las garantías sanitarias de los productos; la fijación del régimen lingüístico, la regulación de los procedimientos para la fabricación de productos para su uso en el propio centro sanitario y para el reprocesamiento de productos de un solo uso y su utilización.

Con este Real Decreto quedará derogada la normativa anterior, es decir, el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, y el Real Decreto 1616/2009, de 26 octubre, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos, con las excepciones recogidas en las disposiciones transitorias y en la disposición derogatoria de esta norma.

Así este real decreto tiene por objeto regular los productos sanitarios de uso humano y sus accesorios, los productos sin finalidad médica, y en particular:

a) La autoridad competente y las garantías sanitarias.

b) Los procedimientos para el otorgamiento de las licencias previas de funcionamiento de instalaciones.

c) Los requisitos y las actuaciones de los organismos notificados.

d) El reprocesamiento de productos sanitarios de un solo uso.

e) La comercialización y puesta en servicio en España.

f) El comercio en el mercado de la Unión Europea y en el mercado exterior.

g) Las investigaciones clínicas.

h) El sistema de vigilancia.

i) La inspección y control del mercado y medidas de protección de la salud.

1.8. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

— Resolución de 8 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones, por la que se habilitan trámites y actuaciones a través de los canales telefónico y telemático mediante determinados sistemas de identificación y expresión de la voluntad y se regulan aspectos relativos a la presentación y firma de solicitudes mediante formularios electrónicos a través de ambos canales. BOE 16-3-2023

Esta Resolución obedece a la necesidad de seguir profundizando en la digitalización de la Administración de la Seguridad Social, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, así como el propósito de facilitar a estos la realización de distintos trámites y actuaciones. El rápido avance de los medios tecnológicos disponibles, permiten ir concretando y desarrollando determinados supuestos de utilización de los nuevos sistemas de identificación de los interesados y de expresión de su voluntad, posibilitando cada día la realización de un mayor número de trámites y actuaciones a través de los canales telefónico y telemático.

Está resolución se dicta en cumplimiento de lo previsto en el artículo 129.4 LGSS. Por razones de seguridad jurídica esta nueva resolución incorpora los aspectos de la resolución de 25 de mayo de 2021 que mantienen su vigencia, procediendo a su derogación.

Asimismo, en virtud de lo previsto en la disposición final primera de la Orden TIN/1459/2010, de 28 de mayo, se adapta la relación y características de los canales de acceso a los servicios que se habiliten de acuerdo con esta resolución.

La Resolución procede a la habilitación de trámites y actuaciones a través de los canales telefónico y telemático; se establecen los sistemas de identificación; se regulan los procedimientos de identificación, la presentación de solicitudes mediante formularios electrónicos y la presentación de solicitudes mediante servicios prestados por el canal telefónico; se determina la acreditación del cumplimiento de requisitos en determinados procedimientos administrativos, los procedimientos y trámites accesibles y los canales de acceso a los servicios.

— Seguridad informática. Organización. Orden TES/369/2023, de 10 de abril, por la que se aprueba la Política de Seguridad de la Información y de los Servicios en el ámbito de la administración digital del Ministerio de Trabajo y Economía Social y se crea el Comité de Seguridad de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Departamento BOE 15-4-2023

El objeto de esta orden ministerial es la aprobación de la Política de Seguridad de la Información y de los Servicios, en el ámbito de la Administración Digital del Ministerio de Trabajo y Economía Social, así como la creación del Comité de Seguridad de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Trabajo y Economía Social y la regulación de su composición, funcionamiento y funciones.

Se deroga la Orden TIN/3016/2011, de 28 de octubre, por la que se crea el Comité de Seguridad de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en lo que afecta a las competencias del Ministerio de Trabajo y Economía Social, y la Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 30 de julio de 2012, por la que se aprueba la Política de Seguridad de los Sistemas de Información del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

— Orden ISM/435/2023, de 24 de abril, por la que se modifica la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 5 de octubre de 1983, por la que se fijan las estructuras orgánicas de las Direcciones Provinciales de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. BOOE 29-4-2023

— Resolución de 18 de abril de 2023, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se extiende el ámbito competencial de las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social con respecto a determinados procedimientos y actuaciones, y sus impugnaciones, relativos al encuadramiento de empresas y trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, a la inscripción de empresas, a la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores, y a la cotización y recaudación de empresas y trabajadores. BOE 28-4-2023

Se reordena el ámbito competencial atribuido a las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre los siguientes procedimientos y actuaciones se extiende a todo el territorio nacional respecto a los sujetos responsables vinculados a cada autorizado para actuar en el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), regulado por la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, y con independencia de la provincia que corresponda al código de cuenta de cotización de las empresas, a la sede de la actividad económica o profesional de los trabajadores por cuenta propia o autónomos o al domicilio del sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar:

a) Tramitación y resolución de los procedimientos de encuadramiento en la Seguridad Social, de inscripción de empresas y de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores, en los términos y condiciones establecidos en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

b) Gestión liquidatoria y recaudatoria de los recursos del sistema de la Seguridad Social y de los conceptos de recaudación conjunta, tanto en periodo voluntario como en periodo ejecutivo, hasta la adquisición de firmeza en vía administrativa de la providencia de apremio, en los términos y condiciones establecidos en el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, y

en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, así como en sus normas de desarrollo.

c) Tramitación y resolución de los expedientes de devolución de ingresos indebidos realizados en período voluntario, con el alcance y condiciones establecidos en los artículos 44 y 45 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social y en los artículos 43 y siguientes de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de dicho reglamento general.

d) Tramitación y resolución de los expedientes de exenciones y moratorias en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación

conjunta que resulten aplicables con motivo de la declaración de una zona como afectada gravemente por una emergencia de protección civil o en otras circunstancias declaradas legalmente, con el alcance y condiciones establecidos en las normas dictadas como consecuencia del respectivo siniestro y en las normas generales de recaudación de la Seguridad Social.

e) Gestión de las autorizaciones para actuar a través del Sistema RED, en los términos y condiciones establecidos en los artículos 5 y siguientes de la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social.

1.9. NORMAS LABORALES

— Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOE 1-3-2023

El objetivo de esta ley es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad.

Esta ley define las políticas públicas que garantizarán los derechos de las personas LGTBI y remueve los obstáculos que les impiden ejercer plenamente su ciudadanía.

Esta norma repercute de forma relevante en la regulación de las relaciones laborales:

-En el ámbito del *Empleo Público*, los arts. 11 y 12 de la ley establecen la obligación de las Administraciones públicas de garantizar los derechos reconocidos en esta ley para el conjunto del personal a su servicio, e *implantar medidas para la promoción y defensa de la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI en el acceso al empleo público y carrera profesional, y garantizar formación inicial y continuada al personal a su servicio sobre diversidad* sexual, género, igualdad y no discriminación de las personas LGTBI. Además, *incluirán en los programas de las pruebas selectivas de acceso al empleo público formación y conocimientos sobre igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI.*

-En el ámbito laboral destacan las siguientes medidas:

1) Medidas sobre Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral y en las políticas de empleo (art. 14): Se recogen un conjunto de medidas de promoción y garantía de la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación de las personas LGTBI entre las que se incluyen:

-*Fomentar la implantación progresiva de indicadores de igualdad* que tengan en cuenta la realidad de las personas LGTBI en el sector público y el sector privado.

-*Impulsar, a través de los agentes sociales, así como mediante la negociación colectiva, la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad* sexual y género y

de prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI, *así como de procedimientos para dar cauce a las denuncias*.

-*Velar por el cumplimiento efectivo de estos derechos* a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos competentes.

-Impulsar la *elaboración de códigos éticos y protocolos en las Administraciones públicas y en las empresas* que contemplen medidas de protección frente a toda discriminación por razón de las causas previstas en esta ley.

2) Medidas sobre Igualdad y no discriminación LGTBI en las empresas (art. 15):

-Las *empresas de más de 50 trabajadores deberán contar, en el plazo de 12 meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un "protocolo de actuación" para la atención del acoso o la violencia* contra las personas LGTBI. Para ello, *las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras.* El contenido y alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente.

3) Sección 2.ª Medidas en el ámbito laboral para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans:

-Conforme al artículo 54 (Fomento del empleo de las personas trans), el Ministerio de Trabajo y Economía Social diseñará *medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo*.

-El artículo 55 (Integración sociolaboral de las personas trans) prevé que las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para impulsar la integración sociolaboral de las personas trans y que e*n la elaboración de planes de igualdad y no discriminación se incluirá expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans.*

-La disposición final tercera *modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (el apartado 1 del artículo 11), incorporándose la cláusula de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual*, expresión de género y características sexuales.

-La disposición final sexta *modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, procediendo a sancionar conductas discriminatorias y el acoso por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, así como la solicitud, en el marco de procesos de selección, de datos personales al respecto.

-Con el mismo fin, la disposición final novena *modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo* [letra a) del apartado 3 del artículo 4].

-La disposición final duodécima *modifica la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social,* ampliando la legitimación en los procesos para la defensa de los derechos LGTBI: Se introduce para ello un nuevo apartado 5 en el artículo 17 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, reenumerándose como apartado 6 el actual apartado 5.

-La disposición final decimocuarta *modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, para introducir la cláusula de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual y características sexuales. Asimismo, se especifica que el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes. En relación a ello se modifican el art. 4, el art. 11, el art. 14, el art. 37, el art. 40, el art. 45, el art. 48, el art. 49, el art. 53, el art. 55.

Se modifica también el apartado 1 del *artículo 17 ET*, estableciendo entre otras cosas que *serán nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*. Además, *el incumplimiento de la obligación de tomar medidas de protección frente a la discriminación y la violencia dirigida a las personas LGTBI* a que se refiere el artículo 62.3 de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI *dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras* en los términos del artículo 62.2 de la misma norma.

-La disposición final decimosexta opera una modificación equivalente sobre el texto refundido de la *Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (modificando los arts. 14, 48, 49, 53, 82, 89 y 95).

-La disposición final decimoséptima *modifica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, para prohibir contratar con la Administración pública a las entidades que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

— V ACUERDO PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (V AENC). Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. BOE 31-5-2023.

- El V AENC, firmado el 10 de mayo 2023, tiene *vigencia para tres años (2023-2025), y mantiene la naturaleza jurídica y estructura de anteriores AENC.* Su naturaleza jurídica es así obligacional, recoge compromisos y acuerdos que deberán desarrollarse en los procesos negociadores de miles de ámbitos diversos, de sector y de empresa. Por tanto, sus previsiones son meras directrices u orientaciones, no cláusulas normativas de imperativo cumplimiento por los sujetos que negocien los convenios colectivos.

- El V AENC recoge, además de los criterios para la determinación de los incrementos salariales en los años 2023 a 2025, con el objetivo de recuperar los salarios, así como determinadas recomendaciones sobre la estructura salarial, otras muchas materias relevantes. Los interlocutores sociales consideran por ello que este Acuerdo es probablemente el más completo y ambicioso de los cinco pactos de esta naturaleza aprobados hasta la fecha.

1- En materia salarial, el V AENC incluye una *previsión de incrementos salariales para los próximos tres años de al menos el 10%.*

-Los salarios negociados en los próximos años deberían incrementarse de acuerdo con las siguientes directrices: el 4% en 2023, el 3% en 2024 y otro 3% en 2025, con posibilidad de añadir un 1% adicional, como máximo, cada año si la inflación supera estos incrementos, con efectos desde el año siguiente.

-*No se ha incluido una cláusula de revisión salarial que garantice íntegramente el poder adquisitivo de los salarios caso de que la inflación supere tales parámetros*.

-Tampoco se han establecido indicaciones sobre incrementos salariales para el año 2022 con efectos retroactivos, que se dejan a criterio de los sujetos negociadores (la renuncia a pactar incrementos salariales para el 2022 con efectos retroactivos parece haber sido condición imprescindible para alcanzar el acuerdo).

-Se hace una llamada a los convenios para que atiendan a las circunstancias específicas de cada ámbito a la hora de fijar las condiciones salariales: Las partes negociadoras deberán tener en cuenta

las circunstancias específicas de su ámbito para fijar las condiciones salariales, de tal manera que la aplicación de las directrices salariales establecidas podrán adaptarse en cada sector o empresa, con situaciones muy desiguales de crecimiento, resultados o incidencia del incremento del SMI, teniendo como objetivo el mantenimiento y la creación de empleo.

2- El V AENC incluye en su *capítulo II orientaciones para el impulso de la negociación colectiva*, a fin de preservar la vigencia de los convenios, reducir al máximo los bloqueos en la negociación, potenciar la constitución y funciones de las comisiones paritarias, así como el papel de los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales. Se fomenta, además, la *apertura de nuevas unidades de negociación y la ampliación de las existentes*, con el objetivo de llevar la negociación colectiva a las nuevas formas de negocio y actividades que carecen aún de regulación convencional.

3- Destaca la especial atención que el V AENC dedica al *empleo y la contratación (capítulo III):* el objetivo es contribuir desde los convenios colectivos a fomentar la estabilidad en el empleo y el uso adecuado de las modalidades contractuales, desarrollando las llamadas que el ET hace a la negociación colectiva, especialmente tras la Reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

De esta forma, se *insta a que los convenios colectivos asuman y desarrollen las abundantes remisiones a la negociación colectiva que el Estatuto de los Trabajadores contempla* en relación con diversos aspectos del período de prueba, los contratos de duración determinada, el contrato para trabajos fijos-discontinuos, el contrato a tiempo parcial, y la contratación de jóvenes y de personas en transición en el empleo (promoviendo los contratos formativos y la formación dual como vía de inserción y recualificación).

4- Respecto a la *jubilación parcial*, los agentes sociales consideran que esta modalidad de jubilación y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de las plantillas. A tal efecto, el *capítulo IV* del AENC dispone que los convenios colectivos impulsarán los mecanismos necesarios para la puesta en marcha de la jubilación parcial con contrato de relevo en cada uno de los sectores y empresas, en función de sus circunstancias y características propias; asimismo, los convenios potenciarán fórmulas de jubilación gradual y flexible para facilitar el tránsito desde la vida activa al retiro laboral.

Asimismo, las confederaciones signatarias del acuerdo instan al Gobierno a abrir la mesa de diálogo social para dar cumplimiento a lo previsto en la DA 1ª del RDL 2/2023, de 16 de marzo, sobre establecimiento de un nuevo marco regulatorio de la jubilación parcial dada la importancia de la jubilación parcial y el contrato de relevo como elementos esenciales para el traslado de conocimiento, rejuvenecimiento de las plantillas, mejora de la productividad de las empresas y creación de empleo en condiciones de estabilidad, pero también en relación con el coste de esta modalidad de pensión en el sistema de Seguridad Social.

5- Los criterios y las medidas contenidas en el *capítulo V sobre formación y cualificación profesional* buscan contribuir, por medio de la negociación colectiva, a "potenciar la formación a lo largo de la vida laboral como elemento estratégico para la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras y de la competitividad de las empresas".

6-El V AENC también contiene en su *capítulo VI:*

-orientaciones sobre modernización de las *estructuras salariales*,

-fomento de los *planes de pensiones de empleo*: se apuesta por la incorporación en los convenios de los Planes de Pensiones de Empleo como medida de ahorro a largo plazo y de complemento de las pensiones públicas.

-una propuesta dirigida al Gobierno para que las *empresas contratistas* puedan repercutir en el precio de los contratos públicos los incrementos de costes laborales que se produzcan durante su vigencia y no se hubieran podido prever en el momento de la licitación.

-se recogen medidas concretas y buenas prácticas para hacer efectivo el *derecho a la desconexión digital;*

7- En el *capítulo VII,* las organizaciones firmantes expresan su preocupación por los indicadores de *incapacidad temporal derivada de contingencias comunes*, exhortando a la negociación colectiva a establecer procedimientos de análisis y seguimiento de las bajas laborales que contribuyan a reducir el número y la duración de dichos procesos. Una pretensión que finalmente ha sido aceptada por los sindicatos es la posibilidad de atribuir a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social la supervisión de las incapacidades temporales por enfermedad común, a cuyo efecto se insta a las administraciones con competencias en la materia a desarrollar convenios con dichas entidades con el propósito de "mejorar los tiempos de espera, la atención sanitaria de las personas trabajadoras y la recuperación de su salud, así como a reducir la lista de espera en el sistema público".

8- El acuerdo aborda otras cuestiones para facilitar, a través de su desarrollo mediante la negociación colectiva, la conformación en las empresas de un ecosistema de relaciones laborales moderno al tiempo que más democrático, garantista, saludable e inclusivo: adaptación de las condiciones generales de *seguridad y salud en el trabajo* a las características de cada sector o de la organización empresarial y sus plantillas (*capítulo VIII);*

9-En el Acuerdo se *fomentan los instrumentos de flexibilidad interna* (clasificación profesional y movilidad funcional, ordenación del tiempo de trabajo, inaplicación de las condiciones laborales fijadas en los convenios, ERTEs y Mecanismo RED) como "una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras" (*capítulo IX);*

En este ámbito se recomienda a los convenios *potenciar y agilizar la movilidad funcional y extender las fórmulas de polivalencia funcional,* menos presentes en la práctica convencional de lo que podría considerarse razonable. También, como instrumento de flexibilidad, se incluyen *recomendaciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo*. Aunque no hay referencia alguna a la jornada laboral de cuatro días, una de las cuestiones sin duda más actuales en esta materia, el Acuerdo recomienda promover la *distribución irregular de la jornada, flexibilizar los horarios y racionalizar los horarios,* siempre respetando el equilibrio entre las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras.

10-Otras materias que se abordan en el Acuerdo son las siguientes:

-*implementación de los llamamientos realizados desde la ley a la negociación colectiva en materia de teletrabajo* (capítulo X);

-derecho a la *desconexión digital* (capítulo XI);

-*igualdad* entre mujeres y hombres (capítulo XII);

-*inclusión laboral de personas con discapacidad* (capítulo XIII);

-promoción de plantillas heterogéneas, favoreciendo la integración y no discriminación de las personas LGTBI (capítulo XIV);

-prevención de las violencias sexual y de género en los centros de trabajo, garantizando los derechos de las víctimas (capítulo XV);

-transición tecnológica, digital y ecológica (capítulo XVI). En relación con este último tema, merece ser destacada, por su novedad e importancia, la regulación que el acuerdo dedica a las obligaciones empresariales con relación al uso de *los algoritmos y la inteligencia artificial* en las relaciones laborales.

— Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. DOUE núm. 132, de 17 de mayo de 2023. DOUE-L-2023-80668

Esta Directiva establece requisitos mínimos para reforzar la aplicación del principio de igual salario por igual trabajo o trabajo de igual valor entre hombres y mujeres («principio de igualdad de retribución») consagrado en el artículo 157 del TFUE, y la prohibición de la discriminación establecida en el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, en particular a través de la transparencia salarial y mecanismos reforzados para su cumplimiento. Como se indica en su título, es una norma de "medidas" de transparencia retributiva y de "mecanismos" para su cumplimiento.

Muchos de los aspectos que se establecen en esta Directiva ya están incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico laboral a través del RD 902/2020, incluso a veces mejorándola. Pero, no obstante, su transposición requerirá algunos ajustes o reformas en nuestro ordenamiento, como ocurre respecto al plazo de prescripción judicial español de un año que tendrá que revisarse en la ley laboral y procesal para cumplir el plazo mínimo de tres años establecido en el art. 21 de la Directiva.

La Directiva se aplica a los empleadores de los sectores público y privado y se aplica a todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral según se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, y habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

-Respecto a las medidas de transparencia retributiva que se establecen en la Directiva, hay que destacar la aplicación de la Directiva también a los solicitantes de empleo, para garantizar la transparencia retributiva previa al empleo.

-Se garantiza la "transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva" (proceso por el que un trabajador pasa a un nivel retributivo superior), pero los Estados miembros podrán eximir a los empleadores con una plantilla de menos de 50 trabajadores de la obligación relacionada con la progresión retributiva.

-Se reconoce el derecho a la información a los trabajadores: tendrán derecho a solicitar y a recibir información por escrito sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo. Podrán solicitar y recibir dicha información a través de sus representantes o a través de un organismo de fomento de la igualdad.

-Cuando las diferencias retributivas de género no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, los empleadores deberán corregir la situación en un plazo razonable en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad.

-Se establece la obligación de una "Evaluación retributiva conjunta" cuando la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores; cuando el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género; y cuando el empleador no haya

subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones.

-La nueva Directiva también incluye disposiciones sobre la indemnización a las víctimas de discriminación salarial (derecho de reclamar y obtener una indemnización o reparación íntegra, según determine el Estado miembro, por el perjuicio sufrido), y sobre las sanciones, incluidas multas, a los empleadores que infrinjan las normas.

-La Directiva sobre transparencia retributiva entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la UE. Los Estados miembros dispondrán de hasta tres años para «transponer» la Directiva adaptando su legislación nacional para tener en cuenta las nuevas normas: El plazo máximo para su transposición es el 7 de junio de 2026.

No obstante, la obligación de informar se aplica inicialmente a las empresas con 150 o más trabajadores (las empresas con 250 o más trabajadores deberán facilitar información correspondiente al año anterior a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada año y las empresas que tengan entre 150 y 249 trabajadores deberán informar a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada tres años).

Los empleadores con una plantilla comprendida entre 100 y 149 trabajadores facilitarán la información establecida en el apartado 1 correspondiente al anterior año natural a más tardar el 7 de junio de 2031 y posteriormente cada tres años.

Esta obligación de informar no se aplica a las empresas con una plantilla inferior a 100 trabajadores, que, no obstante, podrán facilitarla con carácter voluntario, o bien con carácter obligatorio cuando así lo exija el Derecho nacional. Recuérdese que la norma española establece la obligación de transparencia para todas las empresas y no solo para las de más de 100 personas trabajadoras.

— Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.- Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. BOE 28-4-2023

El 14 de marzo de 2023 el Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

La Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 ordena las actuaciones que se llevarán a cabo por los diferentes agentes relevantes en la prevención de riesgos laborales hasta 2027. A fin de conseguir el mayor impacto posible en la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo y en la reducción de la siniestralidad, la Estrategia pone el foco en aquellos aspectos que pueden contribuir más favorablemente a este objetivo. En concreto:

- Se actuará sobre las actividades de mayor peligrosidad y sobre los riesgos que producen daño en la salud de las personas trabajadoras.

- Se promoverá un mayor nivel de protección de los colectivos más vulnerables evitando cualquier tipo de violencia o discriminación, y

- Se integrará la perspectiva de género en la gestión de la prevención y se apoyará a las pequeñas empresas en la aplicación de la normativa.

Las líneas de actuación de la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo se han alineado con otras estrategias y planes nacionales en materias fundamentales, tales como: la salud mental, la igualdad de hombres y mujeres, el cáncer laboral, la seguridad vial y el cambio climático, entre otras, así como con los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Asimismo, la Estrategia se complementará y

desarrollará por los programas estratégicos de cada Comunidad Autónoma, acordados en el marco del diálogo social de sus territorios.

El objetivo final es lograr entornos de trabajo seguros y saludables, que contribuyan positivamente a la salud de las personas trabajadoras, y al progreso de las empresas y la sociedad. La Estrategia ordena en seis Objetivos estratégicos las prioridades que deben abordarse para alcanzar esta meta. Todos ellos están interrelacionados y precisan la colaboración de todos los agentes, cada uno desde el ámbito de sus competencias y responsabilidades. El Acuerdo desarrolla cada una de las líneas de actuación que se incluyen a su vez en cada uno de los Objetivos propuestos.

— Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. BOE 9-5-2023.

A través de esta ley se lleva a cabo la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de seis directivas de la Unión Europea.

En lo que afecta más directamente al ámbito laboral, mediante esta ley se transpone de forma parcial la *Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación*, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo, cuyo artículo 31 establece como fecha límite para la transposición el 18 de noviembre de 2023.

Para ello, el Título II de esta ley introduce las correspondientes modificaciones en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; en concreto, en los artículos 22, 61, 62, 71, 73, 74 y 76, añadiendo un nuevo artículo 71 bis y una nueva disposición adicional vigésima.

En su nueva redacción, la citada ley establece la complementariedad del régimen nacional de autorización de entrada y residencia de profesionales altamente cualificados respecto al régimen de Tarjeta azul-UE, introduce los requisitos documentales y las garantías procedimentales y de movilidad requeridos por la Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009. Asimismo, y por cuestiones de sistemática normativa, se incluye la modificación de la letra a) del artículo 22.1 de la mencionada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que amplía los trámites que podrán realizarse por vía telemática a través del Punto de Atención al Emprendedor.

Se excepcionan de la transposición que se lleva a cabo en esta norma los artículos 3.2.d), 17.7, 18 y 19 de la directiva, relativos a la introducción de excepciones a la aplicación del estatuto de residente de larga duración y a la expedición de autorizaciones de residencia autónomas a los miembros de la familia de los titulares de la Tarjeta azul-UE, que se prevén transponer en un futuro real decreto de modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Entre las novedades de la Directiva (UE) 2021/1883, de 20 de octubre de 2021, se encuentra el establecimiento de criterios de admisión más inclusivos para los titulares de la Tarjeta azul-UE, la facilitación de la movilidad y la reagrupación familiar dentro de la Unión Europea, procedimientos simplificados para empleadores reconocidos, la concesión de un nivel más elevado de acceso al mercado laboral y la ampliación del ámbito de aplicación a los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la Unión Europea y a los beneficiarios de protección internacional.

De forma adicional, el título II de esta ley introduce mejoras en el régimen nacional de autorización de entrada y residencia de profesionales altamente cualificados regulados en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, complementario al régimen de la Unión Europea, y destinado a atraer profesionales y especialistas no incluidos en el ámbito subjetivo de la Directiva (UE) 2021/1883, de

20 de octubre de 2021. Entre los principales avances en el marco nacional se encuentran la ampliación del marco subjetivo a titulados de formación profesional de grado superior, la eliminación de requisitos de tamaño y facturación de los empleadores, ampliando su alcance a pequeñas y medianas empresas, y la ampliación de la vigencia de todas las autorizaciones de residencia reguladas en la ley a tres años renovables por dos más.

Además, en la Disposición adicional duodécima se regulan los *Planes de igualdad de las cooperativas de trabajo asociado y otras cooperativas con socios y socias de trabajo*.

Y en la Disposición final undécima se *modifica el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar*, en relación con la aplicación de los beneficios por la contratación de cuidadores en familias numerosas.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

A) Accidente de trabajo

— STSJ de Madrid-SOC núm. 89/2023, de 3 de febrero (Recurso de suplicación núm. 812/2022). Ponente: JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA.

Fallecimiento de teletrabajador por infarto de miocardio sufrido en su domicilio. No se aplica la presunción de laboralidad (lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo) del artículo 156.3 de la LGSS. El trabajador no había conectado todavía el ordenador para iniciar la jornada, ni había registrado su inicio en el sistema de registro horario. Además, el trabajador sufrió el infarto en el baño de su domicilio, no en la zona de trabajo.

— STS 278/2023, de 18/04/2023, nº de Recurso 3119/2020. Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Accidente de trabajo: inexistente. La trabajadora se hallaba, enviada por su empresa, a una ciudad distinta de la que habitualmente constituye el lugar de prestación de servicios. La caída mientras toma una ducha en el hotel contratado por la empresa a efectos logísticos podría considerarse acaecida con "ocasionalidad relevante" si hubiera mediado alguna circunstancia fáctica que así lo indicara.

Lo cierto es que no se ha aportado al procedimiento dato alguno que pudiera desencadenar la aplicación de nuestra referida doctrina. No hay indicación alguna sobre anomalía en las instalaciones hoteleras (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.). Tampoco aparecen datos fácticos relacionados con la misión de la trabajadora que pudieran indicar que estaba afectada por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escaso tiempo disponible para el descanso, etc.) que pudiera explicar su apresuramiento en las operaciones de aseo, o cualquier otro aspecto psicofísico (relacionado con la misión) que influyera en la caída.

Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concurra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, sin que los hechos probados o el debate casacional hayan puesto de relieve circunstancia alguna en tal sentido.

B) Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

— STS núm. 278/2023, de 18 de abril de 2023

Calificación de las lesiones. Incapacidad temporal. Desplazamiento laboral. No es accidente laboral el producido por caída mientras la persona trabajadora se toma una ducha en el hotel de

alojamiento al que se acude con ocasión de un desplazamiento "en misión" para asistir a un evento relacionado con la actividad profesional. Inaplicabilidad de la doctrina sobre "ocasionalidad relevante" por ausencia de una conexión especial entre el desplazamiento laboral y el accidente.

— STS 98/2023 02-02-2023 Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

La actora con discapacidad del 36% solicitó el 1/02/16 revisión del grado, no conforme con el incremento en vía administrativa (52%) impugnó judicialmente, el JS declaró discapacidad del 71%, la STSJ de 11/12/17 confirmó el grado de instancia. El 20/12/17 se ejecutó la sentencia; nuevamente el 28/06/17 solicitó PNC de invalidez, reconocida por la Consejería con efectos de 1/07/17 y validez hasta 1/06/18, solicitó que la fecha de efectos fuera la de presentación de la anterior solicitud de 1/02/16, se desestimó en vía administrativa y estimó judicialmente la retroacción a 1/03/16, confirmada por el TSJ.

Recurre la Consejería en CUD, la Sala IV remite al contenido de los arts. 15.2 RD 357/91 y 365 LGSS, señaló que no se cuestiona la fecha de efectos del reconocimiento de la discapacidad sino de la PNC, los efectos de la PNC no es la fecha de revisión de la discapacidad, aunque se fijase judicialmente por separado. El precepto es claro: se producen al mes siguiente de la solicitud. Aunque no se pueda presentar la solicitud de pensión hasta que no reúna el grado de discapacidad, de ello no se infiere que deba retrotraer los efectos de la pensión a un momento anterior al fijado en la norma. Aunque debe tener resolución administrativa firme de discapacidad, no se vincula. En el caso no se esperó a obtenerse sentencia firme del grado de discapacidad siendo la solicitud fue anterior a la Sentencia de instancia. La posible litispendencia se solventaría con acumulación de autos

— STS 193/2023 15-03-2023 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Se plantea la forma de cálculo del complemento de la prestación por gran invalidez regulada en el art. 139.4 LGSS. En concreto, si es procedente realizar la operación de multiplicar por 14 y dividir por 12 a la cifra resultante de la aplicación de los porcentajes que prevé el art. 196.4 LGSS en el cálculo del complemento de la gran invalidez derivada de accidente de trabajo. Se reitera que el precepto hace referencia a los porcentajes del 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y al 30% de la última base de cotización del trabajador, sin ningún otro añadido ni consideración, debiendo aplicarse la norma en su literalidad.

Además, el legislador ha introducido, expresamente, el elemento anual al referirse a la base mínima de cotización para el cálculo de la pensión mínima de IP total, por lo que cabe entender, que si para el cálculo del complemento para la gran invalidez no lo ha utilizado, cuando es la misma norma y precepto, es que para dos supuestos diferentes ha establecido también dos regulaciones distintas.

En conclusión, la manera correcta de calcular el importe del complemento de la pensión de gran invalidez consiste en sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador por la contingencia de la que derive la incapacidad permanente, sin que deba realizarse posteriormente la operación adicional de multiplicar por 12 y dividir por 14 ese resultado.

— STS 215/2023 22-03-2023 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Se cuestiona si el incremento del 20% de la incapacidad permanente total cualificada por razón de edad debe retrotraer su reconocimiento a los tres meses anteriores a la solicitud o al momento en el que el demandante cumplió 55 años, en un supuesto en el que en el momento de dictarse la sentencia que reconoció la incapacidad ya se había cumplido dicha edad.

El actor presentó demanda en reclamación de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total, siendo reconocido por sentencia de suplicación en situación de incapacidad

permanente total, reconociendo el INSS en ejecución de sentencia al actor una pensión del 55% de su base reguladora. Recurre el actor en casación unificadora denunciando infracción de los artículos 196.2 LGSS y 6 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, además de jurisprudencia de la Sala que dicta en materia de enjuiciamiento flexible de los supuestos que están regulados por dicha normativa. La cuestión controvertida está resuelta desde antiguo por las SSTS de 12 de marzo de 2007 (RCUD 4885/2005); de 9 de octubre de 2008 (RCUD 4609/2007) y de 25 de junio de 2009 (RCUD 2805/2008), a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica, y porque se trata de una consolidada jurisprudencia que no resulta conveniente modificar, porque no existen razones para ello; y porque la Sala considera la misma plenamente vigente y adecuada a la redacción actual del precepto denunciado como infringido y no resulta de aplicación la doctrina invocada.

— STS-SOC (Pleno) núm. 199/2023, de 16 de marzo (RCUD núm. 3980/2019). Ponente: MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES.

Gran invalidez. Trabajador de la ONCE que antes de su afiliación a la Seguridad Social tenía una agudeza visual de 0,1 y años después empeora. No procede el reconocimiento de la gran invalidez al estar acreditado que, aunque mantuviera un nivel de ceguera inferior al 0,1 de AV en ambos ojos, podía atender los actos más esenciales de la vida. Rectifica doctrina del criterio objetivo por el de individualización diferenciada.

C) Cuidado de hijos, riesgo durante el embarazo y lactancia

— STS 169/2023, de 02-03-2023 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

La cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

La sentencia apuntada, del Pleno y con Voto Particular, resuelve que no procede el reconocimiento de una nueva prestación distinta a la ya reconocida y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor, argumentando que en aplicación de la normativa vigente, que cumple las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución y de acuerdos y tratados internacionales, es al legislador a quien corresponde determinar el alcance y contenido de la protección que debe dispensarse a este tipo de familias.

D) Jubilación

— STS 148/2023, de 08-02-2023 Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

La Sala se pronuncia conforme a los precedentes. En concreto, se ajusta a la doctrina de la STS de 5 de abril de 2022 (RC 850/2021) que resolvía un supuesto similar del colectivo de bomberos, donde se consideró que se trataba de una jubilación ordinaria del colectivo, que tiene adelantada su edad de jubilación ordinaria por una norma específica, y no se trataba simplemente de una anticipación voluntaria de la jubilación general prevista legalmente, en los términos que se regula en el artículo 67 del EBEP y en el artículo 208 del TRLGSS.

La singularidad del caso radica en que los miembros de este colectivo se jubilan a los 59-60 años, según el tiempo de cotización, y pasan a percibir íntegramente la pensión de jubilación, sin la tradicional merma que tienen, con carácter general, el resto de los funcionarios públicos. Así se regula en el R. D. 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor, en ese caso, de los bomberos.

El criterio se aplica por la sentencia en su fundamento derecho quinto con referencia a precedentes resueltos ya para los policías locales, STS de 16 de marzo de 2022 (RC 4444/2020), donde se indicó que las gratificaciones por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, sin que exista la misma en los acuerdos locales cuestionados.

— STS 129/2023, de 10-02-2023 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Reintegro de prestaciones indebidas. Prestación de jubilación parcial que se percibe después de la extinción del contrato a tiempo parcial, tras lo cual no se solicita la jubilación ordinaria. Posterior comunicación de la entidad gestora informando al beneficiario de la necesidad de solicitar la jubilación ordinaria, a pesar de lo cual se siguió abonando durante seis meses, momento en que se extinguió cuando ya se había solicitado la prestación por jubilación ordinaria.

Prestación percibida incorrectamente, que no indebidamente, que determina el reintegro parcial correspondiente al período en el que se solaparon ambas prestaciones. Voto Particular.

— STS 159/2023 22-02-2023 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Se cuestiona si el actor tiene derecho a la pensión de jubilación anticipada para trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%. El grado de discapacidad reconocido fue posteriormente calificado como igual o superior al 45% en resolución posterior. El INSS le denegó la prestación de jubilación anticipada porque en la fecha del hecho causante acreditaba haber trabajado con un grado de discapacidad del 45% producida como consecuencia de una de las enfermedades reglamentarias determinadas, durante 527 días, en lugar de los 5475 días exigidos legalmente para poder acceder a una jubilación anticipada por esta causa.

La sentencia considera que se ha de aplicar un nuevo baremo para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, que responde a una mera actualización conforme a la vigente normativa. Se trata de dilucidar si la nueva valoración del grado de discapacidad inicialmente reconocido supone una verdadera revisión por agravación de las dolencias o se trata simplemente de una mera actualización consecuencia de la aplicación del nuevo baremo a unas lesiones que se mantienen inalterables desde la infancia. En el caso de autos la consideración de las secuelas que afectan al actor han merecido diferente calificación, en función, exclusivamente, de las previsiones legales vigente en cada uno de los momentos en los que han sido valoradas. La sentencia recurrida contiene la buena doctrina, lo que obliga a desestimar el recurso y confirmar la sentencia combatida

— STS 135/2023 15-02-2023 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

El INSS reconoció con efectos de 21/12/19 a la madre la jubilación anticipada involuntaria y complemento de maternidad del art. 60 LGSS en porcentaje del 5% por sus 2 hijos, solicitó que se incrementase al 15% por un parto triple de 6 meses de gestación, falleciendo los hijos 1 y 7 horas después de nacer.

El JS estimó, reputando como nacidos a los hijos, la fecha de la legislación civil a tener en cuenta era la del HC de la jubilación y el TSJ confirmó. En cud recurre el INSS cuestionó si en el concepto de hijos nacidos a que se refiere el art. 60 LGSS a efectos del complemento deben computarse los fallecidos después de nacer, cuestionando si la legislación civil aplicable es la redacción del art. 30 CC anterior (vigente al momento del parto) o la posterior a la reforma del Código Civil de 2011 (redacción vigente a la fecha del HC de la jubilación).

La Sala IV examina la contradicción y resuelve que no existe porque en la referencial el feto fue alumbrado muerto y nunca nació. Los distintos hechos justifican una distinta doctrina. La discusión

también es divergente en la recurrida es si la legislación civil aplicable para adquirir personalidad jurídica de los hijos nacidos vivos es la del momento del parto o la del HC de la jubilación, en la de contraste se refiere al supuesto en que el hijo nace fallecido independientemente de cuál sea la fecha del parto y lo suscitado es ajeno al art. 30 CC. No hay doctrina contradictoria, en la referencial también el hijo ha de nacer vivo

— STS 167/2023 27-02-2023 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Se reconoció a la madre pensión de jubilación y complemento de maternidad del 10%, solicitó incremento al 15% por nacimiento de 4 hijos uno de ellos refiere alumbramiento de feto muerto, el INSS lo denegó.

El JS desestimó, el TSJ revocó: sí debe computarse porque la gestación fue hasta los 9 meses debiendo compensar la discriminación por ser trabajadora y madre de más de 1 hijo, debe entenderse por nacimiento todo desprendimiento del seno materno trascurridos 180 días de gestación.

El INSS recurre en CUD por infracción de arts. 60 LGSS, 29 y 30 CC, la Sala IV consideró irrelevante el debate de la aplicación de la legislación civil (relativo a la de la fecha del parto o la del HC de la jubilación) al nacer el hijo muerto. Apreció contradicción, y recordó la finalidad del art. 60 LGSS: la aportación demográfica. En aplicación del art. 3.1 CC no consideró razonable extender el derecho al hijo nacido muerto, según el art. 60.1 LGSS se tienen en cuenta los hijos nacidos con anterioridad al HC. No extensible al feto alumbrado muerto, no adquiere la condición legal de hijo nacido, ni habría dedicación y cuidado; la nueva regulación del RD-L 3/21 refiere a hijos que hubieran nacido con vida, se trata de interpretación auténtica. Distingue de otras prestaciones que sí contempla al feto si permanece 180 días seno materno. La STJUE apreció discriminación al varón, no cabe perspectiva de género. Voto particular no se tuvo en cuenta la perspectiva de género y desventajas por la maternidad

— STS-SOC núm. 236/2022, de 29 de marzo (RCUD núm. 2322/2020). Ponente: Antonio V. Sempere Navarro.

SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A. Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. Jubilación parcial. Cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el "derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente", sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo) no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible, siendo necesario el acuerdo entre las partes de contrato de trabajo.

E) Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

— STS 60/2023 24-01-2023 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Las prestaciones se rigen por las normas vigentes en el momento del hecho causante, por lo que no es posible revocar una resolución en origen ajustada a derecho porque los requisitos de acceso a la prestación hayan cambiado cuando la sala de suplicación examina la impugnación, aplicando una previsión normativa que entró en vigor tiempo después del hecho causante a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la norma.

La Disposición Transitoria 18.2 del TRLGSS de 1994, introducida por la Ley 27/2011, no es aplicable a los hechos causantes producidos con anterioridad al 01/01/2013, de forma que, aunque la previsión legal existiera en el momento de producirse el hecho causante, como sucede en el caso enjuiciado, lo cierto es que no entró en vigor hasta la citada fecha.

En consecuencia, las pensiones de viudedad derivadas de fallecimiento producido durante la vacatio legis de la Ley 27/2011 no quedan sujetas a sus previsiones intertemporales respecto de personas carentes del derecho a percibir pensión compensatoria. Adicionalmente, las reglas contempladas en el apartado 2 de la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS/1994 (13ª de la LGSS/2015) solo se aplican a casos en que el matrimonio duró más de diez años y desde su crisis (separación o divorcio) hasta la muerte no han transcurrido más de diez años, siendo innecesario cumplir con los requisitos de hijos comunes o edad al morir el causante. Reitera doctrina incluida en SSTS nº 119/2017 y 957/2022.

F) Desempleo

— STS-SOC núm. 770/2022, de 27/09/2022, Nº de Recurso: 1808/2019. Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Para obtener el subsidio por desempleo para mayores de 52 años el tope cuantitativo de ingresos legalmente establecido está referido en exclusiva al beneficiario solicitante y no al número de miembros que integran la unidad familiar.

Se plantea en el recurso la interpretación que ha de darse al art. 215.1.1 y 3 de la LGSS de 1994 -actual 275.1.2 y 3-, a los efectos del reconocimiento del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, para determinar si el beneficiario del mismo carece o no de rentas propias de cualquier naturaleza que superen el 75% del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y, en su caso, de qué forma habrían de ser consideradas las cargas familiares, si deben o no incluirse en el divisor de la totalidad de los miembros de la unidad familiar.

Declara el TS que es válida la movilidad geográfica de los trabajadores contratados para prestar servicios en centros itinerantes.

Revoca la Sala la sentencia que declaró injustificada la movilidad geográfica adoptada por la empresa demandada, ahora recurrente, y calificó la situación como traslado de centro de trabajo de los demandantes a una localidad que, por su distancia y tiempo que se precisaba para llegar a él, obligaba a cambiar de residencia.

Son hechos declarados probados que los demandantes prestan servicios como mecánicos para la demandada en el ámbito de la construcción y conservación de vías de comunicación en centros itinerantes. Durante su relación laboral han estado atendiendo obras en el extranjero y en el territorio nacional fuera del actual centro de trabajo, lo que es acorde con el contrato que las partes suscribieron en el que se hacía referencia a que el centro de trabajo era itinerante. Además, nunca han trabajado en la nueva ubicación, por lo que la empresa no procedió a ningún traslado de los demandantes.

— STS 233/2023, de 29-03-2023 Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

El TS casa y anula las sentencias de suplicación e instancia que desestimaron la demanda de la beneficiaria a la que se extinguió el subsidio para mayores de 52 años tras adquirir 359,08 € en metálico y el 50% de un inmueble, por valor de 60.000 euros, lo que no comunicó al SPEE al tiempo de la escritura de partición y adjudicación de herencia, sino tras la enajenación del bien inmueble, una vez que ya había sido sancionada.

La Sala de suplicación aplicó doctrina de SSTS de 5.10.12, R. 270/12 y 10.4.19, R. 1378/17 conforme a la que el hecho de no comunicar al SPEE la adquisición constituye infracción a la LISOS sancionable con la extinción del derecho, con independencia del valor del bien y de si genera o no ingresos, debiendo estarse al valor patrimonial de lo heredado.

La Sala Cuarta considera en la sentencia analizada, que no ha de computarse el valor patrimonial, sino el de los rendimientos que genera, bien reales, bien presuntos (aplicando al 100 por ciento de su valor el interés legal del dinero), y que si tal rendimiento, por su escasa cuantía inferior al

75% del SMI, no determina la suspensión o extinción del derecho, la falta de comunicación es inocua a efectos sancionadores, reiterando con ello doctrina contenida en SSTS de 28 de septiembre de 2012 (RCUD. 3321/2011); 21 de octubre 2020 (RCUD. 2489/2018, del Pleno); 10 de febrero de 2022 (Rec. 4838/2018); 19 de abril de 2022 (Rec. 602/2019); 1 de junio de 2022 (Rec. 1624/2019); y 2 de febrero de 2023 (Rec. 301/2020).

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

PROTECCIÓN SOCIAL

Álvarez Cuesta, H.: *Protección social frente a la pobreza*, Bomarzo, 2023, 270 págs.

Arufe Varela, A., Martínez Girón, J.: *Fundamentos de derecho comparado del trabajo y de la Seguridad Social*, Atelier, 2023, 336 págs.

Arrieta Carrillo, T.; Blázquez Agudo, E. M.: *Edad y pensión de jubilación. Una oportunidad para hacer sostenible el sistema de la Seguridad Social,* Aranzadi, 2023.

Collado García, L., TArancón Pérez, E., Romero Ródenas, M.J: *Manual de Prestaciones contributiva del Régimen General de la Seguridad Social* (edición actualizada mayo 2023), Bomarzo, 2023, 412 págs.

Crespí Ferrio, Mª. M: *Incapacidad Temporal, y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*. Ed. Cinca, 2023.

Losada Moreno, N.: *La incapacidad permanente ante la nueva realidad socio-laboral*, Laborum, 2023, págs. 236

Miñarro Yanini, M.; Molina Navarrete, C.: *Una reinvención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo, 2023, 223 págs.

Poquet Catalá, R.: *Derecho de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Laborum, 2023.

Rodríguez Bravo De Laguna, J.J.: *El reto de la sostenibilidad económica y social del sistema de la Seguridad Social medidas al amparo de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*, Aranzadi 2023

Romero Ródenas, M.J: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social (7ª edición revisada mayo 2023)*, 20233, 248 págs.

Vicente Andrés, R.: *Accidentes de trabajo, Aspectos procesales.* Ed. Bosch, 2023

VV.AA.: *Memento Práctico Seguridad Social 2023*, Francis Lefebvre, 2023, 1982 págs.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Boltaina Bosch, X: *Las elecciones sindicales de los funcionarios públicos*, Bomarzo, 2023, pág. 224

VVAA: *Medidas de igualdad por razón de género en la negociación colectiva.* XXXIV Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, MTES, 2023, 124 págs.

CONTRATO DE TRABAJO

Aguilera Izquierdo, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023, 190 págs.

Arias Domínguez, A.: La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos, BOE, 2023, 236 págs.

Arufe Varela, A., Martínez Girón, J.*: Fundamentos de derecho comparado del trabajo y de la Seguridad Social*, Atelier, 2023, 336 págs.

Cano Marco, F.: *Manual práctico de derecho laboral concursal "Adaptado a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal."*, La ley, 2023, págs. 512.

Castro Franco, A.M.: *La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo*, Eolas Ediciones, 2023, 94 págs.

García Sedano, T.: *Acoso moral y acoso sexual en el trabajo*, Ed. Reus, Madrid 2023, 158 págs.

Lahera Forteza, J., Sempere Navarro, A.V., Vicente Palacio, A.: *Los contratos de trabajo fijos discontinuos e indefinidos a tiempo parcial*, Aranzadi, 2023,

López Ahumada, J.E*: Tiempo de trabajo y economía digital*, Cinca, 2023

Moreno Romero, F.: *La calificación del trabajador subordinado o autónomo como delimitador del régimen protector*, Comares, 2023, 276 págs

Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir): *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, 2023, 194 págs.

Pérez Guerrero, Mª. L.: *El futuro de los indefinidos no fijos*, Aranzadi, 2023.

Preciado Doménech, C.H: *El despido en la Carta Social Europeoa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bomarzo, 2023

Sempere Navarro, A.V. (Dir.), García-Perrote Escartín, I., López Balaguer, M.: *Contratas de obras y servicios. Contratación a través de ETT*, Aranzadi, 2023, 190 págs.

Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Abeleira Colao, M., Rueda Monroy, J.A: *Contratos de trabajo por circunstancias de la producción y de sustitución*, Aranzadi, 2023,

Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Blasco Jover, C; Cavas Martínez: *Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, ERTES y Mecanismo Red*. Aranzadi, 2023

Sempere Navarro, A.V. (Dir.) Cabeza Pereiro, J, Viqueira Pérez, C: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, 2023, 280 pags.

REFORMA LABORAL

Thibault Aranda, J./Jurado Segovia, A.: *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, La Ley, 2023, 499 págs.

EMPLEO

Gómez Salado, M.A., Ruíz Santamaría, J.L. (Dirs.): *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica. Una aproximación jurídico-social*, Editorial Comares, 2023, 370 págs.

Montoya Medina, D.: *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad*, Tirant lo Blanch, 2023, 360 págs

EMPLEO PÚBLICO

Esteban Miguel, A: *Régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas: "entre el derecho del trabajo y el derecho administrativo",* Ed. Cinca, 2023, págs. 238.

Fuentes I Gaso, J. R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones Públicas*, Ed. Tirant lo blanch, 2023, 328 págs.

DERECHO SANCIONADOR

Candamio Boutureira, J.J.: *Sanciones e infracciones laborales de la empresa. Paso a paso. Guía práctica de las infracciones en las que puede incurrir una empresa y del procedimiento sancionador en el orden social*, Colex, 2ª ed., 2023, 254 págs.

Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A.y Vila Tierno (Dirs), Ortega Lozano y Martín Rivera,L. (Coords): *Derecho administrativo y sancionador sociolaboral. Teoría y Práctica*. Laborum, 2023, 810 págs.

OBRAS GENERALES Y OTRAS

Antón Hurtado, F.; Guerrero Muñoz, J.; Martínez Guirao, J.: *Los cuidados en el siglo XXI: un reto para la humanidad*, Aranzadi, 2023, 240 págs.

Beltrán De Heredia Ruiz, I.: *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente*, Aranzadi, 2023.

García Murcia, J., Rodríguez Cardo, I.A. y Álvarez Alonso, D. (Dirs.): *The impact of the Supreme Courts on the development of labour law in Europe*. KRK, 2023, 414 págs.

Ginès I Fabrellas, A.: *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, Ed. Aranzadi, 2023.

López Roldán, P.: *La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral, avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional*, Aranzadi, 2023

Maciá Castilla, A.: *Texto Refundido de la Ley Concursal Comentado*, Ediciones Francis Lefebvre, 2023, 700 págs.

Mercader Uguina, J.R, De La Puebla Pinilla A (Dirs): *Cambios tecnológicos y transformación de las fuentes laborales. La Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Tirant lo blanch, 2023

Monereo Pérez, J.L.: *Simone Weil. Filosofía del trabajo y teoría crítica social*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023, 221 págs.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz*, López Insua, B.M. y Guindo Morales, S. (Coords), Laborum, 2023, 302 págs.

Morales Vallez, C.E.: *El impacto de la violencia de género en las relaciones laborales*, Sepin, 2023, 88 págs.

Mories Jiménez, M.T.: *Fiscalidad del Teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2023, 230 págs.

Sierra Hernáiz, E: *Transición justa desde la perspectiva de género*, Aranzadi, 2023

Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

Trujillo Pons, F: *Límites a la conectividad permanente en el trabajo. Salud y competitividad empresarial*, Aranzadi, 2023.

Vicente Palacio, A. (Coord.): *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, 2023, 418 págs.

VV.AA.: *I Congreso Interuniversitario OIT sobre justicia social, trabajo decente y objetivos de desarrollo sostenible*. MTES, 2023

VV.AA.: *Empleadas de hogar*, Ediciones Francis Lefebvre, 2023, 198 págs.

VV.AA.: *Vademecum Laboral*, Colex, 2ª ed., 2023, 1016 págs.

VV.AA.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Francis Lefebvre, 2023, 836 págs

VV.AA.: *Practicum social 2023*, Aranzadi,2023, 2634 págs.

VV.AA.: *Memento Express. Novedades Sociales 2023*, Ediciones Francis Lefebvre, 2023, 218 págs.

VV.AA.: *Memento PRÁCTICO-Social 2023*, Ediciones Francis Lefebvre, 2023, 2212 págs.

PROCEDIMIENTO LABORAL

Nicolás Alemán, P.: *Respuestas laborales del TJUE a los tribunales españoles*, Aranzadi, 2023, 336 págs.

Sánchez Carretero, R.M.: *Cuestiones incidentales en ejecución laboral*, Colex, 2023, 270 págs.

Sempere Navarro, A.V. (Dir.): *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (estudio de cien casos relevantes)*, BOE, 2023, 1100 págs.

Tuset Del Pino, P.: *Comentarios de un Magistrado de lo Social sobre la justicia y otros aspectos*, Colex, 2023.Colex, 2023.

VV.AA.: *Recurso de casación ordinario en la jurisdicción social. Cómo lograr su admisión,* Aranzadi 2ª ed., 2023, 630 págs.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

-*Filosofía del derecho por Gustavo Radbruch*. Estudio preliminar: José Luis Monereo Pérez, Editorial: Comares, Granada, 4ª edición, 1999, 384 páginas.

Comentado por:
Rafael José López Bedmar
Contratado predoctoral FPU. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0009-0002-4931-699X

La interesante y fundamental obra de Radbruch, Gustavo: "Filosofía del Derecho", cuyo estudio preliminar, "La filosofía de Gustav Radbruch: un lectura jurídica y política" (pp. XVII-CIX) es de José Luis Monereo Pérez, busca poner de manifiesto este gran libro del siglo XX, que siempre es considerado de actualidad; además de reconocer la figura de su autor, Gustavo Radbruch (1878-1949). Radbruch es uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX, que, indiscutiblemente, comparte ese protagonismo alemán junto a pensadores tan relevantes como Hans Kelsen en la teoría general del Derecho.

Gustavo Radbruch, nacido en 1878, estudió en Berlín donde recibió clases de Liszt. Con posterioridad, ejerció de profesor de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, hasta 1933, cuando fue expulsado de la cátedra por su oposición a la dictadura nacionalsocialista. En cuanto al campo político, fue afiliado al partido socialista alemán (SPD) y representante de la socialdemocracia alemana. Tras la Segunda Guerra Mundial, desde el Ministerio de Justicia de Alemania Occidental, desempeñó un papel clave en la reconstrucción del sistema legal y la promoción de derechos humanos. Falleció en 1949, dejando un legado perdurable en el campo del Derecho y la ética.

Su obra más famosa es la presente, "Filosofía del Derecho", en la que aborda cuestiones relacionadas con la naturaleza del Derecho, la moral y la Justicia. En la obra, Radbruch defendió que la idea de Justicia debe prevalecer sobre la ley cuando esta última se vuelva manifiesta y

absolutamente injusta. La influencia de Radbruch continúa siendo relevante en nuestros días en el campo del Derecho, ya que inspira una reflexión sobre los límites éticos en la legislación y la función del jurista en el Estado Constitucional.

El autor del cualificado y sustancioso estudio preliminar, e impulsor de la obra, es José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, ambas de Laborum). José Luis Monereo Pérez cuenta con numerosas publicaciones, siendo varios libros y más de seiscientos artículos tanto jurídicos, como de teoría política, como relacionados con las ciencias sociales y el pensamiento social y político. Entre los autores clásicos estudiados por el autor destacan: Max Weber, Carl Schmitt, Karl Marx, Hans Kelsen, Francesco Carnelutti, Hermannn Heller, Simone Weil, Gustav Schmoller, Émile Durkheim, Georges Gurvitch, Georges Sorel, Walter Benjamin, Ferdinand Tönnies, Adolfo Posada, Antonio Alcalá Galiano y Fernández de Villavicencio, Nicolás Salmerón, Emilio Castelar, Gumersindo de Azcárate, Francisco Giner de los Ríos, Fernando de los Ríos, Joaquín Costa, Juan Donoso Cortés, Thorstein Veblen, Otto Bauer, Otto Kirchheimer, Antonio Gramsci, entre otros muchos. Cabe destacar, en particular, que J.L. Monereo Pérez ha publicado una densa monografía dedica a estudiar el pensamiento de Gustavo Radbruch en el contexto de su época: El Derecho en la Democracia Constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch (Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, 253 pp.).

La obra, publicada por la Editorial Comares en el año 1999, se encuadra en la prestigiosa y reputada Colección "Crítica del Derecho", concretamente en la Sección "Arte del Derecho". La colección referida se encuentra privilegiadamente dirigida por el profesor J.L. Monereo Pérez, y nada más que esta sección cuenta con más de 140 volúmenes publicados.

En cuanto a la estructura, consta, en primer lugar, de un prólogo. Su existencia se debe a que se advierte de la necesidad que ha tenido el autor de adaptar la obra, publicando así esta, su tercera edición, en el año 1932. La segunda edición está fechada en 1922, como una mera reimpresión de la primera, de 1914. Esta tercera edición, al contrario que la segunda, es prácticamente una reelaboración de la obra (que alcanzó a la 4ª en la edición española). No obstante, la esencia del autor es mantenida en la misma, esto es, su tendencia ideológica hacia el racionalismo crítico y hacia el relativismo filosófico y jurídico.

En segundo lugar, cuenta con un excelente y desarrollado estudio preliminar, de unas cien páginas, que ha sido elaborado por el Profesor Monereo Pérez. Este estudio se centra en tres notas fundamentales: la exposición de la biografía del personaje marcada por su compromiso intelectual, el sentido de su evolución intelectual -positivismo relativista vs iusnaturalismo crítico-, y la Justicia y el Derecho social en el filósofo. En el mismo se resalta la figura de Radbruch como intelectual comprometido con los ideales constitucionalistas de una vía pacífica hacia la construcción del socialismo. Asimismo, se expone y desarrolla, cómo, en un primer momento, Radbruch se inscribió en el positivismo para luego, revisar sus planteamientos y asumir esquemas propios del Derecho natural. Finalmente, se desarrolla la concepción del Derecho de Radbruch, cimentada sobre el valor justicia.

Por todo esto, y tras la vivencia durante el régimen nazi en Alemania, surge la conocida "Fórmula de Radbruch", como expresión de un concepto no positivista del Derecho. Según esta, no sólo se compone el Derecho de la positividad dada, sino que tiene, intrínsicamente, un contenido de justicia material. Se observa como esta fórmula pretende una conexión -aunque no un solapamiento total- entre Derecho y moral. La conclusión de este razonamiento es que, en situaciones extremas, en las que una ley es claramente, inmoral o injusta, debe prevalecer la Justicia por encima de la legalidad.

La tercera parte, que supone el grueso de la obra y consta de 29 capítulos, y es la elaborada directamente por Gustavo Radbruch. Son los que se detallan a continuación:

— Capítulo I. Realidad y valor.

— Capítulo II. La Filosofía del Derecho como consideración valorativa del Derecho.

— Capítulo III. Las direcciones de la Filosofía del Derecho.

— Capítulo IV. El concepto del Derecho.

— Capítulo V. Derecho y moral.

— Capítulo VI. Derecho y decoro social.

— Capítulo VII. El fin del Derecho.

— Capítulo VIII. La teoría filosófico-jurídica de los partidos.

— Capítulo IX. Las antinomias de la idea de Derecho.

— Capítulo X. La validez del Derecho.

— Capítulo XI. La Filosofía de la Historia del Derecho.

— Capítulo XII. La filosofía religiosa del Derecho.

— Capítulo XIII. La psicología del hombre de derecho.

— Capítulo XIV. Estética del Derecho.

— Capítulo XV. La Lógica de la Ciencia del Derecho.

— Capítulo XVI. Derecho público y privado.

— Capítulo XVII. La Persona.

— Capítulo XVIII. La Propiedad.

— Capítulo XIX. El Contrato.

— Capítulo XX. El matrimonio.

— Capítulo XXI. El Derecho hereditario.

— Capítulo XXII. El Derecho penal.

— Capítulo XXIII. La pena de muerte.

— Capítulo XIV. La Gracia.

— Capítulo XXV. El Proceso.

— Capítulo XXVI. El Estado de derecho.

— Capítulo XXVII. El Derecho eclesiástico.

— Capítulo XXVIII. El Derecho Internacional.

— Capítulo XXIX. La Guerra.

Ciertamente, supone un detallado y profundo análisis, relevante y útil, del pensamiento de Gustavo Radbruch; filósofo, jurista y hombre político, de gran notoriedad en la época de la República de Weimar y durante el periodo de reconstrucción europea. Inicialmente, comenzó su carrera como iuspositivista, pero su experiencia con el régimen totalitario nazi lo llevó a adoptar una posición más cercana al iusnaturalismo crítico en ciertos aspectos.

Por todo lo expuesto, se conforma una obra fundamental que invita a inmiscuirse en los fundamentos filosóficos del sistema legal y su relación con la ética. Se está ante un libro de referencia clásica en el campo de la filosofía jurídica, y, cuya lectura es imprescindible para aquellos interesados en entender las bases conceptuales del Derecho y su relevancia en nuestra sociedad.

Es notorio el esfuerzo realizado para la confección de esta obra por el Profesor Monereo Pérez. El resultado ha sido un producto de gran calidad debido a la trayectoria investigadora y profesional del autor, sin ninguna duda, especialista en materia de Filosofía y Teoría General del Derecho. A destacar la capacidad del Profesor Monereo Pérez para presentar ideas complejas de manera accesible y clara en el estudio preliminar.

En resumen, “Filosofía del Derecho” es un libro clave para aquellos lectores que opten por profundizar en el estudio de la filosofía jurídica y comprender los fundamentos éticos que sustentan el sistema legal. Esta obra no solo satisface las necesidades académicas, sino que también invita a la reflexión y el debate sobre el papel del derecho en la sociedad. No cabe duda de que este libro es una referencia imprescindible para estudiantes, profesionales del derecho y todos aquellos interesados en el mundo jurídico y su relación con la moral y la justicia, por lo que su lectura y estudio es altamente recomendada.

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Doctrina Administrativa en materia de prestaciones de Seguridad Social

Andrés Ramón Trillo García
Letrado de la Administración de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS PRESTACIONES

Complemento para la reducción de la brecha de género. Criterio de Gestión del INSS 10/2023, de 28 de abril de 2023.

Importe del Complemento para la reducción de la brecha de género a los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras que compatibilizan el 75 % de la pensión de jubilación con el trabajo, conforme a la disposición transitoria trigésima quinta del TRLGSS.

En el criterio se estudia la forma de determinación del importe del complemento para la reducción de la brecha de género que corresponde percibir en el caso de los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario, que compatibilizan su actividad con el 75 % de la pensión de jubilación, conforme a la disposición transitoria trigésima quinta del TRLGSS, introducida por el artículo 83 del Real Decreto-ley 2072022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

El Real Decreto-ley 20/2022 modifica el TRLGSS introduciendo, a través de su artículo 83, una nueva disposición transitoria trigésima quinta, relativa a la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario.

El apartado 1 de la citada disposición establece: "*En los tres años a partir de la entrada en vigor de esta disposición transitoria, los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al Sistema nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario podrán continuar desempeñando sus funciones durante la prórroga en el servicio activo y, simultáneamente, acceder a la jubilación percibiendo el setenta y cinco por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial de la pensión, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública.*

Asimismo, podrá acceder a esta compatibilidad los facultativos de atención primara adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario que hubieran accedido a la pensión contributiva de jubilación y se reincorporen al servicio activo, siempre que el hecho causante de dicha pensión haya tenido lugar a partir del 1 de enero de 2022 o se hubieran acogido en su día a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario o funcionario de las y los profesionales sanitarios, realizado al amparo del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2".

El apartado 2 de la citada disposición hace referencia a la percepción por parte del colectivo en cuestión a los complementos por mínimos y al complemento por demora, especificando respecto de este último que su importe no será minorado mientras compatibilicen la pensión de jubilación con el desempeño de sus funciones. Nada menciona la norma sobre el importe a percibir en su caso, por el complemento para la reducción de la brecha de género.

En relación con el complemento para la reducción de la brecha de género, el artículo 60.5 LGSS establece que "*su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento*".

En este sentido, como señala el informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 14 de mayo de 2021: "*procede afirmar que el régimen jurídico relativo a la suspensión del complemento es el mismo que rige la suspensión de la pensión complementada, la misma será igualmente aplicable al complemento y este mismo razonamiento puede predicarse en caso de que concurra una causa de extinción de la pensión, ¡haciéndose extensible al complemento. (...) habrá que estar al régimen jurídico de suspensión o extinción de la pensión que complementa, en aplicación del claro tenor literal del apartado 5 de dicho artículo que determina que su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento*".

En el mismo sentido, el criterio de gestión 15/2021 concluye que "*en aquellos supuestos en los que la pensión de jubilación o parte de ella se suspenda conforme a las reglas de compatibilidad con el trabajo, procederá igualmente suspender o minorar el complemento de reducción de la brecha de género que complementa dicha pensión*".

Por tanto, en el caso de los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionarios acogidos a la disposición transitoria trigésima quinta del TRLGSS, procederá reducir el complemento para la reducción de la brecha de género en el mismo porcentaje en que se reduzca la pensión contributiva de jubilación compatible con el trabajo, de manera que mientras estén acogidos a dicha compatibilidad, percibirán el 75 % del complemento para la reducción de la brecha de género.

2. INCAPACIDAD TEMPORAL

2.1. Situaciones especiales de incapacidad temporal. Criterio de Gestión del INSS 14/2023, de 1 de junio de 2023

Se plantea en el Criterio el ámbito de aplicación de las situaciones especiales de incapacidad temporal.

La Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por el que se modifica la ley Orgánica 272010, de 3 de marzo, de vida sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo procede a regular como situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes las bajas laborales en caso de menstruación incapacitante secundaria, así como la situación posterior a la interrupción del embarazo, sea voluntario o no, mientras la trabajadora reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo; y el embarazo desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación, siendo los beneficiarios de estas situaciones de incapacidad temporal, tal y como indica el artículo 172 del TRLGSS "*las personas incluidas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el artículo 169...*".

Se plantea el problema si estas situaciones pueden considerarse aplicables a las personas incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el Régimen Especial de la Minería del carbón, toda vez que no se ha introducido la correspondiente modificación normativa reguladora de ambos regímenes, a diferencia de lo que ocurre en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, que sí ha contemplado específicamente estas situaciones especiales de IT en el artículo 23.2 de la ley

47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

En lo que se refiere al RETA, es necesaria la remisión a lo dispuesto en el artículo noveno del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, que se establece:

"*Artículo noveno. Régimen jurídico de la prestación económica por incapacidad temporal.*

La prestación económica por incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea la contingencia de la que derive, se regirá por lo previsto en este Capítulo y, en lo no regulado en él, por lo establecido en el Régimen general, sin perjuicio de las especialidades previstas con respecto a las situaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional".

Respecto del Régimen Especial de la Minería del carbón, hay que indicar que el apartado 1 de la disposición adicional primera del TRLGSS, que contempla las normas del Régimen general aplicables a este régimen especial, no hace referencia a la incapacidad temporal. No obstante, el artículo 5.2 del decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del carbón, de acuerdo con la ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social, establece que:

"*Artículo quinto. Acción protectora: normas generales.*

(...)

Dos. Las prestaciones y demás beneficios que comprende la acción protectora de este Régimen Especial serán los mismos que los del Régimen General y se aplicarán con la misma extensión, forma, términos y condiciones que en aquél, sin otras particularidades que las que resulten de lo dispuesto en el presente Decreto o en sus normas de aplicación y desarrollo".

Por tanto, toda vez que la normativa específica de ambos regímenes hace una clara remisión a la aplicación de lo dispuesto en el Régimen general para los supuestos no contemplados específicamente en las mismas, se considera que las modificaciones normativas que afectan a las nuevas situaciones especiales de IT contempladas en los artículos 169.1, 172 y 173 del TRLGSS son igualmente aplicables al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y al Régimen Especial de la Minería del Carbón.

2.2. Procedimiento de disconformidad. Criterio de Gestión del INSS 12/2023, de 17 de mayo de 2023

El artículo 170.2, párrafos primeo y segundo del TRLGSS, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, establece que:

"*2. Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días indicado en el apartado anterior, la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social será la única competente para emitir el alta médica por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, con propuesta de incapacidad permanente o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dicha entidad gestora. De igual modo, la citada inspección médica será la única competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica.*

La falta de alta médica, una vez agotado dicho plazo, supondrá que el trabajador se encuentra en la situación de prórroga de incapacidad temporal a que se refiere el artículo 169.1.a)

por presumirse que, dentro del periodo subsiguiente de ciento ochenta días, aquel puede ser dado de alta médica por curación o mejoría (...)".

Por otra parte, el artículo 170.3 TRLGSS, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, dispone:

"*3. Frente al alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos emitida por la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social una vez agotado el plazo de duración de los trescientos sesenta y cinco días indicado en el apartado anterior, el interesado podrá manifestar, en el plazo máximo de cuatro días naturales, su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud. Si esta discrepara del criterio de la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, tendrá la facultad de proponerle, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión, especificando las razones y fundamentos de su discrepancia*".

En la exposición de motivos del citado Real Decreto-ley se explica claramente el alcance de la modificación normativa en los siguientes términos:

"*También se incluye en la reforma que el agotamiento del plazo de 365 días sin emisión de alta médica suponga el pase automático a la prórroga de incapacidad temporal, sin necesidad de declaración expresa, con lo que simplifica y clarifica la gestión. Si no hubiera prórroga, se mantiene como hasta el momento el procedimiento de disconformidad cuando el alta médica por curación, mejoría o incomparecencia al reconocimiento médico se emite al agotarse los 365 días.*"

Conforme a lo expuesto, la competencia para el control de las situaciones de la incapacidad temporal a partir del día de trescientos sesenta y cinco del proceso sigue correspondiendo en exclusiva al Instituto Nacional de la Seguridad Social, si bien lo hará a través de su inspección médica, que podrá emitir un alta médica por curación, por mejoría, con propuesta de incapacidad permanente o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos. Desaparece así la referencia a la declaración expresa de la prórroga. En coherencia con ello se establece que el agotamiento de los 365 días sin emisión de un alta médica supone el pase automático a la prórroga de la situación de incapacidad temporal, sin necesidad de declaración expresa, con lo que se simplifica y se clarifica la gestión.

Si no hubiera prórroga, se mantiene la posibilidad de que el trabajador inicie el procedimiento de disconformidad frente ala alta médica emitida por el INSS al agotamiento de los trescientos sesenta y cinco días de duración de la incapacidad temporal, lo que supone que solo frente al alta médica emitida por el inspector médico en el día 366 -o el inmediato hábil posterior ya sea por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo o por incomparecencia injustificada al reconocimiento médico, podrá el interesado manifestar su disconformidad conforme a lo dispuesto en el artículo 170.3 del TRLGSS.

2.3. Incapacidad temporal y desempleo en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. Criterio de Gestión del INSS 11/2023, de 10 de mayo de 2023

El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, modificó el artículo 251 -con supresión de su letra d) del TRLGSS a efectos de que no quede excluida en la acción protectora del Sistema Especial de Empleados de Hogar la correspondiente a desempleo. Por tanto, desde la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, el día 9 de septiembre de 2022, la acción protectora de este sistema especial comprende también la prestación por desempleo, siendo obligatoria la cotización por esta contingencia desde el 1 de octubre de 2022.

Dado que esta integración tiene efectos en el importe de la prestación por incapacidad temporal que perciba el trabajador a tenor de lo previsto en el artículo 283.1 del TRLGSS, el INSS consideró

que dicho precepto no resultaba de aplicación al colectivo que nos ocupa en tanto no transcurriera un periodo transitorio de un año -hasta el 1 de octubre de 2023-, por ser el momento a partir del cual todos los trabajadores encuadrados en este sistema especial podrán acceder a la prestación por desempleo.

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social se ha pronunciado en informe de fecha 4 de mayo de 2023 confirmando la aplicación de dicho precepto sin esperar al transcurso de un año.

En consecuencia, se asume el pronunciamiento del citado Centro directivo, por lo que lo dispuesto en el artículo 283.1 del TRLGSS se aplicará a las extinciones del contrato de trabajo que se produzcan a partir de la publicación del presente criterio de gestión.

3. PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Criterio de Gestión del INSS 7/2023, de 4 de abril de 2023.

El personal laboral al servicio de las administraciones Públicas está incluido en el ámbito de aplicación del texto refundido del Estatuto Básico del empleado Público (EBEP), aprobado por Real decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

El artículo 2.1 del EBEP, referido al ámbito de aplicación, establece:

"1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

a) La Administración General del Estado.

b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y melilla.

c) Las Administraciones de las entidades locales.

d) D) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

e) Las Universidades Públicas.(…)".

Por su parte, el artículo 7 EBEP, bajo la rúbrica "normativa aplicable al personal laboral", dispone:

"*El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan.*

No obstante, en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho."

Asimismo, el artículo 49 del EBEP regula los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, señalando en su apartado e), lo siguiente:

"*e) Permiso por cuidado de hijo menor, afectado por cáncer u otra enfermedad grave: el funcionario tendrá derecho, siempre que ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadoras con fines de adopción o acogedoras de carácter permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella (...)*".

Por último, el artículo 51 del EBEP, relativo a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral establece:

"*Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente*".

Puestos en relación dichos preceptos se desprende que, aunque el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas esta incluido en el ámbito de aplicación del EBEP, no le resulta de aplicación lo previsto en dicho estatuto respecto del permiso de cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, sino que deberá regir, a tal efecto, por la reducción de jornada prevista en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

Se entiende que es esta la voluntad del legislador pues el artículo 7.2 EBEP contempla de forma expresa que el personal laboral debe regirse por lo dispuesto en dicho estatuto respecto del permiso por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, a diferencia de lo que ocurre "*en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia*".

Hay que recordar que la sentencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 (rcud 97/2008), declaró la aplicación del ET al personal laboral en materia de descanso por paternidad, dejando claro el régimen jurídico aplicable al personal laboral en materia de permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, posteriormente, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, introdujo el párrafo segundo del artículo 7 del EBEP anteriormente transcrito, con el objeto de que en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rija en todo caso por lo previsto en el EBEP y no en el ET, sin que esta medida se haya extendido al permiso que nos ocupa.

Adicionalmente, cabe indicar que el artículo 190 LGSS solo reconoce como situación protegida la prevista en el artículo 37.6 LET, y que el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, en su artículo 1.2 excluye de su aplicación al personal funcionario pero no al personal laboral.

Por tanto, la reducción de jornada determinada en el artículo 37.6 ET del personal laboral al servicio de las administraciones públicas se protege con la correspondiente prestación del sistema de Seguridad Social por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave prevista en los artículos 190 a 192 LGSS y en su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

4. INCAPACIDAD PERMANENTE

Gran invalidez en caso de ceguera total o equivalente. Criterio de Gestión del INSS 9/2023, de 25 de abril de 2023.

Se plantea si una persona en situación de ceguera total o pérdida de visión equiparable debe ser calificada en situación de gran invalidez o si procede valorar si puede realizar los actos esenciales de la vida (vestirse, desplazarse, comer o análogos) a los efectos del reconocimiento del complemento de gran invalidez.

El Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que la ceguera absoluta o ceguera total (así, como otras situaciones de pérdida de visión que, sin implicar una absoluta anulación de la misma, son funcionalmente equiparables a aquella), exige naturalmente la colaboración de tercera persona para el ejercicio de las actividades esenciales de la vida, por lo que constituye una situación objetiva de gran invalidez.

No obstante, la sentencia de la Sala Cuarta del tribunal Supremo de 16 de marzo de 2023, ha procedido a rectificar la doctrina anterior, estableciendo que, la ceguera total o equivalente no permite, por sí misma, deducir que la persona que la presenta no puede atender los actos esenciales de la vida. La actual doctrina del Tribunal supremo señala que a los efectos del reconocimiento del complemento por gran invalidez que, *"(...) no es asumible que una situación de incapacidad permanente que está atendiendo a la necesidad de que una persona asistida a quien esta impedido para desenvolverse en las mas esenciales actividades de la vida, solo valore la enfermedad que la presenta cuando su marco jurídico no es ese*".

Conforme a la citada sentencia para que pueda ser reconocido el complemento por gran invalidez, en el caso de ceguera total u otra pérdida de visión equiparable, se deberá probar que la persona que la presenta no está en condiciones de atender a los actos más esenciales de la vida, puesto que, aunque se trate de una misma dolencia no implica que los sujetos que la padezcan se desenvuelvan de la misma forma, debiendo ser individualizado cada caso particular.

Por tanto, para la valoración de la situación de han invalidez hay que considerar "*la situación real del sujeto"* que ponga de manifiesto que el beneficiario precisa la asistencia de una persona para atender a los actos más esenciales de la vida (vestirse, desplazarse, comer o análogos) y que justifican el reconocimiento del incremento del complemento por gran invalidez destinado a remunerar a la persona que presta esa asistencia.

5. JUBILACIÓN

5.1. Determinación del hecho causante de la pensión de solicitudes presentadas estando en vigor el Real Decreto 453/2022, de 14 de junio. Requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, deudas prescritas o aplazadas. Criterio de Gestión del INSS 13/2023, de 17 de mayo de 2023.

Se plantea la determinación de la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación en los supuestos en los que la solicitud o nueva solicitud se presenta estando en vigor el Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica del ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión, cuando, habiéndose reunido todos los requisitos para causar la pensión en un momento anterior, no pudo causarse por no estar al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, exigido a los trabajadores que sean responsables de su ingreso en el artículo 47 LGSS.

El Real Decreto 453/2022, que entró en vigor el 16 de junio de 2022, establece en el artículo 3.1:

"*La pensión de jubilación en su modalidad contributiva se entenderá causada en la fecha indicada a tal efecto por la persona interesada al formalizar la correspondiente solicitud, siempre que en la misma reúna los requisitos establecidos para ello. Dicha fecha habrá de estar comprendida dentro de los tres meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud., o coincidir con este, salvo que se presente fuera del territorio español en virtud de una norma internacional del país en el que se formule*."

El Real Decreto 453/2022 ha modificado el régimen jurídico del hecho causante, derogando en la disposición derogatoria única cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el mismo y, expresamente, entre otras disposiciones, el artículo 1.3 de la Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el régimen general de la Seguridad Social y el artículo 90 de la orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Antes de la entrada en vigor del citado Real decreto, conforme a las disposiciones anteriormente citadas, cuando el acceso a la pensión de jubilación se producía desde situación de alta, si en el momento del cese en el trabajo se reunían los requisitos de edad y carencia, el Hecho causante de la pensión quedaba fijado de forma inalterable en dicho momento, con independencia de que los efectos económicos se produjesen con una retroactividad de 3 meses desde la fecha de presentación de la solicitud si ésta se presentaba transcurridos más de tres meses desde el cese en el trabajo.

Conforme a aquella regulación, que establecía de forma rígida en determinadas situaciones la fecha en la que debía fijarse en hecho causante jurídico de la pensión de jubilación, esta entidad gestora adoptó el criterio de que, si en dicha fecha, reuniéndose el resto de requisitos para el acceso a la pensión, no se cumplía el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones, la solicitud de la pensión (o nueva solicitud tras una denegación anterior), presentada después del hecho causante inicialmente establecido, una vez prescrita la deuda o de haberse obtenido el aplazamiento del pago de las cuotas, no permitía reconocer la pensión hasta que se abonase el total de las cuotas debidas. Esto solo se alteraría, tratándose de jubilación, si la solicitud viniese referida a un derecho distinto y, por tanto, a otro hecho causante. Se entendía que esto sucedía cuando se producía un ulterior cese laboral, se alcanzaba la edad ordinaria de jubilación no acreditaba en el cese o solicitud anterior, o una edad que permitiese minorar el coeficiente reductor inicial.

La disposición final décima del Real Decreto 453/2022 dispone que entra en vigor el día 16 de junio de 2022 y que "*será de aplicación a las pensiones de jubilación en sui modalidad contributiva que se soliciten a partir de dicha fecha*".

La disposición transitoria única del Real Decreto 453/2022 dispone que: "*En los supuestos en los que pensión de jubilación contributiva se solicite a partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto, la fecha del hecho causante por la que opte el interesado no podrá ser anterior a la de dicha entrada en vigor, salvo que se opte por alguna de las previstas en el artículo 3.2*".

Se plantea si la solicitud de la pensión presentada estando ya en vigor el Real Decreto 453/2022, ha de atenderse y resolverse conforme a lo dispuesto en dicha norma, lo que determina la fijación del hecho causante en la fecha indicada por el interesado en la solicitud, cunado ya le ha sido concedido un aplazamiento o ha prescrito la deuda que mantenía con la Seguridad Social y que habría impedido el reconocimiento de la pensión en un momento anterior, o si ha de mantenerse la fecha del hecho causante jurídico que se habría fijado en aquel momento -se hubiese presentado o no la solicitud, cuando todavía no estaba en vigor el Real Decreto 453/2022 y en la que el interesado no estaba al corriente en el pago de las cuotas.

No se encuentra fundamento jurídico para no atender la solicitud o nueva solicitud, si la anterior hubiese sido desestimada, de la pensión de jubilación y resolver la misma con arreglo a la nueva regulación del hecho causante establecida en el Real Decreto 453/2022, que hace depender de la voluntad del interesado la fijación de la fecha del hecho causante -flexibilidad que no existe en otras pensiones en las que le hecho causante se vincula a un suceso inamovible-, sin poner limitaciones que las establecidas en la propia norma.

El mero hecho de que la pensión se hubiese podido causar anteriormente por reunir los requisitos o incluso que se hubiese solicitado y se hubiese denegado por no estar al corriente en

aquel momento, no puede impedir al interesado solicitar ahora la pensión, teniendo en cuenta que la misma no llegó a causarse y el carácter imprescriptible del derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en el artículo 212 LGSS.

Los criterios mantenidos por esta entidad con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 453/2022, no permitían fijar el hecho causante de la pensión en un momento posterior (con salvedades) cuando ya la deuda hubiese prescrito o se hubiese concedido el aplazamiento del pago de las cuotas debidas, pero dichos criterios se emitieron con base en la entidad regulación del hecho causante que, como se ha señalado anteriormente, establecía una rigidez en su determinación que no ha mantenido la actual regulación, que permite fijar el hecho causante en un momento posterior al cese, desde situación asimilada a la de alta o de no alta si así lo decide el interesado por resultarle más beneficioso.

No obstante, en caso de deuda prescrita, las cotizaciones afectadas por la deuda no tendrán eficacia alguna a efectos de prestaciones por no haberse ingresado; y, en caso de aplazamiento concedido en fecha anterior al hecho causante, tendrán que cumplirse los términos de dicho aplazamiento, de lo contrario, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.2 LGSS, se "*perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la seguridad Social en su totalidad*".

En conclusión, ante una solicitud de pensión de jubilación presentada estando ya en vigor el Real Decreto 453/2022, el estudio del derecho ha de hacerse conforme a los requisitos y condiciones establecidos en dicha norma, así como a las circunstancias concurrentes en el momento del hecho causante fijado conforme a la misma, no siendo relevante a estos efectos que el interesado haya podido presentar o haya presentado anteriormente otras circunstancias que se denegaron por no encontrarse en aquel momento al corriente en el pago de las cuotas.

5.2. Condiciones de acceso a la jubilación plena de un pensionista de jubilación parcial desde la situación de prolongación de efectos de la incapacidad temporal sin obligación de cotizar. Criterio de Gestión del INSS 6/2023, de 10 de marzo de 2023

Se plantea la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación plena cuando se accede desde jubilación parcial encontrándose el pensionista en situación de prolongación de efectos de la incapacidad temporal sin obligación de cotizar, prevista en el artículo 174.2 LGSS, habiéndose mantenido durante todo el periodo la contratación del trabajador relevista.

En el supuesto de que un trabajador pensionista de jubilación parcial se encuentre en situación de prolongación de efectos de la incapacidad temporal sin obligación de cotizar por haber transcurrido el plazo de 545 días de duración y pretenda acceder a la jubilación plena, surge la duda de cómo se determina la base reguladora ante la ausencia de bases de cotización durante dicho periodo.

En estos supuestos, durante los periodos en los que se haya mantenido el contrato de relevo, procederá integrar el periodo de prolongación de efectos de la incapacidad temporal son obligación de cotizar, con las bases mínimas que correspondan, incrementadas hasta el 100 % de la base mínima correspondiente en función de la jornada desarrollada con anterioridad a la jubilación parcial.

Es decir, si la jornada que venía desarrollándose con anterioridad a la jubilación parcial era a tiempo completo, esos periodos de prolongación de efectos de la incapacidad temporal se integrarán con el 100 % de la base mínima. En el supuesto de que la jornada que se venía realizando con anterioridad a la jubilación parcial no fuese a tiempo completo, lo que sólo será posible al amparo del artículo 215,1 LGSS), el incremento del 100 5 se realizará respecto del porcentaje de la base mínima que correspondiese en función de la jornada que se venía realizando.

Por otra parte, se cuestiona si durante el periodo de prolongación de efectos de la incapacidad temporal debe mantenerse la jubilación parcial.

El artículo 16 del Real Decreto 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, que establece:

"*La pensión de jubilación parcial se extinguirá por:*

a) *El fallecimiento del pensionista.*

b) *El reconocimiento de la jubilación ordinaria o anticipada, en virtud de cualquiera de las modalidades legalmente previstas.*

c) *El reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, declarada incompatible, conforme a lo establecido en el artículo 14.2.*

d) *La extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, salvo cuando se tenga derecho a prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, o a otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquel, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de la extinción de estas.*

Los previsto en el párrafo anterior, no será de aplicación a las extinciones del contrato de trabajo declarados improcedentes, en cuyo caso se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la disposición adicional segunda de este Real Decreto."

El artículo 18 del Real Decreto 1131/2002 dispone:

"*2. Para el cálculo de la base reguladora de la pensión se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho periodo, el mismo porcentaje de jornada desarrollado ante de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo.*

Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación también por los periodos en que la jubilación parcial se hubiese simultaneado con la prestación por desempleo, compatible con la jubilación parcial, y otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones correspondientes al trabajo a tiempo parcial, durante el periodo en que se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo, salvo en el caso de que el cese en el trabajo se hubiese debido a despido disciplinario procedente, en cuyo caso el beneficio de la elevación al 100 % de las correspondientes bases de cotización únicamente alcanzará al periodo anterior al cese en el trabajo".

Una vez que han transcurrido los 545 días de duración de la incapacidad temporal no existe obligación de cotizar, si bien, el vínculo con la empresa continúa y se sigue percibiendo la prestación mediante pago directo, sin que se den ninguna de las causas que determinan la extinción de la jubilación parcial.

En definitiva, para evitar la desprotección del trabajador y conforme se viene haciendo, durante el periodo de prolongación de efectos de la incapacidad temporal se mantendrá el pago de la jubilación parcial 8no es posible, en cambio, acceder a la jubilación parcial desde esta situación de prolongación de efectos de la incapacidad temporal) y, mientras se mantenga el contrato de relevo, para el cálculo de la base reguladora de la jubilación plena, dicho periodo se integrará con la base mínima incrementada hasta el 100 % de la que hubiese correspondido en función de la jornada realizada con anterioridad a la jubilación parcial.

6. INGRESO MÍNIMO VITAL

Ingreso mínimo vital. Medidas paternofiliales. Criterio de Gestión del INSS 8/2023, de 13 de abril de 2023.

Se plantea si es necesario acreditar la guardia y custodia de los menores mediante la aportación de medidas paternofiliales a efectos del reconocimiento de la prestación de ingreso mínimo vital.

Hay que tener en cuenta que la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, únicamente contempla como supuestos en los que se exige la acreditación de la guarda y custodia de los menores a efectos del reconocimiento de la prestación de ingreso mínimo vital los establecidos en los artículos 7.b) y 13.2.c) de dicha ley. El primero de ellos regula uno de los casos de unidades de convivencia en supuestos especiales, y, el segundo, regula los supuestos en los que procede reconocer el complemento de monoparentalidad.

El criterio de la entidad es que, al margen se los supuestos mencionados anteriormente, no se debe requerir al interesado la acreditación de la guarda y custodia de los menores mediante la presentación de las medidas paternofiliales.

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

Javier Aibar Bernad
Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-3927-5736

1. BREVE RESEÑA DE LAS NOVEDADES NORMATIVAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

REAL DECRETO-LEY 2/2023, DE 16 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS DE LOS PENSIONISTAS, LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO MARCO DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

Esta norma contiene diversas medidas que completan la reforma del año 2011, blindando la revalorización de las pensiones presentes y futuras. Entre las medidas que incluye está la puesta en marcha de un nuevo marco de revalorización, por encima del IPC, de las pensiones mínimas y no contributivas hasta 2027 y una subida del 10%, adicional a la inflación del complemento para reducir la brecha de género.

En el plano de la equidad, el Real Decreto-ley contiene importantes medidas, como la puesta en marcha de un régimen dual para el periodo de cómputo para los próximos 20 años, por el que se aplicará a los trabajadores que se jubilen la más beneficiosa de estas posibilidades: los 29 últimos años de carrera, descartando los 24 meses (2 años) peores; y el periodo de cómputo actual (25 últimos años). La primera posibilidad se desplegará progresivamente durante 12 años a partir de 2026. Esto beneficiará especialmente a los trabajadores con carreras irregulares. Además, se incluyen mejoras en el tratamiento de las lagunas de cotización de las mujeres trabajadoras.

Además, para blindar el poder adquisitivo de los pensionistas actuales y futuros, se refuerzan los ingresos de la Seguridad Social con distintas medidas. En primer lugar, con el incremento gradual de las bases máximas y de las pensiones máximas. En segundo lugar, con la creación de una cuota de solidaridad para los salarios más altos que queden por encima de la base máxima. Y también se refuerza el Mecanismo de Equidad Intergeneracional, que a partir de 2024 crecerá una décima cada año hasta alcanzar 1,2 puntos porcentuales en 2029. Este mecanismo sustituye al Factor de Sostenibilidad que estableció la reforma de 2013 y que suponía un importante recorte de la pensión inicial, especialmente de los más jóvenes.

Finalmente, se incluye en el sistema de Seguridad Social a los alumnos que realicen prácticas formativas y académicas incluidas en programas de formación. Se trata de las prácticas realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado, máster y doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto. También se incluyen las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva. A las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes se les aplicará una reducción del 95%.

REAL DECRETO 371/2023, DE 16 DE MAYO, POR EL QUE SE DESARROLLA EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMPLEMENTO ECONÓMICO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 210.2 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE

El objeto de la norma es desarrollar el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 de la LGSS, en los supuestos de acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar el artículo 205.1.a) de la citada norma.

El Gobierno aprobó el Real Decreto que completa la reforma de los incentivos de la jubilación demorada, iniciada en 2021. Esta medida supone, a juicio del Gobierno, culminar las 22 recomendaciones del Pacto de Toledo para modernizar nuestro sistema de pensiones, en concreto la recomendación número 12, con nuevas opciones para aquellos que prolongan voluntariamente su vida laboral, mediante la posibilidad de percibir un pago único y un incremento porcentual de su pensión

El texto aprobado hoy regula una fórmula mixta que permite combinar los dos tipos de beneficios ya vigentes para aquellos que decidan retrasar voluntariamente el acceso a la jubilación: un aumento porcentual de la pensión y la percepción de un pago único ("cheque") en el momento de jubilarse.

REAL DECRETO 370/2023, DE 16 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1851/2009, DE 4 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DESARROLLA EL ARTÍCULO 161.BIS DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CUANTO A LA ANTICIPACIÓN DE LA JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN GRADO IGUAL O SUPERIOR AL 45 POR CIENTO

La medida contemplada en el Real Decreto se enmarca en la modernización del sistema de pensiones y responde a las Recomendación 18 del Pacto de Toledo.

Para este colectivo, se reducen los años de cotización exigidos de 15 a 5 años desde el diagnóstico de la discapacidad superior al 45% para acceder a jubilación anticipada, siendo necesario haber trabajado un tiempo efectivo equivalente al período mínimo de cotización. Además, se aplicará el mismo régimen también a las personas que tengan más de una patología discapacitante si, en conjunto, superan el 45% de discapacidad.

En cuanto a las patologías, la nueva norma facilita tanto su acreditación como su actualización. Asimismo, se pone en marcha un nuevo procedimiento, más ágil y sencillo, para actualizar el listado de patologías.

ORDEN ISM/230/2023, DE 6 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA EL SISTEMA DE RECONOCIMIENTO DE MÉRITOS EN MATERIA DE INCLUSIÓN Y MIGRACIONES

Esta orden tiene por objeto regular un sistema de reconocimiento de méritos en relación con las políticas de inclusión y migraciones, incluyendo los símbolos y distinciones que acrediten esos méritos y los aspectos relativos a su tramitación, concesión, efectos, limitaciones y uso.

RESOLUCIÓN DE 7 DE FEBRERO DE 2023, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MEDIANTE LA QUE SE ESTABLECE UN PROCEDIMIENTO DE COLABORACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LA GESTIÓN DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN Y PRÁCTICA DEL EMBARGO POR MEDIOS TELEMÁTICOS DE LOS PAGOS EFECTUADOS A TRAVÉS DE TERMINALES DE PUNTO DE VENTA A DEUDORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El procedimiento establecido a través de la citada Resolución tiene por objeto la obtención de información y la práctica del embargo por medios informáticos y telemáticos, de los pagos que

se vayan a efectuar a los deudores de la Seguridad Social como consecuencia de las operaciones realizadas a través de Terminales de Punto de Venta. El embargo de los citados pagos sólo se podrá efectuar cuando el importe de la deuda contraída con la Seguridad Social sea superior a tres euros.

RESOLUCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2023, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE REGULA LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA AUTOMATIZADA DE LA EMISIÓN DE CERTIFICADOS DE ESTAR AL CORRIENTE EN LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL E INFORMES DE DEUDA PENDIENTE

La mencionada Resolución tiene por objeto determinar cómo actuación administrativa automatizada la emisión de certificados de estar al corriente en las obligaciones de Seguridad Social y de informes de deuda pendiente con la Seguridad Social, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 130 de la LGSS. El ámbito de aplicación se extiende a todos los procedimientos de emisión de certificados de estar al corriente en las obligaciones de Seguridad Social e informes de deuda pendiente con la Seguridad Social de recursos del Sistema de la Seguridad Social, cuya competencia recaudatoria en periodo voluntario y/o ejecutivo esté atribuida a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Las previsiones de la Resolución serán de aplicación, exclusivamente, a aquellos certificados de estar al corriente en las obligaciones de Seguridad Social e informes de deuda pendiente con la Seguridad Social, que se especifican en aquella.

RESOLUCIÓN DE 8 DE MARZO DE 2023, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES, POR LA QUE SE HABILITAN TRÁMITES Y ACTUACIONES A TRAVÉS DE LOS CANALES TELEFÓNICO Y TELEMÁTICO MEDIANTE DETERMINADOS SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN Y EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD Y SE REGULAN ASPECTOS RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN Y FIRMA DE SOLICITUDES MEDIANTE FORMULARIOS ELECTRÓNICOS A TRAVÉS DE AMBOS CANALES

La Resolución habilita la presentación de solicitudes y documentos, así como la realización de trámites y el acceso a servicios, a través de los canales telefónico y telemático. Para realizar por medio de los canales telefónico y telemático los trámites y actuaciones que en cada momento consten relacionados en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, será necesario identificarse ante la Administración de la Seguridad Social mediante los sistemas previstos en la Resolución.

ORDEN TES/369/2023, DE 10 DE ABRIL, POR LA QUE SE APRUEBA LA POLÍTICA DE SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS SERVICIOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL Y SE CREA EL COMITÉ DE SEGURIDAD DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES DEL DEPARTAMENTO

El objeto de esa orden ministerial es la aprobación de la Política de Seguridad de la Información y de los Servicios, en el ámbito de la Administración Digital del Ministerio de Trabajo y Economía Social, así como la creación del Comité de Seguridad de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Trabajo y Economía Social y la regulación de su composición, funcionamiento y funciones. 2. La Política de Seguridad establece las orientaciones o directrices que rigen la actuación en el Ministerio de Trabajo y Economía Social, de las personas y entidades, en relación con la seguridad de los sistemas de información; entendiendo que un Sistema de Información es un conjunto organizado de recursos (físicos, lógicos, de comunicación, de datos, procedimientos y personas) que permite conseguir las especificaciones funcionales establecidas para el Departamento.

La Política de Seguridad aprobada en esta orden ministerial se aplicará a todos los sistemas de información del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

La PSI es de obligado cumplimiento para todo el personal que acceda a los sistemas de información y a la información del Departamento y para los órganos superiores y directivos del Ministerio de Trabajo y Economía Social y de sus organismos públicos adscritos, que no tengan establecida su propia política de seguridad. En caso de discrepancia con las políticas de seguridad que pudieran estar definidas de manera específica para tales órganos y organismos públicos, prevalecerá la definida en esta orden ministerial.

ORDEN ISM/474/2023, DE 4 DE MAYO, POR LA QUE SE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DE LAS ENTIDADES GESTORAS Y SERVICIOS COMUNES DE LA SEGURIDAD SOCIAL ADSCRITOS A LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES

El objeto de esta norma es regular el funcionamiento del Registro electrónico de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social adscritos a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones para la recepción y remisión de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se presenten vía electrónica ante ella, respecto de los trámites y procedimientos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 2023 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIONES, POR LA QUE SE CONVOCAN AYUDAS PARA 2023, DEL PROGRAMA DE ASOCIACIONES DE LA ORDEN ESS/1613/2012, DE 19 DE JULIO

Podrán optar a estas ayudas las federaciones, asociaciones o centros de españoles en el exterior, que cuenten con un número de asociados mayor de cincuenta, y que desarrollen una labor asistencial a favor de los españoles del exterior, así como entidades que tengan por finalidad el apoyo y la promoción sociocultural de los españoles en el exterior. Las entidades solicitantes deberán carecer de ánimo de lucro, estar legalmente constituidas, radicadas en el extranjero y figurar inscritas, en su caso, en el Censo de Asociaciones y Centros de la Dirección General de Migraciones, con dos años de antelación a la fecha de presentación de la solicitud.

OTRAS NORMAS PUBLICADAS

— Real Decreto 195/2023, de 21 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 673/2022, de 1 de agosto, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las comunidades autónomas para financiar la prestación de una ayuda económica directa a las personas beneficiarias del régimen de protección temporal afectadas por el conflicto en ucrania que carezcan de recursos económicos suficientes.

— Resolución de 8 de febrero de 2023, de la Dirección General de atención humanitaria e inclusión social de la inmigración, por la que se modifica la de 14 de noviembre de 2022, por la que se establece la planificación de prestaciones, actuaciones y servicios que deben atenderse dentro del programa de atención humanitaria mediante acción concertada para los ejercicios 2023-2026.

— Resolución de 10 de marzo de 2023, por la que se publica la tercera adenda modificativa del convenio entre la Tesorería General de la Seguridad Social y la Asociación Nacional de establecimientos financieros de crédito, sobre intercambio de información.

— Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se determinan los medios de acreditación de la vivencia de las personas perceptoras de pensiones a cargo de la seguridad social española, en su modalidad contributiva, residentes en el extranjero

— Resolución de 24 de abril de 2023, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación electrónica automatizada de las reclamaciones de deuda y las providencias de apremio en el procedimiento de gestión recaudatoria de los recursos de la Seguridad Social.

— Resolución de 27 de abril de 2023, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de la emisión de las resoluciones derivadas de la tramitación de convenios especiales en el sistema de la seguridad social

2. NOTICIAS SOBRE LA GESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA AFILIACIÓN, DE LA COTIZACIÓN Y DE LA RECAUDACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES SOCIALES

NUEVAS ACTUALIZACIONES PARA FACILITAR A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS SUS TRÁMITES SOBRE COTIZACIÓN

El servicio ofrecido por la Seguridad Social IMPORTASS ha incluido nuevas actualizaciones en Trabajo Autónomo, para facilitar a este colectivo todos los trámites con la Seguridad Social y la transición al nuevo sistema de cotización que ha entrado en vigor en 2023.

En concreto, desde el mes de marzo están operativos tres nuevos servicios:

— Simulador de cuota personalizado

— Comunicación de nueva actividad

— Comunicación de fin de alguna de las actividades

— Simulador de cuota personalizado

Una de las novedades más importantes es la implementación de un simulador personalizado para que los autónomos puedan calcular su cuota ajustada teniendo en cuenta los rendimientos que ha estimado, las cotizaciones durante este año y su última cuota abonada. De esta forma, evitará que al finalizar el año tenga que regularizar su situación y proceder a devoluciones o reclamaciones.

A este simulador se puede acceder desde el área personal, previa identificación a través de cl@ve, certificado electrónico o vía sms, en esta guía práctica te contamos cómo acceder.

APLICACIÓN DE LA COTIZACIÓN ADICIONAL DERIVADA DEL MECANISMO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL[1]

El Mecanismo de Equidad Intergeneracional no resulta de aplicación a aquellos colectivos de trabajadores excluidos de cotizar por la contingencia de jubilación, de ahí que se excluyan los siguientes trabajadores y situaciones:

— Trabajadores que se encuentren en las situaciones contempladas en los artículos 152, sobre cotización al Régimen General a partir de la edad de jubilación, o 153, sobre cotización

[1] Fuente: Noticias RED de la Tesorería General de la Seguridad Social.

en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo, durante las que las empresas y trabajadores quedan exentas de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de dichas contingencias.

— Trabajadores que solo cotizan por contingencias profesionales, entre los que se encuentran, entre otros, aquellos identificados a través de los siguientes valores del campo TIPO RELACION LABORAL/EXCLUSIÓN COTIZACIÓN: 963, 961, 962, 938, 936, 905.

Por el contrario, sí que resulta la aplicación del MEI, entre otros, a los siguientes colectivos:

— Jubilados parciales.

— Trabajadores identificados con, entre otros, los siguientes valores del campo *tipo relación laboral/exclusión cotización: 901, 902, 903, 910, 937*.

— Trabajadores con contratos para la formación y aprendizaje y contratos formativos en alternancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44. c) de la Orden PCM/74/2023 –"c) para el mecanismo de equidad intergeneracional, se aplicará el tipo del 0.6 % sobre la base de contingencias comunes, del que el 0.5 % corresponderá al empresario y el 0.1 al trabajador, sobre la base de cotización mínima del Régimen General de la Seguridad Social."

En las situaciones de incapacidad temporal en régimen de pago directo, resto de prestaciones de corta duración en régimen de pago directo por la correspondiente entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social, o situaciones en las que no existe aportación a cargo del trabajador (situaciones de alta sin percibo de retribución, etc), únicamente procede cotizar por la aportación a cargo de la empresa, es decir, al tipo del 0,5%.

CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE Y CONTRATOS FORMATIVOS POR ALTERNANCIA

Para la cotización a la Seguridad Social de los contratos formativos en alternancia, prevista en la nueva disposición adicional cuadragésimo-tercera de la LGSS, se prevé lo siguiente:

1) En una primera fase, que comenzó el día 1 de febrero (período de liquidación de enero de 2023), la cotización a realizar por estos contratos de trabajo se calculará de la misma forma a como se venía realizando hasta este momento. Es decir, como trabajadores con cuota fija y con las mismas peculiaridades que se venían aplicando -09/78 y 09/79-, con la particularidad de que a partir de este momento se incluye la cotización por formación profesional.

2) Posteriormente, en una segunda fase, se habilitarán los conceptos económicos para que se puedan incluir las bases de cotización como conceptos de entrada, pero se seguirá calculando la cotización de la misma forma (cuota fija). Por tanto, en esta fase, los usuarios deberán informar en el fichero de bases, el importe de la base de cotización determinada en función de las retribuciones percibidas conforme al artículo 147 de la LGSS, independientemente de que su importe coincida o no con la base mínima. De no presentarlas, el trabajador quedará sin conciliar.

3) Por último, se implantará el cálculo de acuerdo con la nueva legislación, cotizando por el exceso de la base mínima mensual del Régimen General cuando las retribuciones superen dicha base

NUEVA VERSIÓN DE LOS FICHEROS FDI[2] Y FRI[3], SOBRE DOCUMENTOS DE PARTES DE ALTAS, BAJAS Y CONFIRMACIÓN DE I.T

Acerca de los citados ficheros, las principales novedades son las siguientes:

— Supresión de la obligación del trabajador de recibir y presentar la copia del parte médico de IT que estaba destinada a la empresa. La forma que tendrán las empresas de recibir los datos relativos a los partes médicos de IT será a través de los Ficheros INSS Empresas -FIE y FIER-.

— Se suprime la obligación de las empresas de transmitir información al INSS en los sucesivos partes de confirmación y de alta. Únicamente deberán remitir al INSS los datos económicos en los partes de baja y, siempre y cuando, exista en la base de datos del INSS un parte de baja que previamente haya sido comunicado a la empresa vía FIE/FIER.

A partir del 1 de abril de 2023, los partes de baja, alta y confirmación solo deben enviarse respecto de trabajadores que tengan una IT por contingencias profesionales y la cobertura sea responsabilidad de una empresa colaboradora por contingencias profesionales, de trabajadores que tengan una Incapacidad Temporal por contingencias comunes y la cobertura sea responsabilidad de una empresa excluida de Incapacidad Temporal por contingencias comunes. Para el resto de los casos, no es necesario enviar partes de alta ni de confirmación y, respecto de los partes de baja, se remitirán únicamente los datos económicos.

NUEVO SERVICIO DE "CONSULTA/MODIFICACIÓN DELEGACIÓN RECEPCIÓN COMUNICACIONES DE OFICIO" EN GESTIÓN DE USUARIOS DE AUTORIZACIONES RED.

El nuevo servicio tiene como función facilitar la gestión de las comunicaciones remitidas al buzón RED del usuario principal. Se encuentra disponible en la Oficina Virtual del Sistema RED, dentro del apartado "Gestión de usuarios" situado en la pestaña "Gestión de Autorizaciones" un nuevo servicio denominado "Consulta/Modificación delegación recepción comunicaciones de oficio", que permitirá al usuario principal delegar en los buzones RED de cualquiera de sus usuarios secundarios la recepción de mensajes RED que se le remitan de oficio por los organismos y entidades de la Administración de la Seguridad Social en materias de afiliación, cotización, recaudación y procesos de incapacidad temporal de los sujetos responsables del pago de cuotas que gestionan en este sistema.

TRABAJADORES DESPLAZADOS. NUEVO SERVICIO PARA OBTENCIÓN DEL FORMULARIO PDA1

A partir del 30 de marzo de 2023 se implantó nuevo servicio en el Sistema RED que permitirá presentar la solicitud del reconocimiento del mantenimiento de la legislación española en los desplazamientos temporales de trabajadores a países de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo (Liechtenstein, Islandia y Noruega), Suiza y Reino Unido (incluido Gibraltar). La solicitud se podrá presentar tanto para desplazamientos de trabajadores por cuenta ajena como para

[2] El mensaje FDI es el mensaje mediante el cual se pueden enviar a la Seguridad Social los documentos de partes de altas, bajas y confirmación de I.T., así como de los certificados de empresa necesarios para la gestión de las prestaciones de nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y la lactancia y cuidado del menor con enfermedad grave, para aquellas empresas adscritas al Sistema RED..

[3] El mensaje FRI es el fichero de respuesta mediante el cual la Seguridad Social comunica a los usuarios el resultado del proceso de los documentos de partes de alta, baja y confirmación de procesos I.T., así como de los certificados de empresa necesarios para la gestión de las prestaciones de maternidad, paternidad y nacimiento y cuidado de menor.

desplazamiento de trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Este servicio estará disponible exclusivamente en modalidad on-line.

MODIFICACIÓN DEL FICHERO DE CONSULTA DE TRABAJADORES RECTIFICADOS (CTR)

El artículo 36 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece, entre otros aspectos, que "las liquidaciones de cuotas calculadas mediante los sistemas a que se refiere el artículo 22.1 podrán ser objeto de comprobación por la Tesorería General de la Seguridad Social", para lo cual, se estableció un procedimiento para la actualización de las liquidaciones una vez finalizado el plazo de presentación. A fin de que los usuarios pudieran obtener un detalle de los trabajadores afectados por el recálculo de la liquidación, se habilitó el servicio on-line de "Obtención de Informe de Trabajadores recalculados por actualización de la liquidación", mediante el que los usuarios pueden solicitar el fichero de "Consulta de Trabajadores Rectificados" (CTR) que reciben en diferido a través de la aplicación SILTRA.

Para facilitar las comprobaciones de los cambios producidos, se modifica el esquema de este fichero, para incluir en el mismo el detalle de los cálculos de trabajadores que han sido actualizados, correspondientes tanto a la liquidación vigente como a la liquidación rectificada. Para ello, en el servicio on-line de "Obtención de Informe de Trabajadores recalculados por actualización de la liquidación", se habilitará una opción para marcar que se desea recibir el fichero con el desglose de cálculos.

COTIZACIÓN TRABAJADORES CON CONTRATOS FORMATIVOS EN ALTERNANCIA

La cotización relativa a los contratos formativos en alternancia, prevista en la disposición adicional cuadragésimo-tercera del LGSS y en el artículo 44 de la Orden PCM/74/2023 de cotización de para 2023, estaba previsto que se abordase en tres fases. En el mes de junio se implementará la fase II. Las particularidades de esta fase son:

— Afecta a períodos de liquidación de enero de 2023 en adelante que se presenten a partir de junio de 2023.

— El usuario deberá comunicar las bases de cotización correspondientes, calculadas conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de la LGSS, aunque el importe coincida con la base mínima. En caso de que no se presenten, el trabajador quedará sin conciliar.

— En esta fase, el sistema calculará exclusivamente la cuota fija, independientemente de que la base de cotización supere la base mínima.

— El control de bases mínimas y máximas será el establecido con carácter general en función del grupo de cotización, con la particularidad de que se dará tratamiento mensual a todos los grupos.

— No se admiten liquidaciones complementarias por incremento de bases (L03, L90, V03 o V90) excepto por el concepto de horas extraordinarias, en cuyo caso sí se admitirían L03 o L90. Al igual que en la actualidad, no se admitirán liquidaciones L91, L02 o L13 de períodos en los que el trabajador esté incluido en una liquidación L00 referida al mismo mes, ya que la cuota fija se ha calculado en la liquidación L00.

— De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de la DA 43ª de la LGSS, los contratos formativos en alternancia a tiempo parcial cotizarán como contratos a tiempo completo,

por lo que independientemente de que el contrato se celebre a tiempo parcial no se comunicará el número de horas trabajadas. No obstante, en situaciones especiales a tiempo parcial (ERTE Parcial- pec 18- , Maternidad o paternidad parcial –pec 32 o 33–) sí será obligatorio comunicar el número de horas trabajadas relativas a la parte de jornada de activo.

— En el supuesto de que la empresa haya realizado aportaciones a planes de pensiones de empleo y comunicado la correspondiente SAA 439 en el ámbito de afiliación, será obligatorio informar el concepto 301 "base de cotización sin aportación a plan de pensiones", aunque coincida con la base mínima. En esta fase el sistema no aplicará la reducción, dado que únicamente calculará la cuota fija.

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

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y la inspección de trabajo

The national action plan against forced labour and labour inspection

Almudena Núñez-García Bada *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social en la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social*

Cita Sugerida: NÚÑEZ-GARCÍA BADA, A.: «El plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y la inspección de trabajo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 257-275

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo, en primer lugar, ofrecer un análisis del concepto de trabajo forzoso en España desde la perspectiva del camino que recientemente se ha iniciado por el 'Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas', que ha sido concebido como un instrumento clave para la adopción de una acción nacional integral en la lucha contra el trabajo forzoso. Y, en segundo lugar, presentar la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y su función en la lucha contra el trabajo forzoso y otras figuras relacionadas, tales como la trata de seres humanos y la explotación laboral.

Palabras clave

Inspección de Trabajo; trata de seres humanos; trabajo forzoso; explotación laboral

Abstract

This study aims, first of all, to provide an analysis of the concept of forced labour in Spain from the perspective of the approach that was recently initiated by the 'National Action Plan against Forced Labour: Compulsory Labour Relations and Other Forced Human Activities', which has been conceived as a key instrument for the adoption of comprehensive national action in the fight against forced labour. Secondly, to present the work of the Labour and Social Security Inspectorate and its role in the fight against forced labour and other related issues, such as human trafficking and labour exploitation.

Keywords

Labour inspection; human trafficking; forced labour; labour exploitation

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo forzoso es, siguiendo la definición consagrada en el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (número 29) de la Organización Internacional del Trabajo, '*todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*'.

La finalidad del Convenio ha sido y sigue siendo la supresión del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas. Lo que, sin embargo, no ha sucedido trascurrido casi un siglo desde su adopción. La OIT ha venido denunciando de forma continuada la existencia, incluso el incremento, del trabajo forzoso, que afecta a millones de hombres, mujeres y niños en el mundo[1], y de ahí la adopción de dos nuevos instrumentos en lucha contra esta lacra por esa organización internacional.

[1] Según el informe de la OIT Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna Trabajo forzoso y matrimonio forzoso, de septiembre de 2022, alrededor de 49,6 millones de personas vivieron en el año 2021 en condiciones de lo que se ha denominado esclavitud moderna, de los cuales 27,6 millones en situaciones de trabajo forzoso y 22 en situaciones de matrimonio forzoso.
Entre las situaciones de trabajo forzoso, se estimó que 17,3 millones fueron objeto de explotación en el sector privado; 6,3 millones en situaciones de explotación sexual comercial forzosa, y, 3,9 millones en situaciones de trabajo forzoso impuestas por estados.
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_854797.pdf
El informe además señala el incremento del trabajo forzoso entre los años 2016 y 2021 a nivel mundial.

De esta forma, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, y la Recomendación número 203 sobre el trabajo forzoso (de medidas complementarias), de 2014, buscan dar un nuevo impulso a la lucha mundial contra el trabajo forzoso.

España ratificó el Convenio sobre el trabajo forzoso en agosto 1932 y, ochenta y cinco años después, en septiembre de 2017, el Protocolo de 2014. El Protocolo entró en vigor el 20 de septiembre de 2018 en nuestro país.

El Protocolo en su artículo 1.3 incluye expresamente, al mantener la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio de 1930, la lucha contra la trata de seres humanos con fines de trabajo forzoso u obligatorio, y lo hace en los siguientes términos: '*se reafirma la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio y, por consiguiente, las medidas mencionadas en el presente Protocolo deberán incluir actividades específicas para luchar contra la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio'*.

En el apartado 2 de su artículo 1 el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, establece la obligación de que los estados firmantes formulen '*en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, una política y un plan de acción nacionales a fin de lograr la supresión efectiva y sostenida del trabajo forzoso u obligatorio que prevea la adopción de medidas sistemáticas por parte de las autoridades competentes y, si procede, en coordinación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como con otros grupos interesados'*.

Antes de plantear algunos aspectos fundamentales del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso adoptado en España en cumplimiento de esta obligación es conveniente señalar tres cuestiones que han sido relevantes a la hora de abordar el trabajo forzoso en el ámbito nacional para poder valorar convenientemente su importancia:

1) La falta de tipificación expresa como delito del trabajo forzoso en el Código Penal español.

2) Las acciones relativas a combatir el delito de trata de seres humanos se han centrado principalmente, desde la introducción del delito de trata en el Código Penal español, en la trata con fines de explotación sexual.

3) La deficiente protección de las víctimas derivada, entre otros aspectos, de las anteriores circunstancias.

La falta de tipificación expresa como delito del trabajo forzoso en el Código Penal español, a diferencia de lo que sucede en muchos países de nuestro entorno[2], es, como no podría ser de otra forma, uno de los objetivos fundamentales del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso a los que posteriormente se hará referencia.

El delito de trata de seres humanos sí se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico español, en el artículo 177 bis del Código Penal; y lo hace siguiendo la definición del artículo 3 del Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Protocolo de Palermo) de 15 de noviembre de 2000, ratificado por España en el año 2003, según el cual es trata de seres humanos: '*la captación, el transporte, el traslado, la*

[2] El Dossier de Documentación sobre trata de seres humanos, trabajo forzoso y esclavitud del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales publicado en 2019 ofrece una interesante comparativa de la legislación de varios estados. Este dossier recoge por una parte protocolos, directrices y normativa internacional, y, por otra, legislación y jurisprudencia de varios países europeos, Alemania, España, Finlandia, Francia, Países Bajos, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia:
https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/dossier-trata-de-seres-humanos-trabajo-forzoso-y-esclavitud.pdf

acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos'.

No siendo el objeto único de este estudio profundizar en los conceptos de trabajo forzoso y de trata de seres humanos con un análisis más pormenorizado[3], se considera necesaria una breve mención a la relación entre ambas conductas, distinguiéndolas, para poder tener una imagen más acertada de la realidad española.

El artículo 177 bis del Código Penal fue introducido por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y modificado posteriormente por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con el fin de adecuarse a la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

El artículo 177 bis del Código Penal, en su redacción actual, define en su apartado primero un concepto de trata de seres humanos en consonancia con el Protocolo de Palermo y la Directiva:

'Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales

e) La celebración de matrimonios forzados'

A continuación se procede a destacar algunas notas sobre el delito de trata de personas en el Código Penal español de interés para el presente estudio:

— El delito de trata de seres humanos es un delito de tendencia, que se consuma por tanto sin la necesidad de que se haya logrado de forma efectiva alguna de las finalidades previstas en el mismo. Por ello, si se consigue el cumplimiento del propósito o fin de la trata existiría un concurso del delito de trata con cualquiera de los delitos correspondientes a la finalidad consumada (por ejemplo, concurso del delito de trata y del delito de prostitución coactiva en el caso de que la finalidad de la trata sea la explotación para la prostitución de la víctima).

[3] Diversas publicaciones, artículos y estudios han abordado estas cuestiones.
Ya en el año 2011 la Fiscalía General del Estado publicaba la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

— La imposición de trabajos o servicios forzados se encuentra incluida en el artículo 177 bis.1.a del Código Penal como una de las finalidades de la trata de seres humanos. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, el trabajo forzoso no está tipificado como delito en el Código Penal español ni tampoco lo están expresamente la esclavitud ni la servidumbre.

— En los supuestos incluidos en el ámbito laboral, esta falta de tipificación ha derivado en la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311.1 y 312.2 del Código Penal que se suelen denominar delitos de explotación laboral en concurso con el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis[4].

— El bien jurídico protegido en la trata de personas es la dignidad del ser humano y no otros intereses jurídicos, diferenciándose claramente de otras conductas como el delito de tráfico ilegal del artículo 318 bis del Código Penal, en el que el bien jurídico protegido es la defensa de la frontera del estado, su control y las políticas de flujos migratorios nacionales, o de los delitos de explotación laboral de los artículos 311.1 y 312.2 del Código Penal en los que se protegen los derechos de los trabajadores.

— El delito de trata de seres humanos obliga a sancionar tantos delitos como víctimas hubiese[5], lo que no ocurre sin embargo respecto de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311.1 y 312.2, en los que existe un único delito con independencia del número de víctimas del mismo.

En segundo lugar, a las dificultades derivadas de la falta de tipificación del trabajo forzoso, ha de añadirse, como se ha indicado anteriormente, que la lucha contra la trata se ha centrado especialmente en la trata con fines de explotación sexual.

Hay que tener en cuenta que un año después de la introducción en el Código Penal del artículo 177 bis, fue adoptado el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos por acuerdo de fecha de 28 de octubre de 2011, de los Ministerios de Justicia, Interior, Empleo y Seguridad Social, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial.

Este Protocolo parte de un enfoque integral en la lucha contra la trata, siendo su finalidad la detección, identificación y asistencia y protección de todas las víctimas de trata de seres humanos, desde una perspectiva de promoción y protección de los Derechos Humanos, incluyendo la coordinación de las instituciones implicadas y la comunicación y la cooperación con las organizaciones y entidades (ONGs) especializadas en la asistencia a las víctimas.

No obstante, la realidad nos muestra que la finalidad de explotación sexual es, como se ha dicho, la que con carácter general se ha afrontado con mayor intensidad en la última década, tanto desde las perspectivas de detección e identificación como desde la protección, asistencia a las víctimas y desde la concienciación e información y la cooperación internacional.

Se ha contado para ello con dos instrumentos clave, el Plan Integral de lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2009-2012, como primer instrumento integral dirigido específicamente a la trata con fines de explotación sexual, y el Plan integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas

[4] Puede resultar de interés el estudio de los hechos probados realizado por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª) Sentencia número 140/2019, de 12 marzo, y el razonamiento por el cual esos hechos se consideran constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311.1 del Código Penal y no de un delito de trata de seres humanos con fines de trabajo forzado del artículo 177 bis.

[5] Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios de 31/05/2016 del Tribunal Supremo.

con fines de explotación sexual 2015-2018; no habiéndose aprobado un instrumento similar para otras finalidades de trata.

Por lo que en estos años se han adoptado una serie de medidas ciertamente positivas y necesarias sobre cooperación de las instituciones implicadas y la sociedad civil, sobre la protección y asistencia a las víctimas de trata, concienciación social, etcétera. Eso sí, referidas fundamentalmente a la trata con fines de explotación sexual.

Por otra parte, como es lógico, al no existir un delito específico de trabajo forzoso no existen estadísticas y datos sobre el trabajo forzoso en España, sin embargo, tanto el Ministerio del Interior como la Fiscalía General del Estado ofrecen desde hace varios años información cuantitativa y cualitativa anual sobre trata de seres humanos, de forma desagregada según la finalidad de la trata, y sobre los delitos de explotación laboral de los artículos 311.1 y 312.2 del Código Penal.

No son pocas las críticas que han surgido sobre la deficiente capacidad de las Administraciones Públicas en la identificación de víctimas de trata. Las cifras son ciertamente bajas y las sentencias condenatorias son muy pocas. Si se habla de trata con fines distintos a la explotación sexual, las cifras son incluso inferiores, lo que se puede apreciar en las estadísticas disponibles.

El Ministerio del Interior publica un Balance estadístico sobre la situación en España desde el año 2014. En el Balance de los años 2017 a 2021[6] se indica que más del 60% de las víctimas de trata identificadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo fueron con la finalidad de explotación sexual.

Las cifras de víctimas identificadas por trata con fines de trabajo forzado aumentan progresivamente desde 58 víctimas en el año 2017, hasta 192 en 2019, volviendo a disminuir, siendo 51 en el año 2021.

El número de víctimas de trata identificadas con las finalidades de mendicidad, comisión de delitos y matrimonios forzados es incluso inferior.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual recoge los datos de los procedimientos judiciales incoados, así como de las diligencias de seguimiento abiertas.

En el año 2021 más del 65% de las diligencias iniciadas se refieren a la persecución del delito de trata con la finalidad de explotación sexual (74 diligencias); el 16% a trata laboral (18 diligencias), y, en relación con las otras finalidades, 4 diligencias de trata con fines de matrimonio forzado; 9 diligencias de trata con la finalidad de comisión de delitos y una diligencia de trata con fin de servidumbre[7].

Como sucede en España, en los países de nuestro entorno se observa en general una prevalencia clara de la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual, salvo excepciones como puedan ser Reino Unido[8] o Países Bajos, en los que los casos de trata con finalidad de trabajo forzoso serían superiores a los de explotación sexual de acuerdo con los datos aportados por los estados a la Comisión Europea[9].

[6] Trata y explotación de seres humanos en España. Balance estadístico 2017-2021 https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/Balance-Ministerio-TSH-2017-2021.pdf

[7] https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/index.html

[8] Eurostat no ofrece datos de Reino Unido desde su salida de la Unión Europea, sin embargo, sí se pueden encontrar datos y acciones en materia de trata de este país en la página web de Europol debido a la cooperación entre Europol y las autoridades competentes de Reino Unido. Lo que puede resultar interesante ya que Reino Unido fue uno de los estados pioneros en la materia al aprobar una ley específica contra la trata en el año 2015 (Modern Slavery Act).

[9] https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Trafficking_in_human_beings_statistics&stable=1

A nivel europeo más de la mitad de los casos han tenido la finalidad de explotación sexual en los últimos años (hasta el año 2021), el porcentaje de trabajo forzoso ha aumentado entre 2019-2021 hasta un 30% y algo más del 10% correspondería a otras finalidades.

Teniendo en cuenta lo anterior no es extraño observar que en el año 2021 en la Unión Europea dos tercios de las víctimas identificadas fuesen mujeres y niñas.

La mayoría de las victimas son de la misma nacionalidad que el país en el que ha tenido el lugar el delito, sin embargo, en España y otros estados el porcentaje de víctimas nacionales es mínimo[10] siendo las víctimas en su gran mayoría ciudadanos extranjeros y una pequeña parte ciudadanos comunitarios.

España habría sido en el año 2021 el penúltimo país de Europa, por detrás de la República Checa, en cuanto a número de víctimas identificados por millón de habitantes.

Desde la Unión Europea y desde el Consejo de Europa se viene reclamando de forma general un mayor impulso a las políticas y acciones en materia de trata con fines de trabajo forzoso.

Corresponde señalar que el Grupo de expertos contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (GRETA) en su Recomendación (CP(2018)27) sobre la aplicación del Convenio del Consejo de Europa específica para España sobre la lucha contra la trata de seres humanos incidía especialmente en la necesidad de reforzar la lucha contra la trata de seres humanos en el ámbito laboral, la identificación y la protección y asistencia de las víctimas, con la participación de las Administraciones Públicas y de la sociedad civil, incluyendo a los interlocutores sociales y el sector privado.

En la Recomendación se destacaba la conveniencia del refuerzo en España del papel de los Inspectores de trabajo, señalándose en concreto necesidades de actuación en los sectores agrario y el trabajo doméstico, así como el control de las agencias de contratación, de las empresas de trabajo temporal y de las cadenas de suministro.

Por otra parte, también es interesante apuntar que desde la Unión Europea se está llevando a cabo una política integradora en materia de trata. Se prevé la modificación de la Directiva europea en la materia[11] y se cuenta con una Estrategia de la Unión Europea sobre la lucha contra la trata de seres humanos plurianual[12]. Dentro de este marco se desarrollan actuaciones específicas de cooperación en materia de trata y explotación laboral. Un ejemplo de ello serían las acciones de cooperación que desde hace varios años Europol coordina entre los Cuerpos de policía y las Inspecciones de Trabajo nacionales sobre trata y explotación laboral. Estas acciones se han visto reforzadas por la participación de la Autoridad Laboral Europea, de reciente creación[13].

La cooperación entre Europol y la Autoridad Laboral Europea en materia de trata y explotación laboral se inició en el año 2021 con unas jornadas de acción conjunta en el sector agrícola con resultados positivos en distintos países europeos, incluida España[14].

Estas acciones europeas suponen para nuestro país la continuidad natural de una cooperación constante y habitual entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad forjada ya hace mucho tiempo. Esta cooperación se da normalmente en la lucha contra

[10] Sin embargo, no hay que olvidar que la trata no es un delito que en España afecte únicamente a ciudadanos extranjeros. Como ejemplo, en una de las escasísimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de trata de ámbito laboral, sentencia 196/2017, de 24 marzo, son víctimas ciudadanos españoles.

[11] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0732

[12] Vigente actualmente la Estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025.

[13] Se creó en julio de 2019. Se puede consultar información en: https://www.ela.europa.eu/en

[14] https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/eu-authorities-target-labour-exploitation-in-fields

la llamada economía irregular; pero también se investigan casos de posibles delitos, incluidos la explotación laboral o la trata de seres humanos con la finalidad de trabajo forzoso.

En último lugar, no se puede olvidar que en España ha habido serias dificultades en la respuesta de protección y asistencia a las víctimas identificadas de trata de ámbito laboral[15]. El perfil de la víctima de la trata de ámbito laboral difiere del perfil de víctima que habitualmente es asistida y protegida en España, la víctima de la trata con fines de explotación sexual:

— En primer lugar, la trata con fines de explotación sexual afecta fundamentalmente a mujeres y niñas (con porcentajes superiores al 90% a nivel nacional). En la trata de ámbito laboral, con la excepción más señalada de los supuestos de trabajo doméstico, se identifican más hombres que mujeres entre las víctimas o suele estar más equilibrada la proporción entre hombres y mujeres.

— Y, en segundo lugar, las necesidades de protección y asistencia efectivas de cada víctima también difieren en función del tipo y características de la situación y explotación sufridas.

Las entidades especializadas han denunciado en los últimos años la falta de recursos y de servicios específicos para víctimas de formas de trata diferentes a la trata con fines de explotación sexual, ya sean mujeres, hombres, menores, personas transgénero, o se trate de familias, personas con discapacidades u otras necesidades específicas.

2. PLAN DE ACCIÓN NACIONAL CONTRA EL TRABAJO FORZOSO: RELACIONES LABORALES OBLIGATORIAS Y OTRAS ACTIVIDADES HUMANAS FORZADAS

Hablar de trabajo forzoso o de trata de seres humanos[16], podría parecer un fenómeno lejano o ajeno a la realidad de los países occidentales en las últimas décadas, sin embargo, claramente no lo es. Así lo muestran las distintas publicaciones, estadísticas, acciones, normas, sentencias de órganos judiciales, etcétera, nacionales y de organismos internacionales, así como los medios de comunicación. La cosificación o instrumentalización del ser humano y la imposición de las formas más graves de explotación son actualidad.

El día 24 de diciembre de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas.

Este Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso busca dar respuesta a carencias evidentes en España en materia de trabajo forzoso y de otras figuras tales como la trata de seres humanos.

El Plan parte de un enfoque que se ha denominado 'victimocentrico'; como el propio Plan indica, su elaboración busca '*dar mejor respuesta a las situaciones de trabajo forzoso que se producen en el ámbito de las relaciones laborales en España.*

Estas medidas se han de adoptar desde un enfoque de derechos humanos, que relaciona el trabajo forzoso con una lesión a la dignidad de la persona, y por tanto centrado en las víctimas y sus necesidades.'

Como se apuntaba anteriormente en relación con el delito de trata de seres humanos, el bien jurídico que se ha de proteger es la dignidad de la persona.

[15] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 536/2015, de 20 de octubre, se describe una situación de amenazas derivada de un posible ejemplo protección deficiente a tres hombres víctimas de trata.

[16] Se habla también de esclavitud moderna o esclavitud del siglo XXI, como han denominado Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o la Unión Europea a la trata.

Es cierto que el trabajo forzoso y la trata a priori no tienen un carácter transnacional pero también es cierto que son situaciones relacionadas estrechamente con condiciones de vida precarias y que, como se observa en las estadísticas disponibles a nivel nacional en materia de trata de seres humanos, parte importante de las víctimas de trata son extranjeros en situación administrativa irregular.

La vulnerabilidad de este colectivo puede ser utilizada para conseguir su sometimiento. Debe primar en este ámbito un enfoque de Derechos Humanos frente a un enfoque de control migratorio y protección de fronteras, ya que no se está hablando (o no se está hablando únicamente) de un delito de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal[17], por lo que son necesarias políticas y medidas claras que garanticen la protección de la dignidad y libertad de las personas independientemente de su situación administrativa en España.

En el año 2009 se introdujo el artículo 59 bis sobre protección específica a las víctimas de trata de seres humanos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificado posteriormente por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, y Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio[18]. En este artículo se reconoce el derecho a un periodo de restablecimiento y reflexión de duración suficiente para que la víctima potencial de trata pueda decidir si coopera con las autoridades en la investigación del delito de trata, y, en cualquier caso, con una duración mínima de noventa días. Durante ese período se autoriza a la víctima su estancia temporal en España por lo que no se incoará expediente sancionador o se suspenderá el expediente administrativo sancionador si hubiese incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución. Y se establece la obligación de que la Administración Pública competente vele por la subsistencia, seguridad y protección de la víctima y, si procede, de sus familiares[19].

De acuerdo con la disposición adicional única del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, las previsiones sobre acogida y protección de víctimas serán de aplicación a las víctimas potenciales de trata que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o que estén incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del régimen comunitario de extranjería.

No obstante, no hay que olvidar que, para garantizar una protección y asistencia adecuadas a las víctimas de trata, en primer lugar, estas víctimas tienen que ser identificadas como tales.

En las fases iniciales de detección e identificación de las víctimas de trata y de otros delitos relacionados las instituciones se enfrentan a serias dificultades. Algunas de estas dificultades surgen de la desconfianza en las autoridades, la falta de conocimiento del idioma o las normas legales o la falta de reconocimiento y conciencia de la propia víctima de su condición de víctima de un delito. Pero además es necesario tener en cuenta otros factores, tanto en los estados de recepción como en los estados de origen y tránsito, en una economía cada vez más 'globalizada' y con constantes situaciones de crisis alimentarias, crisis medioambientales y conflictos bélicos que generan flujos migratorios de millones de personas.

Partiendo de ese enfoque de Derechos Humanos centrado en la dignidad de la persona, hay que señalar que el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y

[17] En su caso, existiría concurso de delitos, de acuerdo con al apartado 9 del art. 177 bis, que establece expresamente que '*las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*'.

[18] Se prevé modificación de este precepto por la futura Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos (Disposición final quinta del Anteproyecto de Ley Orgánica).

[19] Siendo indudable que la Administración ha de asumir sus obligaciones en la investigación del delito y en la asunción de la protección y asistencia a las víctimas conforme a la normativa internacional y nacional.
Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de enero de 2010 (núm. 25965/04) en el Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia) que ya en 2010 establecía esa responsabilidad estatal.

otras actividades humanas forzadas, como su extenso nombre indica, no se refiere exclusivamente a las relaciones laborales, entendidas en el sentido del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, tampoco se incluye en el Plan toda conducta que puede ser definida como trabajo forzoso de acuerdo con el artículo 2.1 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (número 29) de la OIT.

El Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso toma como punto de partida la definición de trabajo forzoso del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (número 29) de la OIT, '*todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*', por lo que se incluyen las denominadas relaciones laborales obligatorias (relaciones laborales que serían lícitas) así como las actividades humanas forzadas, es decir, actividades tanto ilícitas como actividades alegales que se impongan en condiciones de ausencia de libertad de la víctima.

En el ámbito de las llamadas relaciones laborales obligatorias se incluyen aquellos supuestos de trabajo forzoso que se den dentro del marco de unas relaciones laborales reguladas por la legislación laboral española. Será en este marco por tanto en el que se desplieguen la actuación y las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El Plan indica que se excluyen del mismo las actividades humanas forzadas relacionadas con la explotación sexual, así como la trata con fines de explotación sexual, lo que se justifica fundamentalmente debido a que han sido objeto de atención específica por otras políticas públicas [20] en los últimos años y por la diferenciación en el perfil y características particulares de las víctimas. Por ello los trabajos de elaboración y desarrollo del Plan se centraron en medidas para la protección de las víctimas de trabajo forzoso y otras víctimas de trata de seres humanos.

2.1. ACCIONES DERIVADAS DEL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL CONTRA EL TRABAJO FORZOSO: RELACIONES LABORALES OBLIGATORIAS Y OTRAS ACTIVIDADES HUMANAS FORZADAS

Antes de abordar las medidas fundamentales que se derivan del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso es importante señalar que por primera vez en un instrumento de estas características se suman los esfuerzos de las Administraciones Públicas, las instituciones y la sociedad civil, incluyendo la participación de las organizaciones especializadas que ya cuentan con la experiencia de años de trabajo en la protección y asistencia a las víctimas el ámbito de los Planes integrales contra la trata con fines de explotación sexual, pero también de los interlocutores sociales, tanto de los sindicatos como de las asociaciones empresariales, esenciales ambos en la lucha contra el trabajo forzoso y la trata con fines de trabajo forzoso.

No hay que olvidar que es interés de los sindicatos y de las asociaciones empresariales mantener un marco social de respeto a la legalidad, a los derechos de los trabajadores y a la competencia libre y leal entre empresas, sin distorsiones y desequilibrios propiciados por incumplimientos en materia laboral que, en sus formas más extremas, pueden incluir el trabajo forzoso.

La aprobación del Plan ha dado respuesta a una obligación contraída por España tras la ratificación del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930; y, a nivel nacional, supone abrir un camino de cooperación, coordinación y cumplimiento de compromisos

[20] Fundamentalmente:
Plan Integral de lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2009-2012
https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/informes/DOC/PlanIntegralTSHconFES.pdf
Plan integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018
https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/planIntegral/DOC/Plan_Trata_2.pdf

adoptados por todos sus participantes con la finalidad última de luchar de forma efectiva y continuada contra el trabajo forzoso en todas sus formas y manifestaciones.

En el trabajo de elaboración del texto del Plan participaron y cooperaron los miembros de un grupo de trabajo creado ad hoc con representantes de:

— Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (actualmente el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones)

— Ministerio del Interior

— Ministerio de Justicia

— Consejo General del Poder Judicial

— Fiscalía General del Estado

— Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación

— Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

— Ministerio de Presidencia Relaciones con las Cortes e Igualdad (actualmente el Ministerio de Igualdad)

— Ministerio de Educación y Formación Profesional

— Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (actualmente el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030).

— Ministerio de Hacienda.

Los interlocutores sociales y las entidades especializadas contribuyeron asimismo con sus aportaciones.

Estos trabajos se lideraron, en un primer momento, por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y, posteriormente, debido a cambios en la organización ministerial, por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, y, en concreto, por el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Siguiendo la estructura marcada por el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, y la Recomendación número 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014, el Plan se divide en cinco áreas de actuación:

I. Medidas de análisis y estudio del fenómeno

Ya se ha indicado anteriormente que, como consecuencia fundamentalmente de la falta de tipificación del trabajo forzoso como delito no existen estadísticas específicas sobre trabajo forzoso sino sobre trata de seres humanos en el ámbito laboral y sobre los delitos de explotación laboral de los artículos 311.1 y 312.2 del Código Penal. Por ello el Plan incluye acciones dirigidas a profundizar en el conocimiento del delito, la elaboración de estudios y un diagnóstico al efecto, además de la necesidad de elaboración de herramientas estadísticas específicas que ofrezcan una imagen fiable del trabajo forzoso en España por parte de las instituciones competentes.

Se incluye el establecimiento de un sistema de indicadores con una posible diferenciación sectorial cuyo desarrollo podrá resultar un apoyo relevante en las investigaciones sobre trabajo forzoso.

II. Medidas de prevención, concienciación y formación

Esta área abarca medidas de formación para el personal de las Administraciones implicado y para los interlocutores sociales y las entidades especializadas. Pero también medidas de concienciación social generales, campañas e información a empleadores y a personas trabajadoras, colaboraciones con interlocutores sociales y entidades especializadas, tanto en España como a través de las Misiones diplomáticas y consulares y las Consejerías de Trabajo en el exterior. Y, por último, no faltan las acciones preventivas y de apoyo en el ámbito educativo.

La concienciación, la información y la formación adecuadas son necesarias para que las instituciones implicadas y los distintos sectores de la sociedad civil puedan entender el trabajo forzoso y la trata de seres humanos con fines de trabajo forzoso como un gravísimo atentado contra la dignidad de la persona y participar en la lucha contra estas conductas.

III. Medidas de detección, investigación y enjuiciamiento

Se introducen medidas de naturaleza reactiva a adoptar para la mejora de las capacidades del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Ministerio Fiscal y de la Judicatura. Además, se incluyen medidas de colaboración y cooperación entre los anteriores.

Dentro de estas medidas es importante destacar la Acción relativa a la tipificación en el Código Penal como delitos diferenciados del trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre. Esta medida, como ya se ha indicado, constituye uno de los pilares fundamentales en que se sustenta el Plan.

También es de gran interés la sistematización y actualización de la redacción de los delitos contra los derechos de los trabajadores[21], y el estudio del tratamiento específico en el Código Penal de la responsabilidad de las personas jurídicas y la responsabilidad en la subcontratación.

IV. Medidas de protección, atención y asistencia a las víctimas

Se incluyen medidas de protección de las víctimas como la configuración de una red de protección y asistencia a todas las víctimas, con una específica mención al sistema de protección de víctimas en situación administrativa irregular, y acciones para fortalecer la coordinación con los interlocutores sociales y las entidades especializadas.

La protección a las víctimas de trabajo forzoso y de trata en este ámbito es objetivo último del Plan y una obligación clara para las Administraciones Públicas que habrán de tener en cuenta sus distintas necesidades.

[21] La necesidad de una reforma de los delitos contra los derechos de los trabajadores ha sido destacada, entre otros, por parte del Ministerio Fiscal (Capítulo III. 3. Extranjería, de la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2020 https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html)

V. Medidas de coordinación y cooperación internacional

Se trata de medidas de cooperación bilateral y multilateral. Son medidas necesarias para el fortalecimiento de las relaciones internacionales en la lucha contra la trata y el trabajo forzoso desde la perspectiva de España como un país (principalmente) de recepción y de transito de las víctimas.

Estas cinco áreas de actuación suman trece objetivos dentro de los cuales se integran las cuarenta y una acciones del Plan.

El Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso tiene una vigencia de tres años durante los que las funciones de seguimiento se llevan a cabo por un Grupo de trabajo interministerial que elaborará los informes de seguimiento anuales de las distintas áreas y acciones.

Este Grupo de trabajo interministerial está presidido por el organismo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social siendo el/la directora/a del Organismo Estatal el/la Delegado/a Nacional contra el trabajo forzoso y en él participarán representantes de las Administraciones e instituciones anteriormente citadas. Se prevé además la participación de los interlocutores sociales y las entidades especializadas.

Una vez finalizado ese plazo de tres años se analizará el grado de cumplimiento de las acciones del Plan de forma tanto cuantitativa como cualitativa. Esta evaluación final servirá de base para la adopción de futuras políticas en materia de trabajo forzoso y trata en el ámbito laboral.

3. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. EL TRABAJO FORZOSO Y LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

3.1. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Antes de hablar de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y trabajo forzoso es conveniente recordar de forma breve qué es la Inspección y cuáles son sus cometidos.

La Inspección es el servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social, exigir responsabilidades en este ámbito, así como el asesoramiento y, en su caso, la conciliación, mediación y arbitraje en esas materias.

En la ITSS se integran el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Subinspectores Laborales que cuenta con dos escalas especializadas, la Escala de Empleo y Seguridad Social y la Escala de Seguridad y Salud Laboral.

La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social establece que la función inspectora comprende los cometidos de vigilancia y exigencia del cumplimiento de normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos en materia de:

— relaciones laborales,

— prevención de riesgos laborales,

— Seguridad Social,

— colocación, empleo y protección por desempleo;

— emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros;

— formación profesional ocupacional y continua; y

— empresas de trabajo temporal, agencias de colocación y planes de servicios integrados de empleo.

Por lo que la Inspección es un servicio público especializado en materia laboral entendida en su sentido más amplio.

Como se indica en el artículo 20.1 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección las actuaciones inspectoras se rigen por lo establecido en esta norma, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social y en sus normas de desarrollo.

En el ejercicio de sus funciones, los inspectores, que tienen el carácter de autoridad pública conforme al artículo 13 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección, pueden desarrollar las facultades previstas en este precepto. De forma resumida, y según los términos previstos en la Ley Ordenadora, los inspectores están autorizados a:

— La entrada libre y sin previo aviso en cualquier centro de trabajo o lugar sujeto a inspección y permanencia en el mismo, con las particularidades previstas en el caso de tratarse del domicilio de una persona física.

— La práctica de cualquier diligencia de investigación que considere necesaria para la realización de sus funciones; así como la obtención de fotografías, vídeos o muestras, entre otros.

— Requerir información, examinar documentación e identificar a las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado o exigir razón de su presencia en el mismo.

— Exigir la comparecencia y presentación de documentación en las oficinas públicas correspondientes.

— Adoptar en su caso medidas cautelares oportunas y proporcionadas, entre otras facultades.

Las actuaciones de la ITSS se inician de oficio como consecuencia de orden superior, de orden de servicio derivada de programas de inspección, así como a petición razonada de otros órganos, denuncia o por propia iniciativa de los inspectores, conforme a criterios de eficacia y oportunidad, y según lo previsto en el artículo 20.3 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección.

Y como consecuencia de esas actuaciones inspectoras, y finalizada la actividad comprobatoria, se podrán adoptar una serie de medidas, tales como requerir la adopción de medidas o subsanación de deficiencias, iniciar procedimientos sancionadores mediante la extensión de actas de infracción, iniciar expedientes liquidatorios por deudas a la Seguridad Social, promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, altas y bajas de personas trabajadoras u ordenar la inmediata paralización de trabajos en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores, entre muchas otras.

El procedimiento sancionador en el orden social se inicia, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con la extensión de un acta de infracción por la Inspección notificada a su titular conforme a lo previsto en esta Ley y en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición

de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

3.2. EL TRABAJO FORZOSO Y LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho se puede delimitar el papel a desarrollar por la Inspección respecto al trabajo forzoso o respecto de un delito de trata de seres humanos con finalidad de trabajo forzoso.

Es evidente que el día a día de los funcionarios de la ITSS no es enfrentarse a estos delitos sino a infracciones en el orden social, si bien tampoco es extraño a su actividad investigar conductas que puedan ser constitutivas de ilícitos penales, procediéndose en este caso a remitir a través del cauce orgánico correspondiente informe a los órganos judiciales competentes o al Ministerio Fiscal.

En este sentido, el último Informe Anual de la Inspección de Trabajo que Seguridad Social publicado, correspondiente al año 2021, ofrece en su introducción los siguientes datos generales[22]:

'Durante el año 2021 se han detectado 78.686 infracciones a la legislación del orden social (incluyendo 1.984 requerimientos a la Administración), con un importe de las sanciones propuestas de 286.439.767,47 euros.

Asimismo, se han formulado 205.101 requerimientos (sin incluir los 1.984 requerimientos a la Administración), 1.703 consultas y asesoramiento, 43 paralizaciones de obras, trabajos o tareas y 2.036 informes sobre presunta responsabilidad penal. (...).'

Los más de dos mil informes sobre presunta responsabilidad penal realizados en el año 2021 por la Inspección se emiten conforme a lo previsto en el artículo 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 en el Orden Social y en el artículo 5 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

La mayor parte de los informes sobre presunta responsabilidad penal emitidos por la Inspección sobre posibles delitos contra los derechos de los trabajadores son informes en materia de prevención de riesgos laborales[23].

El artículo 5 del Real Decreto 928/1998 establece que:

'1. Cuando el funcionario actuante considere que los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador pudieran ser constitutivos de ilícito penal, remitirá al Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informe con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados.

Si el Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social estimase la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver, quien acordará, en su caso, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el Capítulo III por los mismos hechos, hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial.

[22] Informe Anual de la Inspección de Trabajo que Seguridad Social 2021 (I. Introducción 1. Datos básicos, página 11). https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2021_8.pdf

[23] Informe Anual de la Inspección de Trabajo que Seguridad Social 2021 (IV Anexo. 2. Resumen general de actuaciones, página 123).

Con la remisión del expediente administrativo sancionador, se solicitará de la autoridad judicial, la notificación de la resolución que ponga fin al procedimiento, que se efectuará en los términos previstos en el artículo 270 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

También se suspenderá el procedimiento administrativo cuando, no mediando dicha comunicación, se venga en conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamento en relación al mismo presunto responsable (...).'

Esta comunicación sin embargo no afectará al cumplimiento de la paralización de los trabajos en el centro a que se refiere el artículo 44 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ni a los requerimientos que se hayan podido formular, ni a la exigencia de deudas al sistema de Seguridad Social.

Hay que señalar que la condena por un delito en sentencia firme excluye la imposición de sanción administrativa siempre que se trate de los mismos hechos y exista identidad de sujeto y fundamento, sin perjuicio de las liquidaciones de cuotas a la Seguridad Social que correspondan y demás conceptos de recaudación conjunta y en su caso de la exigencia de reintegro de ayudas bonificaciones o prestaciones sociales percibidas indebidamente.

Por lo que, conforme a las anteriores normas, la Inspección podrá elevar para su remisión informe en relación con posibles supuestos de explotación laboral, así como de trata de seres humanos con fines de trabajo forzoso.

En este sentido el Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos de 2011 ya reconoció la labor de la ITSS en la detección de posibles víctimas de trata de seres humanos. El Protocolo diferencia cuatro posibles vías de detección: la detección por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por la Inspección, en frontera o en Centros de Internamiento de Extranjeros, y por otros servicios o entidades; señalando respecto de la Inspección lo siguiente:

— La Inspección de Trabajo y Seguridad Social o el organismo autonómico competente desarrollará las actuaciones de investigación necesarias en el ámbito de sus funciones y competencias con el fin de detectar situaciones de explotación laboral.

— Las actuaciones que realice de forma programada en casos de trata se llevarán a cabo en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de forma conjunta preferentemente.

— Si se detectaran indicios de trata de seres humanos durante el curso de una actuación inspectora no programada se pondrá en conocimiento de la Jefatura de la Inspección Provincial que procederá conforme a lo previsto en el artículo 17.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social[24], remitiéndose comunicación por el cauce orgánico reglamentariamente determinado al Ministerio Fiscal, que coordinará las actuaciones, comunicándolo asimismo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

— Los funcionarios desarrollarán, en relación con las condiciones de trabajo de las posibles víctimas de la trata, sus cometidos de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas del orden social y de asistencia técnica. Se especifica además que las actuaciones de los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social

[24] El Protocolo Marco hacía referencia al artículo 10.3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Referencia que corresponde actualmente al artículo 17.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

comprenderán las materias laboral, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social y de empleo e inmigración.

— Se emitirá informe por el cauce correspondiente al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de su comunicación al órgano judicial competente. Se adoptarán las medidas correspondientes, de acuerdo con la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 23), si bien, se actuará conforme a lo previsto en el artículo 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 en el Orden Social.

Hay que puntualizar que es importante diferenciar este momento inicial de detección que puede llevar a cabo la Inspección de la posterior identificación formal de las víctimas de trata que se realizará en todo caso por unidades policiales especializadas con formación específica[25].

La Inspección, como servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social, es por tanto el servicio con conocimiento y experiencia en este ámbito, lo que hace indispensable su participación en las investigaciones sobre posibles delitos de los artículos 311.1 y 312.2 contra los derechos de los trabajadores y de trata de seres humanos en el ámbito laboral, y en un futuro, que se espera cercano, del delito de trabajo forzoso. Los hechos comprobados por la ITSS pueden servir como un pilar de gran importancia en sentencias condenatorias por trata con fines de trabajo forzoso[26].

El Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso incluye por tanto esta labor y otorga al Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social un papel principal en su labor de liderazgo y coordinación en la lucha contra el trabajo forzoso a nivel nacional, siendo por ello nombrado/a Delegado/a Nacional contra el trabajo forzoso el/la Director/a del Organismo.

El Plan desarrolla numerosas acciones a adoptar por la Inspección de forma individual o de forma conjunta con otras Administraciones e instituciones, así como con los interlocutores sociales y las entidades especializadas:

— Se incluyen acciones colectivas de conocimiento del fenómeno de trabajo forzoso, de información estadística y en el área de prevención, concienciación y formación que se liderarán por la Inspección.

— Como acciones individuales se pueden subrayar las acciones de formación específica de sus funcionarios y acciones para mejorar su eficacia, entre otras la designación de funcionariado especializado en cada Inspección Provincial o el refuerzo de actividad inspectora en sectores específicos o zonas geográficas.

— También la Inspección participará en acciones coordinadas para mejorar la capacidad de investigación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Ministerio Fiscal.

[25] En la actualidad en España la identificación es competencia exclusiva de unidades policiales especializadas, siendo necesaria esa identificación para que las víctimas de trata de seres humanos puedan acceder a las medidas protección y asistencia, incluida, en su caso, la protección derivada del artículo 59 bis de protección específica a las víctimas de trata de seres humanos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
El procedimiento de identificación se describe en el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos.

[26] Lo que puede suponer además que no recaiga de forma tan marcada el peso del procedimiento judicial sobre la declaración de la víctima, sino también sobre hechos comprobados por la institución experta en la materia.

— La adopción de medidas de fortalecimiento de la coordinación con los interlocutores sociales y las entidades especializadas se liderará por la Inspección creando un ámbito de colaboración novedoso a nivel nacional.

Por último, se puede destacar que en el estudio de situaciones de trabajo forzoso y de trata de seres humanos se han comenzado a mencionar desde hace unos años fenómenos presentes en no pocas ocasiones, como la intermediación laboral, la subcontratación y cesión de trabajadores.

A nivel internacional se habla ya desde hace tiempo de las cadenas de suministro, de la responsabilidad y diligencia empresarial y 'corporate compliance' (o medidas de cumplimiento empresarial) o de la imposición o asunción voluntaria por las empresas de determinados códigos de conducta[27].

Pero no solo se trata de cadenas de suministro internacionales o de explotación de trabajadores por empresas occidentales en países en vías de desarrollo. Si se observan investigaciones y casos concretos sucedidos España, en sentencias de las Audiencias Provinciales, en notas de prensa que publica la Policía Nacional o la Guardia Civil o en los medios de comunicación, se aprecia que en muchas ocasiones que se dan situaciones que podrían ser constitutivas de cesiones de trabajadores o en las que existe una intermediación laboral.

En algunos casos puede tratarse de situaciones en principio legales, como la subcontratación en los términos previstos en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; o una cesión de trabajadores, conforme al artículo 43 de esta ley, a través de empresas de trabajo temporal legalmente autorizada[28] o de casos de intermediación laboral a través de agencias de colocación[29]; pero suelen ser conductas que probablemente pudieran ser calificadas como cesión ilegal de trabajadores. Sea como fuere, es necesario el estudio de cada caso concreto con el fin de poder imputar a cada actor la responsabilidad penal que corresponda en los supuestos de trata o trabajo forzoso.

En este punto, hay que señalar que la determinación de la responsabilidad en vía administrativa difiere de la vía penal, y que desde el punto de vista penal es necesario que se afronten estas cuestiones, como indica el Plan de Acción Nacional en su Acción 24, para evitar la impunidad de conductas constitutivas de delito. Por otra parte, se prevé que la modificación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incida de forma señalada en la responsabilidad de las personas jurídicas.

4. LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y LA EXPLOTACIÓN DE SERES HUMANOS

No se puede concluir este estudio sin hacer referencia al Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos[30].

---

[27] Hay numerosas publicaciones, referencias específicas en documentos de Naciones Unidas, la OIT, la OSCE, la Unión Europea, etcétera.
Por citar algunas:
-Informe de la 74ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Relatora especial sobre la trata de personas, 2019.
https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/222/71/PDF/N1922271.pdf?OpenElement
-Compendium of relevant reference materials and resources on ethical sourcing and prevention of trafficking in human beings for labour exploitation in supply chains: Second updated edition, OSCE, 2020.
https://www.osce.org/files/f/documents/8/c/450769.pdf

[28] Conforme a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

[29] Reguladas en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, y el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

[30] A fecha de elaboración del presente estudio, abril y principios de mayo de 2023, ha sido aprobado por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de la Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos.

La aprobación y publicación de esta norma que se espera que se materialice en un futuro próximo supondrá un hito en la lucha contra la trata de seres humanos en España puesto que será la primera vez que se aborde la trata por una ley, es más, por una ley orgánica. Será una norma única, que integrará todas las formas de trata y contra todas las finalidades de explotación de la trata y que abordará todos los aspectos relacionados con la trata de seres humanos, desde la sensibilización hasta la protección y asistencia a las víctimas pasando por la prevención y la cooperación internacional.

Se reconoce en la Exposición de Motivos del Anteproyecto la labor que se ha desarrollado con el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso como un primer paso para la tipificación penal del trabajo forzoso y en la introducción de un enfoque integral en la materia. A lo largo de su articulado se observan medidas que se incluían como acciones en el Plan. Es fundamental decir que el texto del Anteproyecto recoge, destacándolo claramente en su Exposición de motivos, la tipificación como delitos de los trabajos o servicios forzosos, servidumbre y la esclavitud[31], con penas desde los cinco a los doce años (muy superiores por tanto a las que en el ámbito laboral se imponen en los llamados delitos de explotación laboral).

Corresponde destacar además, en lo relativo a la trata de ámbito laboral y el trabajo forzoso, entre otras muchas medidas:

— La tipificación de la utilización de servicios, prestaciones o actividades de víctimas de trabajos o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud con penas de prisión[32] con el fin de desincentivar su demanda.

— La creación de un Mecanismo Nacional de Derivación[33] y la participación de la Inspección en la detección de supuestos de trata y explotación.

— La formación en la ITSS y la designación del funcionariado especializado en la lucha contra el trabajo forzoso.

— El refuerzo de la capacidad inspectora y coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

— La formación de los interlocutores sociales.

— La sensibilización y prevención de la trata y explotación en el marco de un Plan Nacional que incluirá campañas de información y sensibilización a empleadores, (con mención expresa a los distintos niveles de su cadena de suministro), a trabajadores e interlocutores sociales, especialmente en ámbitos y sectores considerados de mayor riesgo y acciones dirigidas a la población migrante.

— La promoción de conductas empresariales responsables y diligencia debida.

https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf

El Anteproyecto cuenta con dictamen favorable del Consejo Económico y Social y del Consejo General del Poder Judicial.

Dictamen favorable del Consejo Económico y Social:

https://www.ces.es/documents/10180/5301494/Dic032023.pdf

[31] La Disposición Final Cuarta del Anteproyecto de Ley modifica el artículo 177 bis del Código Penal e introduce un Capítulo II y Capítulo III en el Título VII bis del Libro II, '*De los trabajos o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud*', artículos 177 ter a 177septies.

[32] Se incluyen los casos de imprudencia grave y se introduce una exención de pena en el artículo 177 quater.

[33] Con participación de la Inspección en su caso conforme al artículo 60 del Anteproyecto de Ley Orgánica.

— La articulación de la protección de las víctimas de forma sistemática a fin de garantizar sus derechos, incluyendo una mención especial a los menores de edad.

Como se observa, varias de estas medidas a desarrollar se recogían entre las acciones del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso, que se ve, por tanto, reforzado. Se incluyen además otras muchas medidas que, en su conjunto, y al aprobarse la Ley Orgánica, dotarían finalmente de una nueva dimensión a la lucha integral contra la trata y el trabajo forzoso en España de acuerdo con los compromisos internacionales adoptados y, lo que es más importante, con el debido compromiso de las Administraciones y de la sociedad españolas con las víctimas.

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Temporalidad, costes de extinción y fijos discontinuos ¿El fin de la teoría de la dualidad?[1]

Temporary employment, termination costs and discontinuous fixed-term contracts: The end of the duality theory?

Luis Gómez Rufián *Consultar Externo*

Daniel Pérez del Prado *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7106-6769

Cita Sugerida: GÓMEZ RUFIÁN, L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: «Temporalidad, costes de extinción y fijos discontinuos ¿El fin de la teoría de la dualidad?». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 279-303

Resumen

En el presente trabajo tomamos el contrato fijo discontinuo como excusa para valorar hasta qué punto la última reforma laboral está siendo capaz de incidir de forma efectiva sobre el problema de la temporalidad. Aun así, prestaremos especial atención a esta modalidad contractual, a su aportación a esta meta y a los distintos debates que en torno a él se han suscitado.

Palabras clave

fijo discontinuo; temporalidad; dualidad

Abstract

In this paper, we use the fixed-term contract as a pretext to assess the extent to which the latest labour reform has been able to effectively address the problem of temporary employment. However, we will pay special attention to this contractual modality, to its contribution to this goal, and to the various debates that have arisen around it.

Keywords

fixed-term; temporary; duality

1. INTRODUCCIÓN: ¿HA CAMBIADO EL FIJO DISCONTINUO NUESTRO MERCADO DE TRABAJO?

España tradicionalmente ha destacado por sus excepcionalmente elevadas tasas de temporalidad en comparación con el resto de los países de su entorno. A pesar de la reducción del porcentaje de trabajadores contratados bajo modalidades temporales a lo largo de las últimas décadas, nuestro país ha seguido a la cabeza de la Unión Europea, muy por encima de la media.

La cronificación de la temporalidad en nuestro mercado de trabajo ha llevado aparejado numerosos problemas que trascienden de lo laboral y van más allá de este ámbito. La evidencia empírica demuestra que la contratación temporal lleva aparejada una remuneración más baja, una menor inversión en capital humano específico para trabajadores con una antigüedad superior a los tres años y una mayor probabilidad de sufrir un accidente de trabajo, si bien esto no tiene que ver tanto con el tipo de contratación como con las actividades en que se concentra la temporalidad. Asimismo,

[1] Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital" (RTI2018-094547-B-C21) y "Gestión algorítmica e igualdad de oportunidades en la empresa (AlgoEquality)" (TED2021-130325A-I00).

Fecha de Recepción: 22/05/2023 - Fecha de Aceptación: 23/05/2023
Pags. 279-303

la excesiva temporalidad de nuestro mercado de trabajo estaría incidiendo en decisiones vitales de los trabajadores como la de la convivencia en común o el momento de entrada en la maternidad[2].

De ahí que las distintas reformas laborales en las últimas cuatro décadas hayan tenido la lucha contra la temporalidad como uno de sus principales objetivos, si no el prioritario. Sin embargo, sus resultados han estado lejos de resultar del todo satisfactorios. Como lacónicamente admitía la última reforma: «hablar de reforma laboral en España es evocar un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad».

Quizá sea este el motivo por el que resulta especialmente llamativo que, después de tantos intentos y de tanto debate y propuesta, hayan sido una batería de medidas relativamente sencillas las que, a juzgar por los datos registrados hasta el momento, hayan podido dar un giro de 180 grados a la situación. Paradigma de ello es el contrato fijo discontinuo, una modalidad contractual residual, pensada para el campo y la hostelería, pero que se ha convertido en protagonista público de esta reforma, símbolo del cambio que con ella parece estar produciéndose.

En el presente trabajo tomamos este tipo de contracto como excusa para valorar hasta qué punto la última reforma laboral está siendo capaz de incidir de forma efectiva sobre el problema de la temporalidad. Aun así, prestaremos especial atención a esta modalidad contractual, a su aportación a esta meta y a los distintos debates que en torno a él se han suscitado.

2. EL ORIGEN DEL PROBLEMA DE LA TEMPORALIDAD

El mercado de trabajo español ha venido siendo señalado como un ejemplo en el panorama internacional en torno a la utilización de la contratación temporal como política de empleo y, por ello, de los efectos derivados de tal estrategia de lucha contra el desempleo. España ha sido un experimento real acerca de los beneficios e inconvenientes de la utilización de la temporalidad como forma de creación de empleo y, tras constatar que eran más los segundos que los primeros, sobre las distintas estrategias para lograr un adecuado equilibrio entre contratación temporal e indefinida, contrarrestando las externalidades negativas de aquélla, sin que por ello el mercado laboral pierda flexibilidad.

El Derecho puede influir en el funcionamiento del mercado de trabajo, con la intención de incentivar la creación de empleo, básicamente a través de dos vías. Por una parte, a través de reformas de carácter sustantivo, esto es, regulaciones de distintos aspectos de la relación laboral para, normalmente mediante su flexibilización, mejorar la confluencia entre oferta y demanda. Por otra, mediante medios instrumentales[3], las políticas de empleo propiamente dichas, que intentan lograr el mismo objetivo a través de estrategias muy diversas: incrementando la cualificación de los trabajadores, alterando sus incentivos a la búsqueda de empleo, incidiendo en la estructura de costes de la relación laboral, etc.

La utilización de la contratación temporal como política de empleo entraría dentro de este primer grupo. La estrategia de la temporalidad se puso en marcha con el Estatuto de los Trabajadores de 1980 pero, sobre todo, a partir de la reforma introducida por la Ley 32/1984, de 2 de agosto[4]. Esta apuesta decidida por la contratación temporal se manifiesta en la medida central de la reforma, el contrato temporal para el fomento del empleo, contrato temporal de naturaleza jurídica no causal, si

[2] Pérez Del Prado, D., «Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo», en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014.

[3] Escudero Rodríguez, R., "Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral", *Relaciones Laborales*, Nº 1, 1991.

[4] Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 04/08/1984, nº. 186). No obstante, la apuesta por la contratación temporal como forma crear empleo contaba ya con algún antecedente en la legislatura constituyente. Así, *vid.* DD.AA. 1ª y 2ª del Real Decreto Ley 43/1977, de 25 de noviembre sobre política salarial y empleo (BOE 26/11/1977, nº. 283)

bien también destacaron otras figuras contractuales de duración determinada, como los contratos en prácticas y para la formación. No obstante, la situación, en lo que a la tasa de paro se refiere, exigía medidas contundentes y, de ahí, que se haya dicho que del análisis del conjunto de las medidas de esta reforma se perciba «que su principal objetivo era impulsar, casi "a cualquier precio", el empleo»[5].

La más directa y contundente consecuencia fue la elevación de la tasa de temporalidad hasta más de un treinta por ciento, cotas que, si bien no tan elevadas, se han mantenido anormalmente altas prácticamente hasta nuestros días, lo que nos ha venido situando por encima de la media europea[6].

Una vez abierta la espita de la temporalidad[7] con la intención de atajar la difícil situación que atravesábamos en materia de desempleo, no tardaron en aparecer efectos perniciosos indeseados[8]. Para atajarlos se adoptaron una serie de medidas basadas en reformas de índole sustantiva, pero también en políticas de carácter instrumental. El empleo del contrato de fomento de la contratación indefinida, por una parte, y de las bonificaciones, por otra, pretendió alterar la estructura de costes de los contratos de duración indefinida y determinada, intentando reequilibrar la balanza a favor de aquéllos.

A este respecto, el primer paso lo dio la reforma de 1994[9]. Aunque se trata de una reforma con importantes pretensiones (suprime el contrato temporal para el fomento del empleo, autoriza las ETT, amplía las causas de despido o reforma determinados aspectos de la negociación colectiva), lo cierto es que, en lo que hace al empleo, ni se varió la forma de su creación principal (la contratación temporal[10]), ni el mecanismo (la reforma sustantiva)[11]. Dicho esto, se impone inmediatamente después una precisión imprescindible: a pesar de que la contratación temporal sigue siendo un elemento central de nuestro sistema de relaciones laborales, la reforma del `94 marca un punto de inflexión que se consolida tres años después.

En efecto, la reforma de 1997[12], surgida del diálogo social, consolida la tendencia hacia la atemperación de la temporalidad. La reforma distingue, normativamente, el ámbito sustantivo de los

---

[5] Usabiaga, C., "La reforma del mercado de trabajo: el caso español", *Papeles de Economía Española*, nº. 111, 2007, pág. 178.

[6] Dolado, J. J., Jimeno, J. F., "Contratación temporal y costes de despido en España: Lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado", Documento de trabajo, 48/2004, Fundación Alternativas, 2004, pág. 7. Los únicos períodos en los que la tasa de temporalidad se modera coinciden con la crisis de principios de los noventa, mediados de esa misma década, probablemente como consecuencia de la reforma de 1997, a partir de 2006, también como consecuencia de la reforma de aquél año y desde mediados de 2007 y hasta a la actualidad, no porque el problema de la temporalidad continúe mejorando sino porque, como ocurrió a principios de la década de los 90, aunque de forma mucho más acusada hoy, la crisis económica destruyó en primer lugar y de forma más acusa un gran número de contratos temporales.

[7] Pérez del prado, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 42.

[8] Una síntesis de los observados por la doctrina se encuentra en Pérez del Prado, D., «Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo», cit., pp. 61-96.

[9] Ley 11/1994, de 19 de mayo, de modificación del Estatuto de los Trabajadores (BOE 23/05/1992, nº. 122)

[10] Segura hace una valoración positiva de la reforma por cuanto trató de atajar la mayor parte de los problemas de la regulación del mercado de trabajo español, si bien atribuye su eficacia limitada, en parte, a un pacto implícito entre patronal y sindicatos para no hacer uso de las medidas flexibilizadoras que la reforma suponía a cambio de moderación salarial. Segura, J., "La reforma del mercado de trabajo español: un panorama", *Revista de Economía Aplicada*, vol. IX, Nº 25, 2001, págs. 173-178. (El artículo también pasa revista a cómo han tratado los principales problemas del mercado de trabajo español desde la perspectiva económica las reformas de 1984 y 1997).

[11] Para un estudio de cómo se utilizó la contratación laboral como principal mecanismo de creación de empleo en este período *vid.* Flórez Saborido, I., *La contratación laboral como medida de política de empleo en España. La creciente flexibilidad en el acceso al empleo*, CES, Madrid, 1994.

[12] Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida y Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo (ambos, en BOE 17/05/1991, nº. 118). Sustituidos posteriormente por las Leyes 63 y 64/1997 (ambas, en BOE 30/12/1997, nº. 312).

instrumentos de fomento del empleo, dedicando una norma distinta para cada uno y poniendo así de manifiesto la mayor importancia que estos últimos iban a tener a partir de ese momento.

Del lado sustantivo, se ha subrayado que fue una reforma mucho más enérgica que las anteriores en lo que hace al problema de la temporalidad, pero poco ambiciosa, ya que dejó a un lado la reconfiguración de las principales figuras contractuales de esta tipología, eventual y por obra o servicio[13]. No obstante, eliminó el contrato temporal por lanzamiento de nuevo actividad, introducido en el `84; sustituyó el contrato de aprendizaje por el contrato para la formación o suprimió expresamente la contratación temporal como medida de creación de empleo del art. 17.3 ET. Además, el propósito de limitar la contratación temporal se vio acompañado de algunas otras medidas como la modificación del contrato a tiempo parcial por parte del RDL 15/1998 o de ciertas deficiencias de la normativa reguladora de las ETT por parte de la Ley 29/1999, de 16 de julio[14].

Por lo que hace a lo segundo, los incentivos al empleo (bonificaciones, fundamentalmente), ya hemos señalado que la Ley 64/1997 abrió una nueva etapa en la que éstos gozaron de un mayor impulso dirigido fundamentalmente a incentivar la creación, no de cualquier tipo de empleo, sino el indefinido, y a transformar empleo temporal en estable.

Por otra parte, el siguiente hito normativo debe situarse con una nueva reforma laboral, la de la Ley 12/2001, de 9 de julio[15], que puede caracterizarse por ahondar en las políticas iniciadas en 1997, al otorgar un papel relevante al contrato de fomento de la contratación indefinida y a los estímulos de fomento del empleo[16], línea en la que también incidirá la reforma del año 2006[17]. En efecto, en el plano sustantivo esta reforma se centró en limitar el encadenamiento de contratos temporales y derogar el contrato de inserción. En el instrumental, amplió de forma muy notable el programa de bonificaciones, tanto desde un punto de vista temporal como subjetivo, facilitando el acceso a las mismas mediante la sustitución del sistema de porcentajes por cantidades a tanto alzado y contribuyendo, en general, como se señaló, a reducir en cierta medida la tasa de temporalidad.

Con la nueva década y sin perjuicio de algunas otras medidas intermedias menores, debe destacarse la reforma de la Ley 35/2010 como un paso más en el cierre de la espita de la temporalidad desde el lado sustantivo, a la vez que constituyó, sin embargo, un punto y aparte desde el ámbito instrumental. Así, se procede a una reordenación del programa de bonificaciones, dado su alto coste

[13] Escudero Rodríguez, R.; Morón Prieto, R., "Bonificaciones sociales y contrato de fomento de la contratación indefinida en el marco de la política de empleo: las reformas de 2001 (Leyes 12 y 24/2001 y RDL 16/2001)", *Relaciones Laborales*, n º. 18, 2002, págs. 608-609.

[14] RDL. 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad. (BOE 28/11/1998, nº. 285). Ley 29/1999, de 16 de julio, de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE 1//07/1999, nº. 170).

[15] A grandes rasgos, la reforma, no concertada entre los agentes sociales, procedió a dar un nuevo impulso a la contratación indefinida, reformó el contrato a tiempo parcial, amplió las causas de despido objetivo, a la vez que consolidaba como una modalidad más el contrato para el fomento de la contratación indefinida, al ampliar su ámbito de aplicación subjetiva y al eliminar el límite temporal para su aplicación. Para un análisis del conjunto de esta reforma *vid.* Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Ré, F.; Casas Baamonde, M. E., "La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»", *Relaciones Laborales*, Nº 1, 2001. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Ré, F.; Casas Baamonde, M. E., "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo "para el incremento del empleo y la mejora de su calidad"", *Relaciones Laborales*, Nº 2, 2001. Escudero Rodríguez, R., "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", *Relaciones Laborales*, Nº 1, 2001. 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 (BOE 10/07/2001, nº. 164).

[16] Escudero Rodríguez, R., "El nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida", en García-Perrote Escartín, I. (coord.) *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002. La Ley 12/2001 y el ANC 2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 133.

[17] Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo (BOE 30/12/2006, n. 312)

y su escasa incidencia en lo que a la creación de empleo se refiere[18], pero se vuelve a atacar la temporalidad mediante una nueva restricción al encadenamiento de contratos, la limitación temporal del contrato de obra, el incremento de la indemnización por extinción de contratos temporales, una mejor definición de las causas del despido objetivo o la flexibilización del contrato de fomento de la contratación indefinida (estas tres últimas medidas claramente dirigidas a acercar los costes entre contratos temporales e indefinidos), entre otras[19].

En el mismo sentido caminó la reforma del RDL. 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (posteriormente, Ley 3/2012, de 6 de julio)[20], que no viene más que a ser, en este concreto campo, un paso más en el camino que iniciara la reforma anterior.

Así, de la propia Exposición de motivos se deduce que entre los propósitos de la nueva norma está precisamente la lucha contra la dualidad de nuestro mercado de trabajo. A este objetivo dedicó un capítulo íntegramente, el cuarto, sin perjuicio de que reconociera que las medidas previstas en el capítulo anterior, relativas al fomento de la flexibilidad interna, tenían como finalidad también incidir sobre esta materia por cuanto al eludir el mecanismo del despido como forma de regulación interna de la empresa, se está actuando directamente sobre la causa última de la dualidad, esto es, la diferencia de costes, incluidos los del despido improcedente, entre la contratación fija y la temporal.

Entre las medidas específicas incluidas en el mencionado capítulo IV, destacan el adelanto del fin de la suspensión de la aplicación del límite al encadenamiento de contratos temporales recogida en el art. 15.5 ET[21], aunque tan sólo en seis meses, y la adopción de importantes medidas en materia de despido, como la desaparición de la autorización administrativa previa en caso de despido colectivo y la nueva delimitación de las causas que lo justifican, el fin del conocido como "despido exprés" y la modificación de las reglas relativas a los salarios de tramitación para que sean abonados sólo en caso de opción por la readmisión o la rebaja de la indemnización por despido improcedente[22].

Esta última medida era para la reforma la clave para acabar con el problema de la dualidad pues «la tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido»[23].

---

[18] Sobre la concreta cuestión de las bonificaciones es una referencia inexcusable, Toharia Cortés, L. (dir); Arranz, J. M.; Cebrián, I.; García Serrano, C.; Hernanz, V.; Pitarch, J., *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008. En general, sobre los incentivos o instrumentos económicos de fomento del empleo, Pérez del prado, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo, cit.*

[19] El tercer gran ámbito de la reforma en el que pretende incidir la reforma es precisamente el desarrollo de mecanismos de flexibilidad interna. Para una visión completa sobre su contenido, *vid.* García-Perrote Y Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre,* Lex Nova, Valladolid, 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. (BOE 18/08/2010, nº. 227 –previamente, RDL. 10/2010, de 16 de junio, BOE 17/06/2010, n 147-)

[20] BOE 11/02/2012, nº. 36 y BOE 07/07 2012, nº.162, respectivamente.

[21] Medida instaurada por el art. 5 del RDL. 1/2011 de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. (BOE 30/08/2011, nº. 208)

[22] Para un análisis más en detalle de la reforma, *vid.* García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (dirs.), *La reforma 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo,* Valladolid, Lex Nova, 2012.

[23] Exposición de motivos del RDL. 3/2012. Sin embargo, los primeros análisis económicos parecen descartar que le objetivo perseguido por la reforma vaya a lograrse de facto. Así bentolila y jansen apuntan a que, puesto que la diferencia en lo que hace a indemnización por extinción de la relación laboral entre indefinidos y temporales sigue siendo amplia, la reforma hará caer algo la temporalidad media pero el efecto será reducido sobre el paro, puesto que no se han tomado medidas de contención de la contratación temporal. Es más, a corto plazo, predicen que su efecto serán más despidos, con las consecuencias sociales negativas que de ello se derivan. Asimismo, en lo que hace a la volatilidad del empleo, el efecto neto es dudoso, puesto que aunque pueda caer algo la temporalidad media, la

Tanto es así que la vía instrumental, que enterrara la reforma de 2010, resucitó en parte con ésta. Si con la anterior reforma puede afirmarse que, dada la restructuración general del programa de incentivos, éstos dejan de servir, o al menos no lo hacen como finalidad principal, a la lucha contra la temporalidad, para convertirse en un mecanismo de fomento de la contratación (indefinida) de determinados colectivos; esta última supone una nueva evolución en esta concreta materia, pues ya no es que los incentivos aparezcan alejados del propósito de reequilibrar los costes entre modalidades contractuales, sino que tan siquiera sirven ya primordialmente al fomento del empleo de determinados grupos con dificultades de acceso al mercado de trabajo. Que el núcleo central del nuevo programa de incentivos se vincule al contrato indefinido de apoyo a emprendedores, que se relajen las medidas para el caso de incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo o que, en general, preponderen los incentivos ligados a modalidades contractuales más que a colectivos, son una muestra de la nueva finalidad adoptada por nuestra política de incentivos al empleo, cual es la de servir a la reducción de los costes laborales.

Es más, que nos encontramos ante un fin de ciclo en lo que a la utilización de las bonificaciones como política de empleo y de reequilibrio de la contratación temporal se refiere, lo demuestra también el RDL. 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad[24], cuya disposición transitoria sexta supuso una auténtica *tabula rasa* en este concreto campo. Así, a partir de su entrada vigor, únicamente las bonificaciones en ella recogidas siguen vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

3. EL DEBATE EN TORNO A LA DUALIDAD EN ESPAÑA

De lo dicho hasta aquí se desprende que, al margen de algunas medidas aisladas, la estrategia de lucha contra la temporalidad se ha basado en intentar alterar la estructura de costes de la contratación indefinida y temporal bajo la máxima de que la reducción del gap existente entre una y otra conduciría a su reducción pues esta brecha era la causa del excesivo uso de la contratación temporal.

Ello era lógico si se tiene en cuenta que en el plano teórico se había elaborado una teoría muy robusta al respecto. Lo que podríamos denominar la "teoría de la dualidad" ha venido siendo la dominante en este concreto campo en las últimas décadas. Sin lugar a dudas, ésta no es la única explicación que se ha dado a las altas y persistentes tasas de temporalidad. Al contrario, otras relacionadas con la estructura del sistema productivo o con el tamaño y composición de la oferta laboral han intentado también abrirse paso en el panorama científico[25].

Sin embargo, como decíamos, la que ha resultado más exitosa, al menos a juzgar el número de estudios publicados al respecto, es ésta que se centra en la dualidad. Arrancando de este concepto, que se fija más en los efectos de la temporalidad que en las causas[26], sin embargo, tiene la habilidad de centrar el debate en las diferencias entre fijos y temporales, lo que conduce irremediablemente desde el plano lógico a que cualquier solución haya de descansar en la eliminación o reducción de cualquier diferencia. En realidad, se trata más bien de un enfoque de tipo institucional, esto es, son las instituciones del mercado de trabajo las que explicarían este comportamiento diferencial del caso español respecto del resto de países de nuestro entorno[27]. En este sentido, la mayoría de los estudios

reducción de los costes de despido hace que los contratos indefinidos sean también más inestables. Bentolila, S. y jansen, M., "La reforma laboral 2012: una primera evaluación". *Apuntes Fedea laboral,* nº. 14,febrero 2012.

[24] BOE 14/07/2012, nº. 168.

[25] Un resumen de los principales trabajos, especialmente importantes en el ámbito sociológico, puede encontrarse en García de Polavieja, J., «¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal?: España en perspectiva comparada», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, 113, 2006, p. 80. El artículo se opone a esta postura y argumenta a favor del factor institucional.

[26] La dualidad se refiere a las diferencias de condiciones de trabajo entre personas trabajadoras fijas y temporales, esto es, a uno de los efectos de la temporalidad.

[27] Bentolila, S.; Dolado, J.J., «Labour flexibility and wages: lessons from Spain», *CEMFI, DT*, No. 9406, 1994; Blanchard, O. J.; Landier, A., «The Perverse Effects of Partial Labour Market Reform: Fixed-Term Contracts in

económicos han venido insistiendo en que ha sido la regulación la causante del exceso de trabajo temporal o, al menos, sería la principal causa, por más que otras pudieran coadyuvar en el mismo sentido, como las de naturaleza macroeconómica o, incluso, algunas de tipo sociológico, que tendría que ver con la asunción una "cultura de la temporalidad" en cuanto al uso de la contratación temporal[28].

Desde la teoría de la dualidad se insiste en que el comportamiento diferencial de nuestro mercado de trabajo en relación a otros países de nuestro entorno (incluso en lo que hace a la generación de empleo o a las altas tasas de paro) se basaría en la diferencia de costes entre la contratación temporal y la indefinida, de los cuales la mayor parte vendrían dados por los diferentes costes de despido o extinción de la relación laboral. De esta forma, la solución a los problemas derivados de la alta temporalidad vendría de la mano de la reducción de la brecha entre ambos.

Que esta explicación se ha convertido en la tendencia principal, o "*mainstream",* lo demuestra el hecho de que, no solamente ha conseguido marcar el debate entre diversas perspectivas científicas o doctrinales, sino que incluso ha sido capaz de materializarse en una propuesta concreta, lo que sin duda la ha potenciado científica, política y socialmente. El conocido como "contrato único"[29] y sus versiones posteriores, a pesar de su denominación, pretendía poner fin a los problemas derivados de la dualidad precisamente a través del acercamiento de las indemnizaciones de despido y extinción de una y otra modalidad de contratación[30].

En este panorama, la reforma laboral del año 2021[31] rompe con este marco teórico para abordar el problema de la temporalidad desde una perspectiva analítica distinta: la causa de la dualidad -y de la temporalidad- es el uso fraudulento de las modalidades temporales de contratación, especialmente el contrato de obra y servicio. Por ello, ataca frontalmente el fenómeno de la temporalidad masivamente fraudulenta mediante dos vías: primero, pasando a prohibir directamente los contratos temporales por cuyo volumen su control de legalidad se escapaba de las capacidades de fiscalización de las autoridades laborales, ejemplificándose ello en los denominados como "de obra y servicio"; y, en segundo lugar, atendiendo a que, en cualquier caso, la economía posee un patrón fuertemente estacional, incentivando la tipología del indefinido fijo-discontinuo.

Los resultados, al menos por el momento, no han podido ser más esperanzadores en lo que hace a la reducción de la temporalidad en nuestro país, tal vez incluso por encima de las expectativas iniciales. Lógicamente, esto tiene múltiples implicaciones, que van, desde analizar el calado de esos cambios y dificultades nuevas que de los mismos pudieran derivarse a los de contenido técnico-científico, que tienen que ver con la refutación total o parcial de las teorías que se han venido

France», *The Economic Journal*, vol. 112, 480, 2002; Dolado Llobregad, J. J.; Jimeno Serrano, J. F.., *Contratación temporal y costes de despido: lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado*, Fundación Alternativas, 2004.

[28] Toharia Cortés, L. (ed.), *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, 2005. Luis Toharia mantuvo que la segmentación del mercado de trabajo español se debe, en mayor medida, a factores relacionados con la demanda de trabajo, más que a las características institucionales del mercado laboral en España

[29] Como bibliografía básica puede consultarse Blanchard, O. J.; Tirole, J., *Contours of Employment Protection Reform*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2003. Bentolila, S.; Dolado, J.J.; Jimeno, J. F., «Two-tier employment protection reforms: The Spanish experience», *CESifo DICE Report*, No. 4, 2008. Ante las críticas provenientes fundamentalmente del ámbito jurídico (por todos, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Sobre el contrato de trabajo "único"», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2009.), han surgido algunas reformulaciones posteriores: Bentolila, S., *Las modalidades de contratación tras la reforma del mercado de trabajo de junio de 2010*, FEDEA, Madrid, 2010. Conde-Ruiz, I., «Por un contrato de igualdad de oportunidades», *eldiario.es*, 2012.Bentolila, S., «El contrato con indemnizaciones crecientes explicado a los niños», *Nada es gratis*, 2010. Gimeno Díaz de Atauri, P., *El coste del despido: y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2014.

[30] Una hermosa síntesis puede consultarse en Jimeno Serrano, J. F., «La rocambolesca historia del contrato único», *Nada es Gratis*. https://nadaesgratis.es/bentolila/la-rocambolesca-historia-del-contrato-unico

[31] RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30/12/2021, nº. 313).

desplegando para explicar el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo y la formulación y/o desarrollo de nuevas.

Al análisis de estos datos, distinguiendo entre los que provienen de la Seguridad Social y de la EPA, en el caso de ésta especialmente a través de la explotación de sus microdatos, dedicamos los próximos dos apartados[32]. Lógicamente, visto que uno de los protagonistas de esta reforma es el contrato fijo-discontinuo, prestaremos una especial atención a esta modalidad contractual.

No obstante, no debe perderse de vista que, desde la aprobación de la reforma, laboral, la afiliación ordinaria a tiempo completo ha crecido en 1.477.936 afiliados, es decir, el 53,5% del total de incremento de la afiliación indefinida. Los indefinidos permanentes a tiempo parcial y los fijo-discontinuos representan, respectivamente, el 24,6% y el 21,9% restantes en ese crecimiento de la afiliación indefinida total.

4. EL FIJO DISCONTINUO DESDE PERSPECTIVA DE LOS DATOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: SU APORTACIÓN AL EMPLEO

Como hemos señalado, con vocación de reconducir un uso masivamente fraudulento de ciertos contratos temporales, la actual reforma laboral incentivó la forma de empleo fijo-discontinuo, de naturaleza indefinida, como un medio de abordar aquellas relaciones laborales especialmente caracterizadas por dinámicas estacionales.

Ha de señalarse, por su gran relevancia en relación a los debates surgidos en torno a esta figura, que la Seguridad Social sólo registra a aquellos trabajadores regidos por la misma que están en situación de llamada. Así, cuando cesa el periodo de actividad, aun manteniéndose el vínculo contractual, dejan de computar en la afiliación (cuestión distinta es si, en ese periodo, se inscriben o no como demandantes de empleo en relación al SEPE o si se auto-reportan como parados o como inactivos en la EPA según los criterios de la misma).

Pues bien, tomando como comparativa los afiliados medios de diciembre de 2021, en tanto que mes previo a la aprobación de la reciente reforma laboral, con los del último mes disponible (abril de 2023), la evolución de esta forma de empleo es la siguiente:

— En términos desestacionalizados, visión que permite comparar meses distintos dada lo relevante dado su ese carácter estructuralmente estacional, el crecimiento es de 543.843 afiliados (+133,4%): desde los 407.742 hasta los 951.585 afiliados.

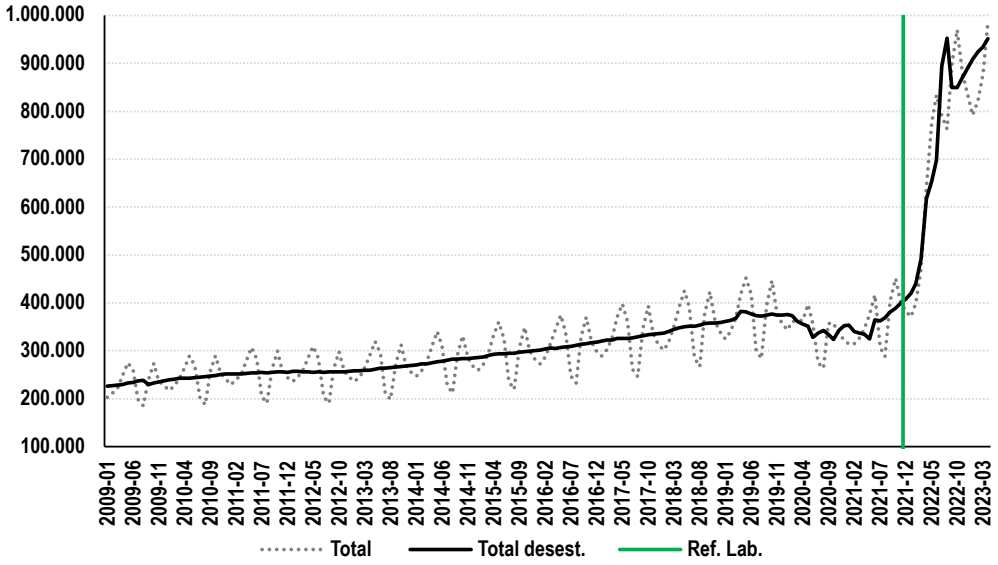
— Si se prefiere en términos brutos, el crecimiento es de 603.672 afiliados (+158,0%): desde los 381.986 hasta los 985.658.

— Así, esta fórmula ha pasado de representar el 2,06% en diciembre de 2021 al 4,60% en abril de 2013 (en este caso, se toman los datos desestacionalizadas tanto para esta forma de empleo como para el agregado dados los diferentes y acusados patrones de estacionalidad de ambas series).

— Por tanto, a pesar de su intenso crecimiento, se trata de una fórmula que no alcanza aun el 5% del empleo total de la economía.

[32] Dado el carácter estacional que sigue poseyendo esta fórmula contractual, las series presentadas como desestacionalizadas lo han sido mediante la metodología TRAMO-SEATS.

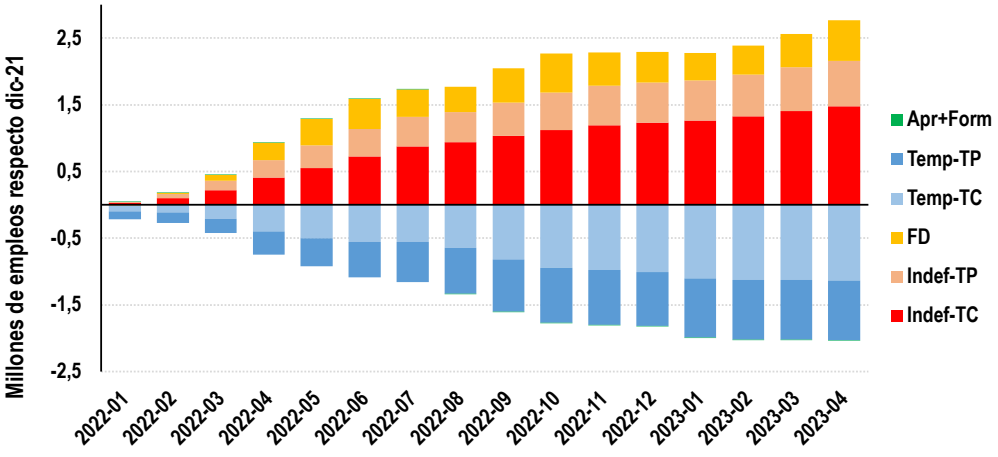
Gráfico 1. Evolución del total de afiliados según sexo (ene09-abr23).



Serie bruta y desestacionalizada. Fuente: MISSM

Sin embargo, a pesar de la espectacularidad de estos datos, no debe caerse, como ya se ha señalado antes, en la a veces erróneamente percibida visión de que la reducción de la temporalidad tiene su causa en el crecimiento de esta forma de empleo. Desde la aprobación de la reforma laboral, el empleo temporal se ha reducido en 2,03 millones mientras que el empleo indefinido ha crecido 2,76 millones. De entre los indefinidos, los permanentes a tiempo completo han crecido en 1,48 millones, los permanentes a tiempo parcial en 0,68 millones y los fijo-discontinuos en 0,6 millones, es decir, sólo los primeros –los de mayor calidad del mercado laboral-, han crecido 2,4 veces más que estos últimos, los fijo-discontinuos (véase Gráfico 2).

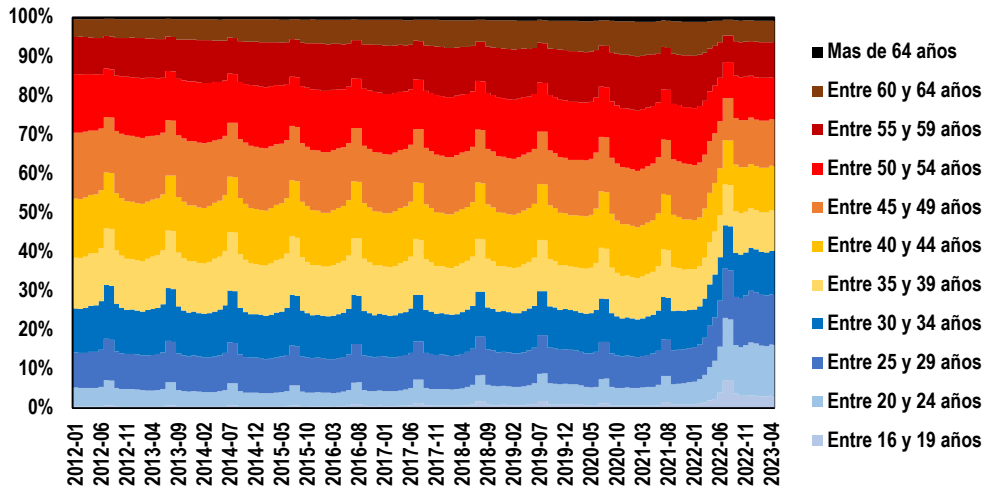
Gráfico 2. Evolución agregada de la afiliación de la Seguridad Social según tipo de contrato de la aprobación de la reforma laboral (ene22-abr-23).



Fuente: MISSM.

Desde la perspectiva de la edad, el incremento de la incidencia del empleo indefinido fijo-discontinuo ha tenido como principal protagonista los estratos jóvenes. Tal y como muestran los siguientes dos gráficos, aquellos afiliados comprendidos entre los 16 a y los 34 años han aumentado en 15 puntos su presencia entre el total de los que los son mediante esta fórmula: de situarse secularmente en torno al 25% hasta alcanzar, ahora, el 40% (47% en agosto de 2022).

Gráfico 3. Distribución porcentual de los F-D (ene12-abr23) según edad.



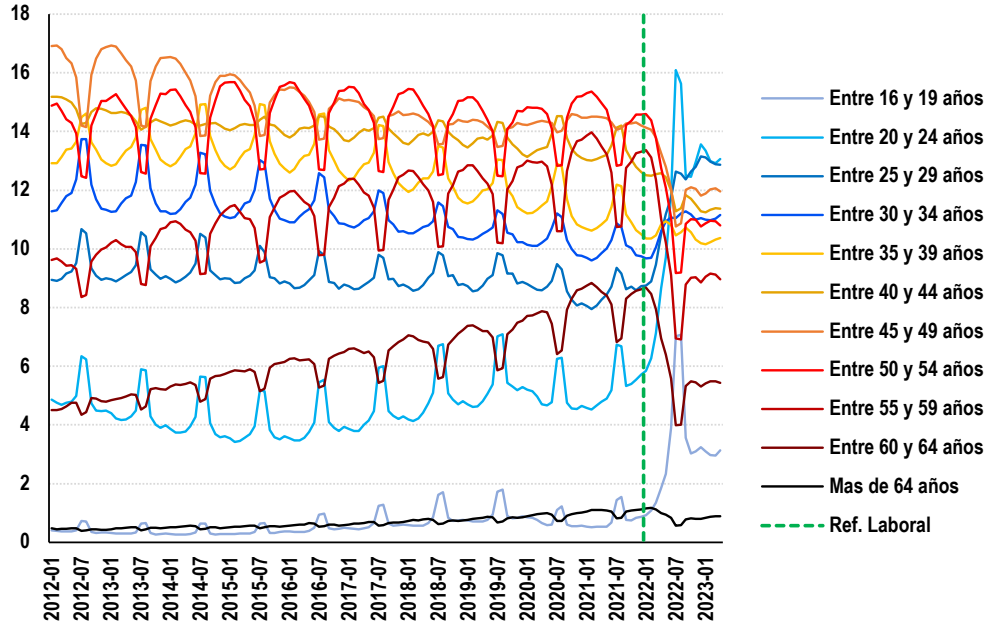
Serie bruta. Fuente: MISSM.

El enorme proceso de "regularización" de contratos temporales en fraude de ley (es decir, formalmente temporales pero materialmente indefinidos) se refleja en la alteración de los diferentes patrones de estacionalidad que venía mostrando cada grupo etario: hasta la reforma laboral de 2021, esta fórmula, mucho más reducida en su uso, servía de objeto para la activación en el empleo de los estratos más jóvenes durante la temporada de verano, tal y como muestran los picos al alza en el peso sobre el total referidos a estos grupos, y que se corresponden, casi absolutamente, con los meses de junio a agosto.

Ahora, tras la reforma y la consecuente recomposición de la estructura del empleo, si bien es cierto que sigue intensificándose el peso de los grupos jóvenes en verano, especialmente, de los menores de 30 años, el conjunto de estratos mantiene una tendencia más estable durante el resto del año, lo que denotaría el papel de esta fórmula en este proceso de regularización y estabilización.

En definitiva, el patrón estacional parece haberse alterado desde uno que se venía caracterizando por la entrada de los jóvenes en verano y su inmediata salida tras finalizar éste a otro en que el conjunto de estratos se estabiliza -dado el crecimiento absoluto de esta fórmula- aunque la temporada de verano siga mostrando una alta incidencia del empleo jóven. Y ello más aun cuando, en relación a lo primero que ha sido comentado al inicio, estos estratos se estabilizan en niveles superiores a los que poseían previamente al cambio normativo.

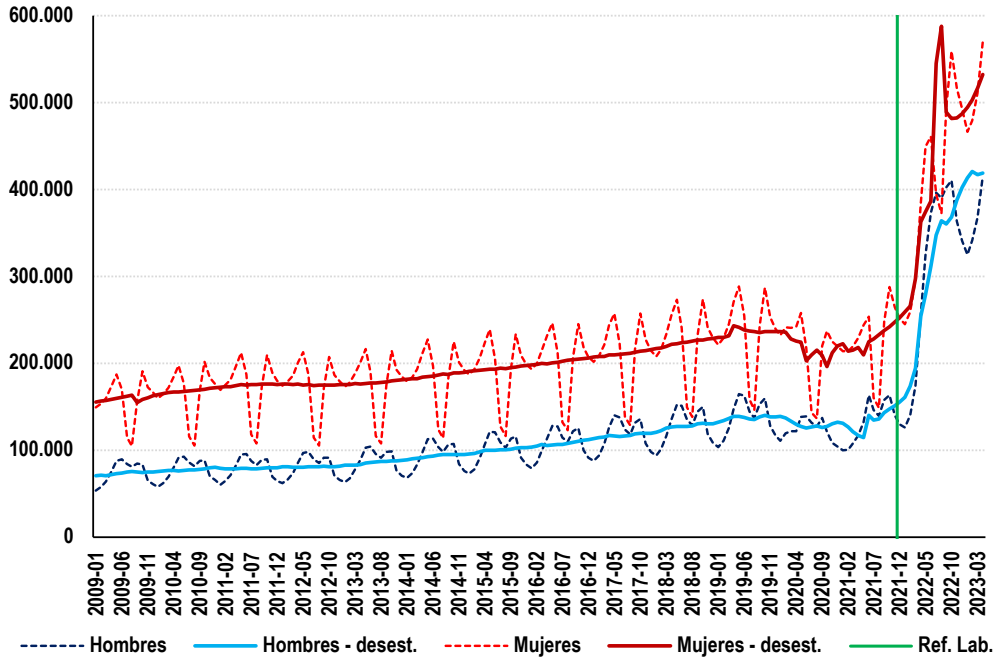
Gráfico 4. Distribución porcentual de los F-D según edad (2012ene-2023abr).



Serie bruta. Fuente: MISSM.

Al margen de lo anterior, el análisis desde la perspectiva de género también arroja resultados significativos. En función del sexo de los afiliados, las mujeres tienen una preeminencia en la contratación de esta fórmula respecto de los varones. A fecha de abril de 2023, en términos brutos, había 570.085 trabajadoras asalariadas mediante este tipo de contrato, frente a los 415.572 varones. Ello supone, porcentualmente, una tasa de feminización del 57,8% en esta fórmula contractual para el mes de abril. No obstante, la aceleración del crecimiento de la incidencia de este tipo de relación laboral, como luego se verá, en secciones de actividad no eminentemente feminizadas, ha acercado sustancialmente la distribución relativa por sexos. Específicamente, en términos brutos, durante los meses de junio y agosto, con una incorporación muy intensa de afiliados mediante esta fórmula especialmente en la hostelería, el porcentaje de hombres llegó a superar levemente al de mujeres: 50,1% frente a 49,9% en julio y 51,2% y 48,8% en agosto a favor de los varones, siendo los únicos momentos de la serie histórica en que ello se ha producido.

Gráfico 5. Evolución del total de afiliados según sexo (09ene23abr).

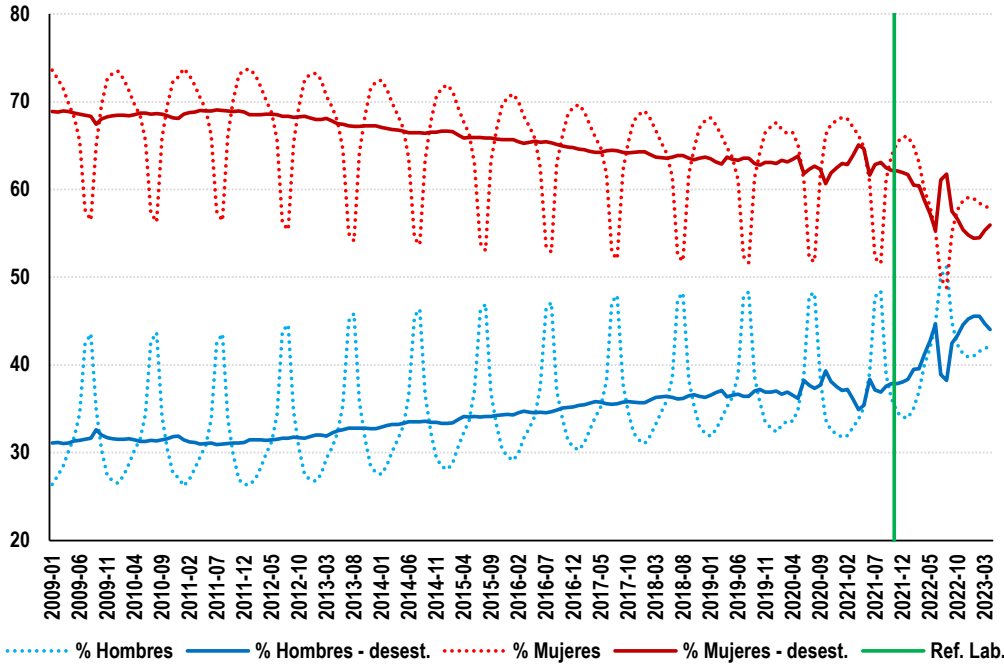


Series brutas y desestacionalizada. Fuente: MISSM

Por tanto, es muy llamativa, como ya pasaría en la confrontación entre trabajadores jóvenes y maduros, el diferente patrón de estacionalidad que se había venido dando según sexos: específicamente, y tal y como se aprecia tanto en términos absolutos como en la serie que refleja la distribución relativa, si bien ambos sexos muestran picos al alza en los meses de mayo (Semana Santa e inicio de la temporada estival), especialmente el de las mujeres se ha venido reduciendo drásticamente en el mes de agosto, es decir, con el final de la temporada turística.

En buena medida, ello podría venir dado, como se verá a continuación en cuanto a la perspectiva sectorial, por la mayor feminización de algunos de los sectores que más han acudido tradicionalmente a esta fórmula. Un caso paradigmático, más allá del evidente de la hostelería, sería el de la educación, con una intensísima rotación en los meses de verano. Ambos sectores, aunque especialmente este segundo, estarían fuertemente feminizados, de ahí la considerable mayor elasticidad del empleo femenino regido por esta fórmula. A la inversa, la industria manufacturera constituiría un sector mucho más masculinizado y con un uso cada vez más reseñable de esta fórmula, pero, sin embargo, comparativamente menor a los anteriores, constituyendo un tipo de dinámica que explicaría las menores oscilaciones del empleo masculino fijo-discontinuo.

Gráfico 6. Evolución del total de afiliados según sexo (09ene-2023abr).



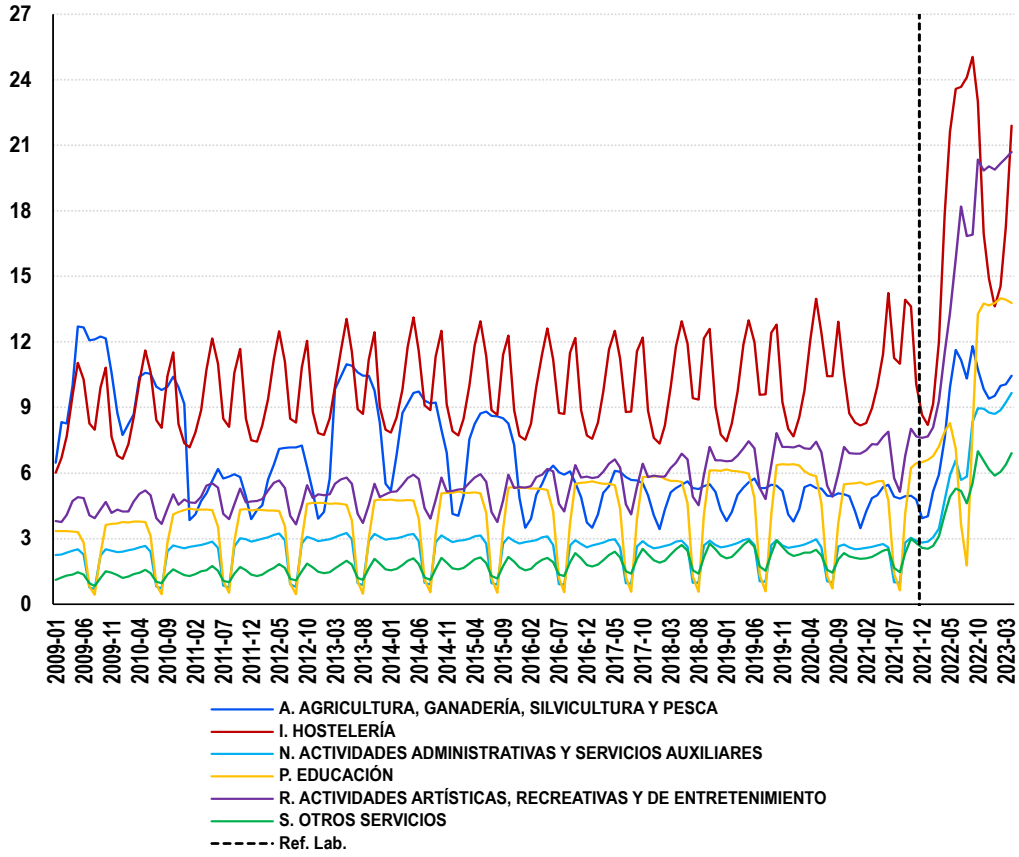
Series brutas y desestacionalizada. Fuente: MISSM

Precisamente si nos adentramos en este enfoque, el de los sectores productivos, podemos observar que la fórmula fijo-indefinido ha sufrido un incremento sustancial de su peso a lo largo del conjunto de secciones de actividad de la CNAE-09. Ahora bien, tanto el tamaño de las mismas, lógicamente, como la propia incidencia dentro de ellas posee cierta heterogeneidad. Así, el mayor tamaño, en el sentido de que la actividad abarque a un número considerable de trabajadores fijo-discontinuos, no está siempre correlacionado con el que el peso de éstos en la misma sea elevado. A modo de ejemplo, el sector agrario posee una incidencia relativamente alta de esta formulación y, sin embargo, abarca tan sólo a entre el 0,8% y el 1,1% de estos trabajadores; en el sentido inverso, la industria manufacturera, que ocupa entre el 6% y el 12% de los fijos-discontinuos tiene, sin embargo, una incidencia relativamente baja, pero creciente, de los mismos.

Correlativamente a ello, puede comprobarse el elemento de análisis que, nuevamente, da cuenta de la dinámica de funcionamiento del fijo-discontinuo, como es el ya mencionado patrón estacional por el que se rige su activación o desactivación. Ahora, estudiando esta "tasa", se comprueba de manera mucho más rica la idiosincrasia de cada sección de actividad.

Como ya se adelantó en la parte referida a la incidencia según sexos, pueden diferenciarse, al menos, dos grupos de secciones antes de la reforma laboral: de un lado, aquellos que pasan activos todo el año a excepción del verano, momento en el cual se produce una intensa salida de llamada, como ocurría en educación, actividades administrativas, otros servicios y, progresivamente, en actividades recreativas y de ocio; del otro, agricultura y hostelería, que muestran una caída en el final de la temporada de verano, si bien en el sector agrario parece que hay un uso más recurrente en lo que fueron los momentos más complicados de la crisis de 2008 en adelante, donde no sólo se incrementó su uso sino que, además, se rompió su patrón estacional ordinario, cayendo únicamente en los meses de cambio de año.

Gráfico 7. Incidencia de la figura del indefinido fijo-discontinuo en la afiliación de las secciones de actividad (ene09-23abr).



Datos brutos. Fuente: MISSM.

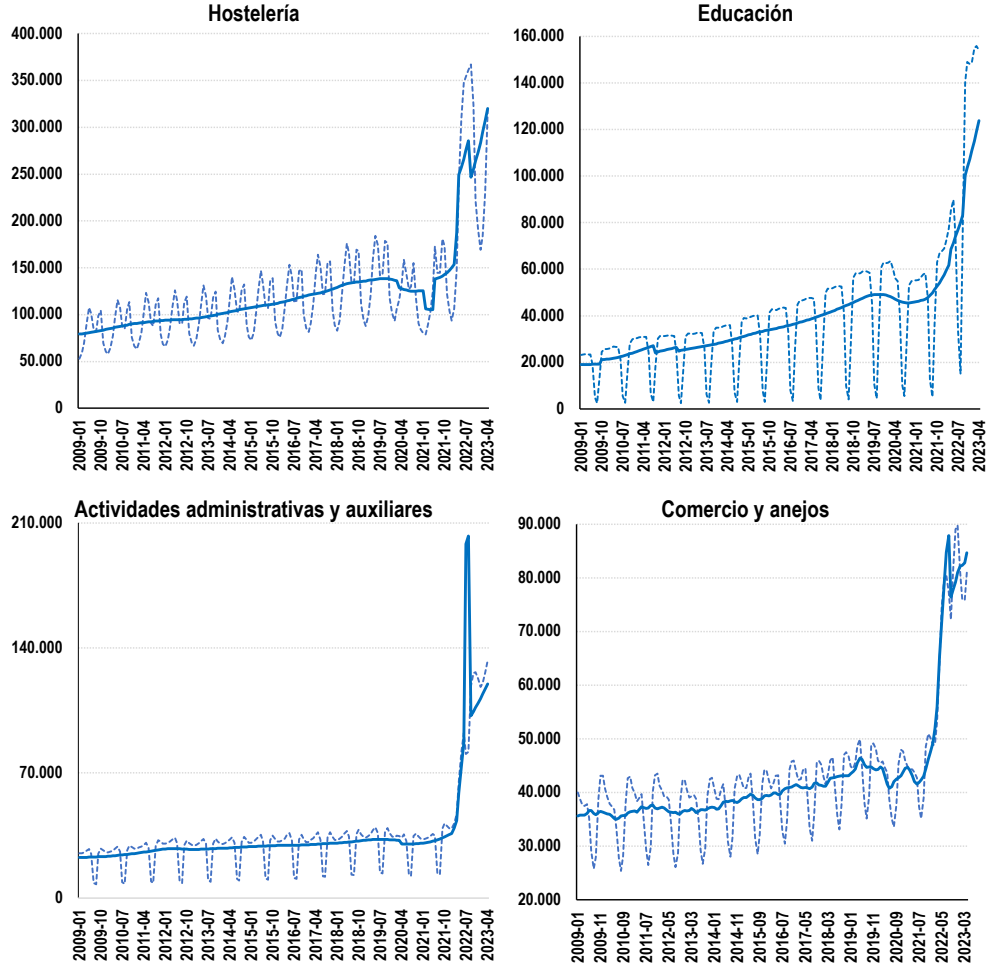
A partir de la reforma laboral, parece claro que hay una recomposición general de los niveles de incidencia, muy mediatizados por la fuerte crecimiento de estos tipos de trabajadores que parecería estar alterando algunos patrones estacionales (Gráfico 7): en hostelería, aunque sigue dándose la prototípica caída de enero, no ha ocurrido así en este agosto con el fin de la temporada de verano (al contrario, alcanza el 24,1%, sólo superado por el 25,0% de septiembre); en educación, parece haber una menor intensidad en la desactivación propia del verano y las vacaciones escolares, pues mientras en el periodo previo de la reforma laboral parecían quedar fuera de llamada la práctica totalidad de fijos-discontinuos del sector, ahora este pico a la baja se da niveles moderadamente más elevados, es decir, parte de éstos siguen en actividad; el mismo cambio de patrón que en hostelería, probablemente por la fuerte relación entre ambas, se estaría dando en actividades recreativas de ocio; finalmente, el sector agrario, las actividades administrativas y la sección "otros servicios" parecerían mantener su patrón estacional.

Teniendo esto en cuenta, si nos centramos en las secciones que mayor número de fijos-discontinuos abarcan sobre el total de los existentes, podemos desentrañar la velocidad de penetración de los nuevos fijo-discontinuos –y, por ende, de la nueva regulación- desde una perspectiva sectorial. Ello permite identificar en cuáles este proceso ha sido más o menos exponencial. Así, serían representativas las siguientes secciones específicamente para el pasado mes abril (en términos brutos):

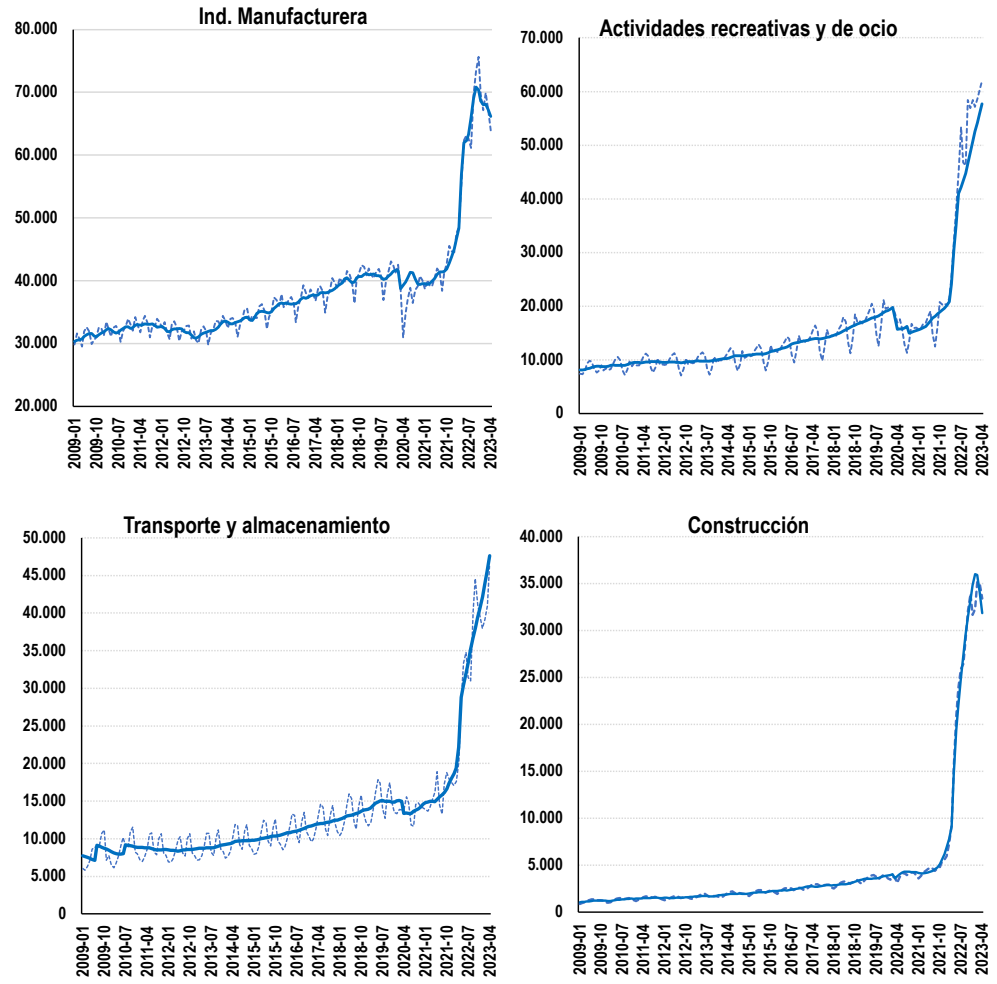
— I. HOSTELERÍA: 319.065
— P. EDUCACIÓN: 154.046
— N. ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS Y SERVICIOS AUXILIARES 133.082.
— G. COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR; REPARACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR Y MOTOCICLETAS 81.021.
— C. INDUSTRIA MANUFACTURERA 63.960.
— R. ACTIVIDADES ARTÍSTICAS, RECREATIVAS Y DE ENTRETENIMIENTO: 62.009.
— H. TRANSPORTE Y ALMACENAMIENTO: 46.231
— F. CONSTRUCCIÓN: 33.407

Ahora bien, como se desea estudiar la evolución comparativa entre enero de 2021 y abril de 2022 y, como se ha comprobado, los patrones de estacionalidad son muy diferentes entre secciones, será de utilidad tomar ahora los datos en términos desestacionalizados. De esta manera, se evita que las características prototípicas especialmente de los meses de inicio y final de la serie (en puntuado, la serie original; en línea continua, la desestacionalizada) distorsionen el análisis.

Cuadro 1

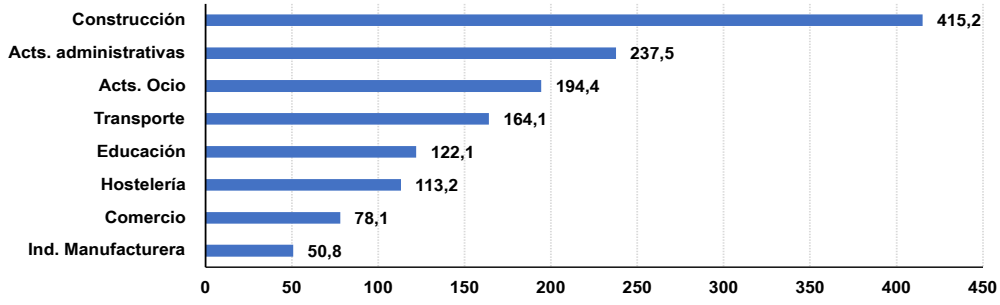


Cuadro 2



De los cuadros anteriores puede comprobarse que la práctica verticalidad del crecimiento en construcción, partiendo además de un nivel sustancialmente bajo de fijos-discontinuos en el seno de la misma, le hace destacarse con claridad respecto del resto de secciones. Ello se observa también claramente en la variación en términos porcentuales a que se refiere el siguiente gráfico.

Gráfico 8. Var% dic21vsabr2022



Fuente: MISSM.

5. EL FIJO DISCONTINUO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DATOS DE LA EPA: LA CONTROVERSIA CON EL DESEMPLEO

El abordaje que realiza la EPA sobre la fórmula indefinida fijo-discontinua permite ir aún más allá del -ya no poco profundo- análisis que habilitan los datos de la Seguridad Social. Específicamente, la EPA permite entrar en variables tanto jurídico-institucionales –por ejemplo, la situación en llamada o no de los asalariados con esta fórmula- como de índole "psicológico" que inciden en la percepción de la calidad del empleo que ofrece la misma: por ejemplo, nivel de conformidad con las condiciones laborales que poseen las personas trabajadoras contratadas bajo esta modalidad contractual –utilizando para ello como proxy el deseo o no de cambiar de puesto de trabajo-.

De hecho, la utilización de la EPA permite superar las críticas que se han realizado en relación a los registros del SEPE, según las cuales el hecho la ubicación de los fijo-discontinuos fuera de llamada, incluso percibiendo una prestación, como "demandantes ocupados", supone una suerte de "paro encubierto"[33]. Aunque es cierto que la EPA no está captando aún la totalidad del empleo fijo-discontinuo existente, el hecho de que consiga, si bien a través de sus microdatos, rastrear aquellos asalariados fijo-discontinuos que se encuentran fuera de llamada, también permite, según éstos estén en búsqueda activa de empleo o no para esos periodos, ubicarlos como parados o inactivos (o, incluso, como pluriempleados en otra ocupación). Dicho de otra manera, esta configuración y capacidad de identificación en la EPA entre situación de llamada y de no llamada permite eludir cualquier atisbo de falta de cómputo de parados: si un fijo-discontinuo busca activamente empleo en esa etapa, es decir, si responde a la definición internacionalmente establecida de desempleado/a, pasará a computar como tal y, así, integrarse en la tasa de paro de manera ordinaria.

Por tanto, es la EPA y no, como ha podido hacerse recientemente, el paro registrado, la fuente de estudio de la situación de no llamada de los fijo-discontinuos y la que, como se ha dicho, y ha de incidirse, permite ubicar todas las casuísticas, no cabiendo posibilidad entonces de alteración a la baja las cifras de desempleo desde ninguna de sus perspectivas.

Por contra, la naturaleza y razón de ser del paro registrado y las motivaciones que llevan a los sujetos a inscribirse en él son, aun con su gran utilidad en otros muchos aspectos, de otra índole, sólo parcialmente vinculadas al seguimiento de la coyuntura del mercado de trabajo, de un nivel analítico inferior a la EPA y no permiten una adecuada comparabilidad internacional[34]. De hecho, la propia existencia de fijo-discontinuos en periodos de no llamada que, deliberadamente, decidan no inscribirse en el paro constituye otro motivo de distorsión que hace poco recomendable la utilización de esta fuente a estos específicos efectos.

A estas cuestiones se volverán en la parte final del epígrafe.

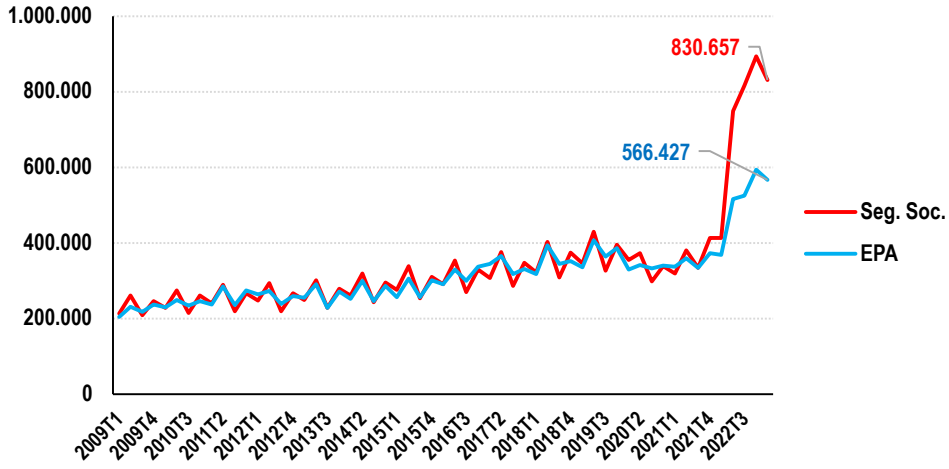
Señalado lo anterior, la explotación de estos datos seguirá el siguiente orden: primero, tras exponer el diferencial absoluto entre trabajadores con esta fórmula según Seguridad Social y EPA y sus causas, se incidirá en la dinámica de activación/desactivación y su patrón estacional desde las particularidades que ofrece esta fuente; segundo, se ofrecerán diversos indicadores que darán muestra del nivel de calidad mayor o menor de que provee esta fórmula en relación a los contratos temporales; finalmente, en tercer lugar, se volverá a la controversia anterior, mostrando la incidencia del desempleo entre los fijo-discontinuos fuera de llamada.

[33] De hecho, se ha llegado a distinguir, en relación a los datos del paro registrado, entre éste y lo que se ha venido a denominar "paro efectivo", definido como «definido como el resultado de sumar al paro registrado el número de demandantes de empleo con relación laboral, intentando aproximar así el paro que se habría observado en ausencia de la reforma debido a la extinción de contratos temporales». Arellano, A.; de la Fuente, A.; García, J. R.; Jansen, M.; Viola, A., *Observatorio Trimestral del Mercado de Trabajo*, Madrid, 2022, p. 3.

[34] Sobre la distinción entre uno y otro, véase Pérez Infante, J. I., «La medición del desempleo en España: La EPA y el paro registrado», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 21, 2000.

Comenzando por aquel, se puede observar en el siguiente gráfico que, en el último trimestre disponible, según la Seguridad Social (datos trimestralizados), habría 264.000 fijo-discontinuos específicamente en llamada más que los que consigue rastrear la EPA. Con casi toda probabilidad, este gap se deba a la complejidad de esta fórmula contractual y la naturaleza auto-reportada de las respuestas, que podrían estar aun ubicando aun a parte de los indefinidos fijo-discontinuos esencialmente en categorías temporales o en otras situaciones. No obstante, dado que la muestra que es capaz de rastrear la EPA, superior al medio millón de trabajadores, parece lo suficientemente extensa como para dotar de solidez suficiente al análisis

Gráfico 9. Total de F-D (en llamada) según la Seguridad Social y la EPA (09T1-23T1).



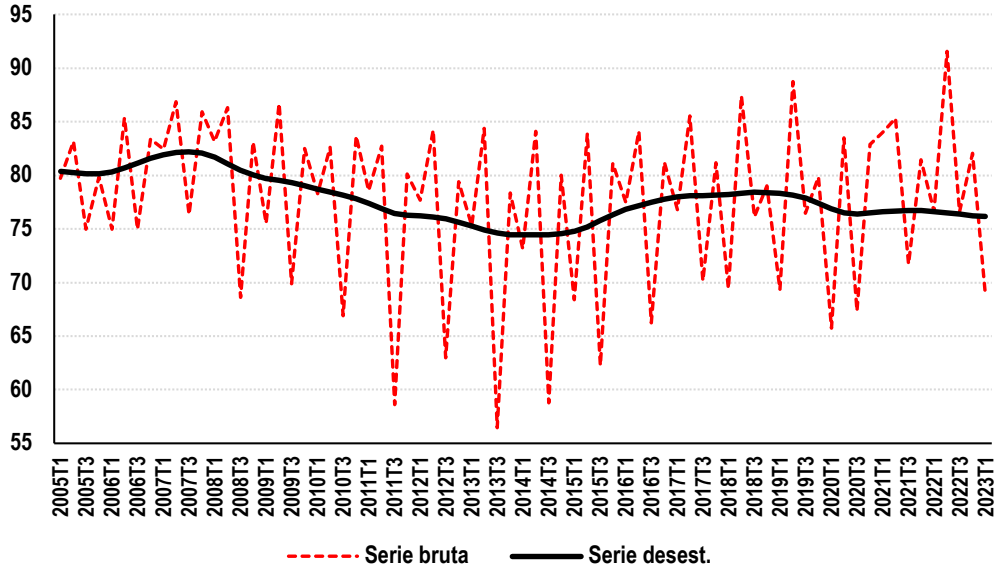
Microdatos EPA-stock (INE) y MISSM.

Incidiendo en esa riqueza de la EPA, en tanto permite la identificación de los fijo-discontinuos en llamada o fuera de ella y, por tanto, poder estudiar las características de la dinámica de activación o desactivación de los mismos, la mecánica es la siguiente: en sus microdatos, la EPA cuestiona al entrevistado por un conjunto de vicisitudes que han hecho que la persona trabajadora–en este caso asalariada- con empleo efectivo como tal, sin embargo, no haya trabajado durante la semana de referencia. Entre tales escenarios se encuentran, por ejemplo, las bajas médicas, el encontrarse en un ERE suspensivo, huelgas, cuestiones climatológicas, etc., y, efectivamente, ser un fijo-discontinuo fuera de llamada. Ello, junto al hecho de que la propia EPA diferencia, también en sus microdatos, entre asariado/a indefinido/a "permanente" y "fijo-discontinuo" puramente activos (similares a los que computa la Seguridad Social), sí permite construir las dos categorías de relevancia a estos efectos: las de los fijos-discontinuos en situación de llamamiento y los que no.

A partir de ello, se aprecia que (Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 04/08/1984, nº. 186). No obstante, la apuesta por la contratación temporal como forma crear empleo contaba ya con algún antecedente en la legislatura constituyente. Así, vid. DD.AA. 1ª y 2ª del Real Decreto Ley 43/1977, de 25 de noviembre sobre política salarial y empleo (BOE 26/11/1977, nº. 283)10), para el agregado y en términos trimestrales, la situación de llamada o no de estos asalariados es fortísimamente estacional. En términos brutos, durante el primer trimestre de 2023, el 68,7% de los fijos discontinuos se encontraba en actividad, 76,1% en términos desestacionalizados. De hecho, el porcentaje desestacionalizado y, además, corregido de tendencia, que se encontraba en actividad pre-reforma laboral (2005T1-2021T4) es materialmente similar al posterior a la misma (2022T1-

2023T1): 78,1% frente a 76,5%. Ha de recordarse que lo que se analiza en este punto es el patrón de estacionalidad llamada / no llamada, no debiendo confundirse con el realizado en el apartado anterior: niveles de llamada según sexo, edad, sector, etc.

Gráfico 10. Porcentaje de indefinidos/as FD en situación de llamada (05T1-23T1).



Fuente: microdatos EPA-stock (INE).

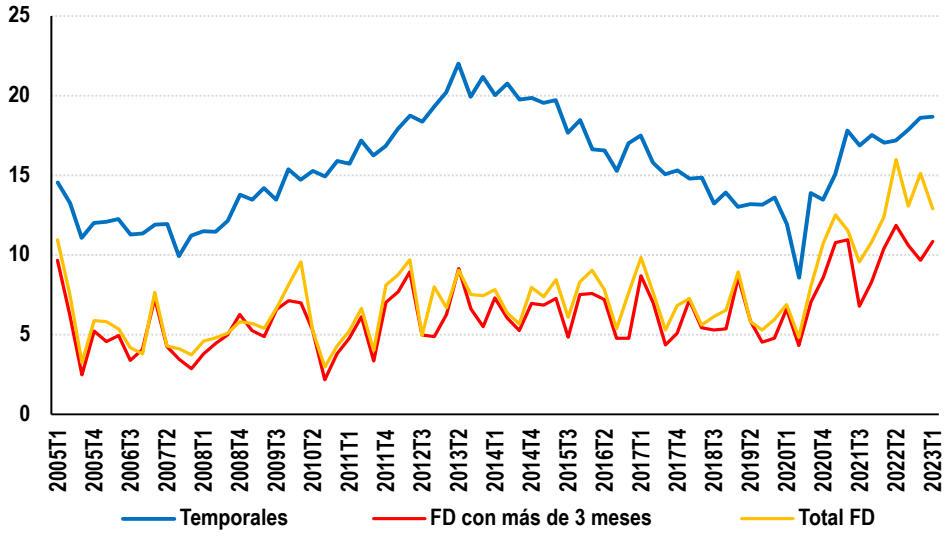
Por tanto, no puede aseverarse que la reforma habría generado, materialmente, un híbrido entre fórmulas indefinidas y temporales que atesorara los derechos de los primeros pero se viera sometido a los índices de rotación de los segundos. Dicho en otros términos, debe rechazarse la afirmación de que los nuevos contratos fijos-discontinuos son iguales o, cuanto menos, cercanos en el plano material a las antiguas fórmulas de obra y servicio temporales, pues su patrón de estacionalidad, con los datos disponibles, se mantiene estable a cómo era previamente al cambio normativo. En caso de que esa tesis se verificara, los niveles de activación habrían de ser mucho menores: los trabajadores estarían contratados mediante esta fórmula porque la reforma "obligaría" a ello, pero fuera de llamada. Como podemos apreciar, ello no ocurre En definitiva, ello no deja de ser una muestra más del enorme volumen de personas trabajadoras que venían estando regidas por contratos temporales en puestos que, materialmente, eran indefinidos.

En consecuencia, se desacreditaría por sí misma la posible hipótesis de estar ante una suerte de "re-etiquetado" de relaciones laborales materialmente temporales a objeto de reducir los niveles de temporalidad pero que, materialmente, seguirían adoleciendo de condiciones de trabajo seguirían siendo similares o muy cercanas a las prototípicamente temporales.

Precisamente, ello se manifestaría también desde la perspectiva de la propia persona trabajadora. Según los mismos microdatos de la EPA, aunque hubo un acercamiento puntual entre las series (probablemente causado por la atracción que suponen los altos contingentes de indefinidos a tiempo completo creados por el mercado laboral), el nivel de incidencia entre los fijos-discontinuos de estar activamente buscando el cambio de trabajo sigue siendo secularmente menor que entre los temporales. Dicho de otra manera, los trabajadores con esta modalidad contractual, dada la asimilación en derechos al resto de indefinidos permanentes, manifiestan una mayor satisfacción con el puesto que los habituales precarios-temporales.

Como muestra el siguiente gráfico, en el primer trimestre de 2023, el porcentaje de trabajadores temporales que estaba en esta situación es del 18,7%, mientras que entre las personas trabajadoras con régimen fijo-discontinuo se encuentra en el 12,9%. De hecho, esta tendencia a la mayor satisfacción con el puesto parece incrementarse según la persona trabajadora se asienta en el puesto: para quienes llevan más de 3 meses en el mismo –ya sea desde la contratación inicial o la renovación de contrato- este porcentaje cae al 10,8%.

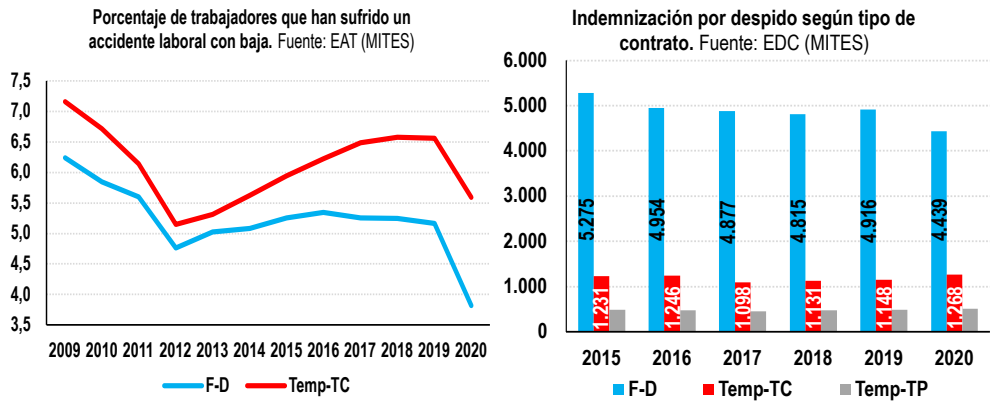
Gráfico 11. Porcentaje de temporales y FD, según antigüedad, que bucan cambiar de empleo (05T1-23T1).



Microdatos EPA-stock (INE).

En este sentido, aunque el crecimiento de la incidencia esta dinámica se da para todos los puestos desde principios de 2021, probablemente espoleados por las mejores condiciones de trabajo que ofrece el mercado laboral tras la reforma de ese año, la menor intendencia entre los fijo-discontinuos derive de otros factores que apuntalan la aseveración de que, ya antes incluso de la misma, se trata de una fórmula de mayor calidad que la temporal: en primer lugar, por su menor índice de siniestralidad; en segundo, porque, dada su naturaleza indefinida, el resultado de las indemnizaciones por despido percibidas son considerablemente mayores a las de los temporales (véase gráfico siguiente).

Gráfico 12



Por cierto que, próxima a esta cuestión del re-etiquetado debe hacerse una advertencia, especialmente para el lector no jurídico. Al hilo de la reforma se han venido publicando una serie de trabajos que desagregan el contrato fijo discontinuo en una suerte de submodalidades[35]. Estas aportaciones deben entender como lo que son, un esfuerzo para clarificar técnicamente la aplicación de la figura o, si se prefiere, del art. 16 ET. Jurídicamente hablando -y en la práctica- no existen diversas modalidades de contrato fijo discontinuo, sino una única que se caracterizaría por aglutinar todas las formas de trabajo estable llamadas a interrumpirse en el tiempo, que es su objeto. Además, la Ley no distingue tipos, ni expresa, ni tácitamente, como sí hace, por ejemplo, el art. 11 ET.

Lo contrario es tanto como afirmar que existen tantas modalidades de, por ejemplo, contrato de compraventa como cosas se pueden comprar con él, lo que nos conduciría, siguiendo a la doctrina clásica y volviendo a la laboral, a una «variedad incontenible y mudable» de especies contractuales[36]. No ha habido, por tanto, en este particular plano, incremento del número de modalidades contractuales, sino más bien lo contrario, un ensanchamiento de la figura que permitiera aglutinar actividades que, ahora con estabilidad, anteriormente estaban condenadas a ser temporales.

Sea como fuere, retornando a la relación entre esta fórmula contractual y el cómputo del desempleo, se trata de un debate en el que se entremezclan numerosas y muy intrincadamente complejas cuestiones: desde la dificultad que es intrínseca a cuestiones como la comprensión de la naturaleza jurídica de la propia fórmula contractual -y, en especial, de su periodo de no llamada- o la de la diferente funcionalidad y objeto de las distintas fuentes estadísticas (en este caso, paro registrado del SEPE y EPA del INE), la configuración interna de las mismas a efectos de esta específica forma de relación laboral asalariada, etc.

Específicamente, como ya se ha señalado, ha existido cierto énfasis en denunciar un supuesto "maquillaje" estadístico del paro registrado bajo la tesis ya anteriormente expuesta: dado que los trabajadores con esta fórmula contractual, cuando se encuentran fuera de llamada, no computan como parados en el SEPE -y ello aunque puedan estar percibiendo una prestación por desempleo (en caso de haber devengado tal derecho)-, se estaría ocultando un considerable número de parados desde la aprobación de la reforma laboral. Específicamente, en tales términos se expone la Proposición no de Ley de 14 de abril de 2023, relativa a "relativa a actualizar y adaptar las estadísticas de empleo a la realidad del mercado laboral". Según ésta, se denuncia la imposibilidad de «hacer un seguimiento de la evolución del mercado de trabajo sin trampas ni maquillaje» ante el hecho de que, esta regla en relación al SEPE, supone que, dado que «los fijos discontinuos se han multiplicado […] lo que queda reflejado en las estadísticas ya no concuerda con la realidad del mercado de trabajo». Esta suerte de ocultación oscilaría en torno a los 450.000 a principios de año[37].

Señalado ello, deben recordarse varias cuestiones antes de exponer definitivamente los resultados de la explotación de los microdatos de la EPA y, de nuevo, cómo ésta, por automatismo dada su propia configuración, invalida esa tesis: primero, que esta forma de cómputo en el SEPE viene siendo inalteradamente la misma desde 1985, de modo que no puede existir ese maquillaje, ocultación o falseamiento; segundo, que, precisamente, si existen diferentes fuentes estadísticas sobre un mismo fenómeno complejo como es el desempleo, ello tiene su causa en disponer de todas las herramientas posibles para poder capturar la totalidad de las diferentes implicaciones y proyecciones

[35] Goerlich Peset, J. M., «La reforma de la contratación temporal», en Mercader Uguina, J.R., de la Puebla Pinilla, A., Goerlich Peset, J. M. (eds.) *La reforma laboral de 2021: un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 70-93; Lahera Forteza, J., «Las cinco modalidades del nuevo contrato de trabajo fijo-discontinuo», *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, 180, 2022, Editorial Observatorio.

[36] Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M. E., *Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 77.

[37] Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie D: General, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-607.PDF, págs. 36 y 27.

del mismo[38]. Y es en este segundo punto donde la combinación entre EPA y paro registrado, y no una visión centrada únicamente en el segundo, permite dicha comprensión integral y correcta del mismo.

En relación a la crítica al paro registrado (SEPE), ha de recordarse, primero, que se trata de un registro administrativo de adscripción (normalmente) voluntaria cuya función es cuantificar a las personas trabajadoras que, incluso ocupadas o no, desean ser demandantes de empleo a efectos prestacionales, formativos o de promoción profesional. En él los trabajadores fijo – discontinuos fuera de actividad, específicamente, como ya se ha dicho, no se incluirían –en base a esa metodología con casi cuatro décadas de existencia- en la categoría genérica de "parados registrados" sino, y sólo en caso de decidir voluntariamente los trabajadores acudir al SEPE a inscribirse, en la de "demandantes con relación laboral" (o, en términos similares, "demandantes ocupados"). Los paralelismos con los trabajadores en ERTE, son apreciables de manera palmaria (de hecho, éstos se incluyen también en esta categoría). Por ello, y porque dicha categoría incluye una multiplicidad de supuestos que, además, pueden solaparse entre sí[39], ni siquiera la cifra de demandantes ocupados es representativa de los fijo-discontinuos fuera de llamada ni, consecuentemente, de un posible número de parados eventualmente "ocultados".

A ello ha de añadirse, como ya se al inicio y hace unas pocas líneas, que la mera existencia de fijo-discontinuos fuera de llamada voluntariamente no inscritos en el SEPE, sea cual sea su motivación, de nuevo, hace adolecer a esta fuente, per se, de dificultades de rastreo de estos trabajadores incluso si se operaran sobre la misma las modificaciones que se señalan como teóricamente necesarias. Ello, por supuesto, no invalida esta fuente para el estudio del mercado laboral en numerosísimas perspectivas, pero si focaliza en no ser la adecuado al respecto de esta específica problemática.

De hecho, desde la perspectiva estrictamente jurídica, el estar, llegado el caso, pudiendo percibir una prestación, no ha de llevar al error de entenderlos como equiparables a un parado que, también, pueda eventualmente estar cobrándola: los fijo-discontinuos no en llamada poseen una vigente relación laboral, estén o no cobrando una prestación, de manera similar, como se ha señalado, a los trabajadores en ERTE (respecto de los cuales, sin embargo, no ha habido debate en torno a que hayan de ser considerados como parados); por su parte, los parados registrados, también estén o no cobrando una prestación, no poseen una relación laboral. De hecho, esta segunda situación ha sido la que tradicionalmente ha estado cubierta, cumpliendo los requisitos, por el sistema de protección por desempleo. La primera, la de los fijos discontinuos, lo está hoy en día por haberse ampliado el ámbito de aplicación del concepto de situación legal de desempleo (art. 267 LGSS), no porque por naturaleza le correspondiera. No en vano, la protección por desempleo, en su origen, se dispensaba a pudiendo y queriendo trabajar, perdieran su empleo[40].

Expuestas las cuestiones controvertidas en torno al paro registrado a estos específicos efectos, corresponde desarrollar la manera en que la EPA, como ya se ha señalado, permitir rastrear todas las posibles situaciones de los fijo-discontinuos fuera de llamada en el mercado de trabajo a través de las tres categorías básicas del mismo: inactivos, parados y ocupados. Así, estos individuos podrán clasificarse

1) como parados, en caso de que estén activamente buscando otro empleo durante el periodo de no llamada.

2) como inactivos, en caso de que no.

[38] Pérez Infante, J. I., «La medición del desempleo en España», cit., pp. 15-58; «¿Por qué el paro registrado supera al paro de la EPA?», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 71, 2008, pp. 53-65.

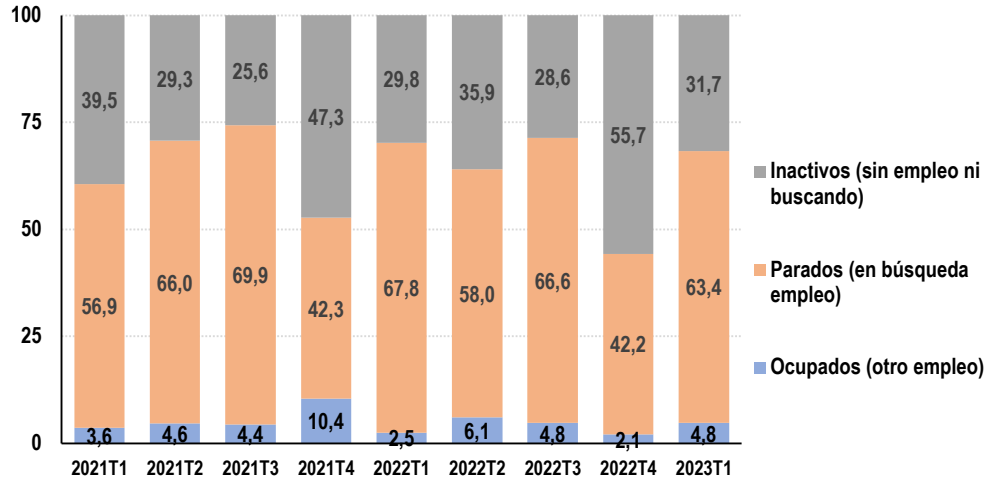
[39] Demandantes de autoempleo, demandantes sin disponibilidad inmediata, demandantes suspendidos con y sin intermediación, demandantes jubilados, demandantes pensionistas, demandantes en situación de adscripción por colaboración social, demandantes en ERTE, etc.

[40] Fernández Márquez, O., *La situación legal de desempleo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

3) como ocupados, en caso de que posean un segundo trabajo (pluriempleo).

Por tanto, la EPA permite captar la totalidad del fenómeno y, en presencia de la misma, no existe debate metodológico alguno de que los fijos discontinuos no en llamada no computen en el indicador de paro por excelencia: la tasa de desempleo que cada trimestre publica el INE, sin posibilidad de que se adultere a la baja las cifras de paro. Específicamente, en el primer trimestre de 2023, de los 181.910 fijo-discontinuos fuera de llamada que computa la EPA, un 63,4% , es decir, 115.412, estarían realizando una búsqueda activa de empleo (ya fuera sustitutivo o complementario), computando estos concretos, entonces, como parados con su correspondiente impacto en la tasa de paro. Además de la diferente metodología, el hecho de que en la categoría de "demandantes ocupados" haya otros muchos diferentes tipos de ocupados[41], sería la explicación central de la diferencia con la cifra dada en la proposición de Ley.

Gráfico 13. Relación con la actividad de los FD en situación de en llamada (21T1-23T1).



Microdatos EPA-stock (INE)

En definitiva, constituye un enfoque mucho más rico, por ser el indicador que por cuya naturaleza y configuración permite ubicar todas las casuísticas de los fijos-discontinuos, incidir en la mejora del rastreo vía EPA que permita cerrar el gap son los datos de Seguridad Social –es decir, respecto de los que están en llamada- que seguir enfatizando eventuales reformas de los registros del SEPE "forzándolos" más allá de sus límites y capacidades y que, aun así, no resolverían el problema de quienes voluntariamente no desean adscribirse.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de reflexionar acerca del debate que en torno a la temporalidad se ha suscitado en nuestro país. Un debate que ha estado dominado por lo que aquí hemos denominado como "teoría de la dualidad" y que insistía en que el comportamiento diferencial de nuestro mercado de trabajo en relación a otros países de nuestro entorno (incluso en lo que hace a la generación de empleo o a las altas tasas de paro) se basaría en la diferencia de costes entre la contratación temporal y la indefinida, de los cuales la mayor parte vendrían dados por los diferentes costes de extinción de la relación laboral. De esta forma, la solución a los problemas derivados de la alta temporalidad vendría de la mano de la reducción de la brecha entre ambos.

[41] Ver 38.

La reforma laboral rompe con este marco teórico para abordar el problema de la temporalidad desde una perspectiva analítica distinta: la causa de la dualidad -y de la temporalidad- es el uso fraudulento de las modalidades temporales de contratación, especialmente el contrato de obra y servicio. Por ello, ataca frontalmente el fenómeno de la temporalidad fraudulenta mediante dos vías esenciales: primero, pasando a prohibir directamente los contratos temporales por cuyo volumen su control de legalidad se escapaba de las capacidades de fiscalización de las autoridades laborales, ejemplificándose ello en los denominados como "de obra y servicio"; y, en segundo lugar, atendiendo a que, en cualquier caso, la economía posee un patrón fuertemente estacional, incentivar la tipología del indefinido fijo-discontinuo.

Los resultados, al menos por el momento, no han podido ser más esperanzadores en lo que hace a la reducción de la temporalidad en nuestro país. Lógicamente, esto tiene múltiples implicaciones, que van, desde analizar el calado de esos cambios y dificultades nuevas que de los mismos pudieran derivarse a los de contenido técnico-científico, que tienen que ver con la refutación total o parcial de las teorías que se han venido desplegando para explicar el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo y la formulación y/o desarrollo de nuevas.

El centro de este debate se ha situado el contrato fijo discontinuo cuando, curiosamente, al menos en términos cuantitativos, no es la principal palanca de cambio. Como evidencian los datos de la Seguridad Social y hemos mostrado aquí, el empleo temporal se ha reducido en 2,03 millones mientras que el empleo indefinido ha crecido 2,76 millones. Pues bien, de entre los indefinidos, los permanentes a tiempo completo han crecido en 1,48 millones, los permanentes a tiempo parcial en 0,68 millones y los fijo-discontinuos en 0,6 millones, es decir, sólo los primeros –los de mayor calidad del mercado laboral-, han crecido 2,4 veces más que estos últimos, los fijo-discontinuos.

Es más el patrón estacional tan típico de nuestro país parece haberse alterado desde uno que se venía caracterizando por la entrada de los jóvenes y verano y su inmediata salida tras finalizar éste a otro en que el conjunto de estratos se estabiliza -dado el crecimiento absoluto de esta fórmula- aunque la temporada de verano siga mostrando una alta incidencia del empleo jóvenes. Y ello más aun cuando, en relación a lo primero que ha sido comentado al inicio, estos estratos se estabilizan en niveles superiores a los que poseían previamente al cambio normativo.

Desde la perspectiva del desempleo, el farragoso debate técnico acerca de cómo las dos formas de medir el paro captan o no esta modalidad contractual, podría estar dificultando ver el bosque: los datos de la EPA evidencian que debe rechazarse, primero, la aseveración de que los nuevos contratos fijos-discontinuos son iguales o, cuanto menos, cercanos en el plano material a las antiguas fórmulas de obra y servicio temporales, y, segundo, que nuestro sistema estadístico en relación al empleo fijo-discontinuo posea defectos de configuración que impidan rastrear todas las posibles situaciones en que se encuentran los asalariados mediante esta fórmula, especialmente en lo referido al desempleo

En suma, ni el fijo discontinuo es la punta de lanza del cambio que se está produciendo (aunque pueda simbolizarlo), ni puede afirmarse con rigor que es una modalidad contractual temporal encubierta ni que las cifras de paro puedan estar sesgadas a la baja

7. BIBLIOGRAFÍA

Arellano, A.; de la Fuente, A.; García, J. R.; Jansen, M.; Viola, A., *Observatorio Trimestral del Mercado de Trabajo*, Madrid, 2022.

Bentolila, S., «El contrato con indemnizaciones crecientes explicado a los niños», *Nada es gratis*, 2010.

Bentolila, S., *Las modalidades de contratación tras la reforma del mercado de trabajo de junio de 2010*, FEDEA, Madrid, 2010.

Bentolila, S.; Dolado, J.J., «Labour flexibility and wages: lessons from Spain», *CEMFI, DT*, n.o No. 9406, 1994.

Bentolila, S.; Dolado, J.J.; Jimeno, J. F., «Two-tier employment protection reforms: The Spanish experience», *CESifo DICE Report*, n.o No. 4, 2008.

Blanchard, O. J.; Landier, A., «The Perverse Effects of Partial Labour Market Reform: Fixed-Term Contracts in France», *The Economic Journal*, vol. 112, n.o 480, 2002, pp. F214-F244.

Blanchard, O. J.; Tirole, J., *Contours of Employment Protection Reform*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2003.

Conde-Ruiz, I., «Por un contrato de igualdad de oportunidades», *eldiario.es*, 2012.

Dolado Llobregad, J. J.; Jimeno Serrano, J. F.., *Contratación temporal y costes de despido: lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado*, Fundación Alternativas, 2004.

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

García de Polavieja, J., «¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal?: España en perspectiva comparada», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, n.o 113, 2006, pp. 77-105.

Gimeno Díaz de Atauri, P., *El coste del despido: y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2014.

Goerlich Peset, J. M., «La reforma de la contratación temporal», en Mercader Uguina, J.R., de la Puebla Pinilla, A., Goerlich Peset, J. M. (eds.) *La reforma laboral de 2021: un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Jimeno Serrano, J. F., «La rocambolesca historia del contrato único», *Nada es Gratis*, fecha de consulta 21 abril 2018, en http://nadaesgratis.es/bentolila/la-rocambolesca-historia-del-contrato-unico.

Lahera Forteza, J., «Las cinco modalidades del nuevo contrato de trabajo fijo-discontinuo», *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, n.o 180, 2022, Editorial Observatorio, p. 6.

Pérez del Prado, D., «Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo», en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.

Pérez Infante, J. I., «La medición del desempleo en España: La EPA y el paro registrado», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.o 21, 2000, pp. 15-58.

Pérez Infante, J. I., «¿Por qué el paro registrado supera al paro de la EPA?», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.o 71, 2008, pp. 53-65.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Sobre el contrato de trabajo "único"», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.o 1, 2009, pp. 111-124.

Toharia Cortés, L. (ed.), *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, 2005.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): The great contribution of a critical jurist to Labour and Social Security Law

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L..: «FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al derecho del trabajo y de la seguridad social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 307-349

"No hay ninguna posibilidad de satisfacer en un pueblo la necesidad de verdad si no se puede encontrar a este efecto hombres que amen la verdad"

SIMONE WEIL[1]

1. LA PERSONA Y LA OBRA: FERNANDO VALDÉS, JURISTA CIENTÍFICO Y MAGISTRADO

Fernando Valdés Dal-Ré (22 de abril de 1945-9 de marzo de 2023) ha sido uno de los grandes juristas y iuslaboralistas de la fase de "consolidación" de nuestra disciplina. Tuvo un papel muy relevante en la edificación del nuevo Derecho del Trabajo de la democracia constitucional, que atendiendo al garantismo jurídico dejó atrás el Derecho del Trabajo de la dictadura franquista. Un proceso reconstrucción que, como se sabe, se iniciaría a partir de la Constitución de 1978. Pero esta Norma Fundamental exigiría, por su propia lógica interna, de un amplísimo desarrollo garantista de las previsiones constitucionales. Ha sido un iuslaboralista de enorme prestigio y reconocimiento a nivel internacional (especialmente en Europa y en Latinoamérica). Lo corrobora su presencia como Ponente en importantes Congresos Internacionales y la dirección y participación en monografías y artículos de Derecho Internacional y Comparado.

Fernando Valdés obtuvo la condición de doctor en el año 1973, y fue catedrático de nuestra disciplina en la Universidad de Valladolid (1981). Fue también Inspector de Trabajo y Seguridad Social y Procurador en las Cortes de Castilla y León por Valladolid (21 de mayo de 1983-febrero de 1984). En 1991 obtendría la consideración de catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid; y que pronto compatibilizaría con el cargo de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (1993-1996) y miembro del Consejo Económico y Social de España (2005-2012). En ambos organismo institucionales de concertación y diálogo social Valdés Dal-Ré llevó a cabo una extraordinaria labor para afrontar los procesos de transición del sistema de relaciones laborales de la dictadura franquista, la racionalización del sistema

[1] Weil, S.: *Raíces del existir. Preludio de una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. y Prólogo de M. E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del Trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 31.

de negociación colectivas en España y la elaboración de estudios rigurosos sobre la política socio-económica, el mercado de trabajo, el sistema de relaciones laborales y las cuestiones sociales del momento histórico (no sólo en el marco de las relaciones laborales, sino también de la multiplicidad de sistemas de protección social pública, como la protección de la pobreza y la exclusión social, y los instrumentos de aseguramiento social a través de la Seguridad Social).

Su producción científica comenzó a crecer cualitativamente, siempre dentro de su compromiso con el Derecho del Trabajo del Estado Social de Derecho. Así sus trabajos sobre la democracia industrial (en el libro homenaje a su Maestro Gaspar Bayón Chacón, Tecnos, 1981), y la obra excelente y pionera sobre la *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos* (Civitas, 1982)[2], realizada en coautoría con Matía Prim, Sala Franco y Vida Soria, que constituye una de las referencias permanentes no sólo sobre estas materias, sino, más amplia, sobre los derechos fundamentales, su contenido esencial y sus garantías.

Conviene destacar, igualmente, la actualización del histórico *Manual de Derecho del Trabajo,* de Gaspar Bayón Chacón y Eugenio Pérez Botija [3] (su reconocido Maestro, se insiste aquí). Una labor que lamentablemente no tendría continuidad en otras ediciones. Se trataba típicamente, en ese momento, de un "Manual de Escuela" científico-académica. Cuyo contenido en gran medida persistió en la obra de Fernando Valdés, dentro de una evolución que se vio enriquecida con otras Escuelas y corrientes de pensamiento jurídico.

También asumió el cargo de Director de Servicio Jurídico del Estado y Consejero de Estado de 1986 a 1990, interviniendo en el proceso político. En ese contexto se llevaría a cabo, con su directa implicación, una reforma trascendental la legislación reguladora de la jurisdicción social (refleja también la publicación de libros de gran calidad que dan cuenta de la entidad de ese cambio). En 1989 fue el Presidente de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Aparte de Presidir la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y ser Experto gubernamental del CES, intervino como experto en los procesos reformistas bajo los gobiernos del Partido Socialista Obrero Español (señaladamente, las reformas laborales de 1994 y 2006 y asimismo la reforma del trabajo autónomo de 2008 (que incluiría la controvertida figura del Trabajador Autónomo Independiente, TRADE). En este plano de intervención institucional y política cabe destacar igualmente que fue director del Departamento de relaciones laborales del Instituto Complutense de Estudios Internacionales (2000-2012), realizando una intensa actividad en el estudio de las relaciones internacionales y especialmente del Derecho Social de la Unión Europea. Asimismo tuvo una actividad de colaboración permanente, institucional y de asesoramiento, con la Unión General de Trabajadores.

Mostrando su condición de operador jurídico integral, cabe señala que fue Magistrado del Tribunal Constitucional (20 de julio de 2012-14 de octubre de 2020), influyendo de desde esa posición en la elaboración del Derecho Social de la democracia constitucional. Valdés Dal-Ré ya ostentaba un gran prestigio en el estudio de la dimensión y bases constitucionales del ordenamiento laboral. Era lógico y coherente que dado su prestigio pudiera culminar su carrera profesional asumiendo esa condición de Magistrado del Alto Tribunal de nuestro país. En la justicia constitucional son extraordinariamente relevantes las aportaciones relativas a la defensa y garantía de los derechos fundamentales en general, y en el marco de las relaciones de trabajo en particular en su condición de ponente; como también ha sido significativa la lucha por la interpretación constitucional, cuestión

[2] Matía Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos. Régimen jurídico según la sentencia del Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1982.

[3] Bayón Chacón, G.-Pérez Botija, E.: *Manual de Derecho del Trabajo,* 2 Volúmenes, Duodécima Edición revisada y puesta al día por Fernando Valdés Dal-Ré (Profesor Agregado de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valladolid), Madrid, Marcial Pons-Libros Jurídicos, 1978-1979.

siempre objeto de controversia jurídica, señaladamente a través de los "votos particulares" disidentes, que muchos reconocerán que superaban técnicamente a la interpretación mayoritaria reflejada en la sentencia del Alto Tribunal que recogía la opinión mayoritaria. En el contexto de esta experiencia –y evidenciando las posibles conexiones entre la teoría científica y la praxis judicial- intensificaría su dedicación al estudio de los derechos fundamentales. Es en esta perspectiva donde hay que destacar la importante e influyente obra sobre *"El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales: luces y sombras"* (Albacete, Bomarzo, 2016).

A todo ello se une la labor realizar el frente a la prestigio revista *Relaciones Laborales,* dirigida junto con Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde; y más adelante, con la innovadora revista *Derecho de la Relaciones Laborales,* dirigida también junto con Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde. En estas revistas publicaría editoriales de enorme interés y actuales, de Derecho vivo, por así decir. Esto le permitió incidir de manera determinante en los grandes debates doctrinales y jurisprudencias mantenidos en décadas en una disciplina, como es la del Derecho Social, extraordinariamente cambiante y en permanente proceso de modernización, respuesta a los desafíos y adaptación crítica los cambios coyunturales y estructuras en curso.

La labor realizada culminaría con el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional en una época ciertamente difícil fuera y dentro del propio Alto Tribunal. Sin embargo, deben destacarse las Sentencias en las que fue ponentes, y en no menor medida sus importantes "votos particulares" discrepantes y un elevado nivel técnico jurídico.

Su producción intelectual es inmensa (hoy puede acudirse Dialnet y otras bases de datos bibliográficos para corroborarlo), y se despliega en todos los ámbitos de la literatura jurídico social, destacando sus brillantes aportaciones en materia de Derecho Sindical y de derechos fundamentales en el sentido amplio de esta expresión (esto es, en el sentido que le otorgan instrumentos internacionales como, paradigmáticamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con rango de Tratado de la Unión ex art. 6.1 del TUE, o nuestra Constitución en la rúbrica del Título I, "De los derechos y deberes fundamentales", comenzando por el mismo art. 10, apartados 1 y 2, con independencia de sus jerarquización interna a efectivos de su diferenciación en orden de sus garantías específicas más o menos reforzadas).

Como se verá después, sus aportaciones en materia de Derecho sindical se han centrado fundamentalmente en la negociación colectiva, diálogo social y participación e implicación de los trabajadores en la empresa. Podría destacarse, no sólo trabajos de investigación individuales, sino también obras colectivas por él dirigidas o coordinadas que fueron muy relevantes en su época, tal es el caso de los libros "*Sindicalismo y cambios sociales"* (Madrid, CES, 1994, aportaciones de Derecho comparado y extranjero); la *"Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea"* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, 769 pp.). Sus aportaciones más relevantes, en términos de conjunto, se recogen en la recopilación sistematizada, *"La negociación colectiva, entre tradición y renovación* (Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, 2012, 465 pp., que también incluye contribuciones en materia de huelga y conflictos colectivos de trabajo); en la obra en coautoría, ya citada, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos* (Civitas, 1982); *"Lecturas de derecho laboral español e italiano"* (Fernando Valdés Dal-RÉ, F.y PERULLI, A. (DIRS), GARCÍA QUIÑONES, J.C.y BRINO, V. (COORDS), Valencia, Tirant lo Blanch, G. Giappichelli Editore, 2019).

Pero, se insiste, en el hecho verificable de que la tarea investigadora de Fernando Valdés se proyecta en todos los ámbitos fundamentales de nuestra disciplina (Derecho de la Unión Europea, fuentes del Derecho, libertad sindical, representación, participación e implicación de los trabajadores en la empresa, negociación colectiva, cooperativas, cambio de titularidad de la empresa, contratación laboral, modificaciones de condiciones de trabajo, despidos individuales y colectivos, etcétera.

Debe destacarse que en todo este quehacer se refleja un rasgo existencial que se corresponde con el *jurista crítico del trabajo*, comprometido con los principios y valores supremos establecidos en las normas constitucionales y en los textos internacionales análogos de valor constitucional. Por ello mismo, no debe de extrañar que ese compromiso se reflejara en su actividad científica (el énfasis en la visión crítica, reflexiva, de las reformas laborales, algunas de ellas regresivas o sencillamente neoliberales que se había aprobado, por ejemplo, en el año 2012), en su actividad como Magistrado del Tribunal Constitucional (tanto como Ponente como en su excelentes "votos particulares" disidentes). Ello refleja el rol del jurista en el Estado Constitucional, que transita desde una pretendida neutralidad al compromiso activo, y la consiguiente superación del formalismo jurídico de la tradición del positivismo legalista (el cual proyecta una imagen de un jurista neutral y aséptico); superación de la neutralidad formalista por un juez que no retrocede ante los valores, pero que no debe implicar la supresión de la imparcialidad respecto a los intereses en juego. Y que se corresponde con la dirección del garantismo más avanzado y solvente al estilo de pensamiento. Un jurista crítico del trabajo especialmente a las transformaciones y mutaciones históricas y su impacto en el sistema de fuentes y en las instituciones del Derecho del Trabajo[4].

Ese compromiso del jurista del trabajo del Estado Social de Derecho le permitió impulsar un conjunto importante de iniciativas al asumir la presidencia de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en los años 2008-2012.

Con este bagaje no es de extrañar que Fernando Valdés-Dal-Ré haya dejado una huella imborrable en sus discípulos, muchos de ellos (mayores y jóvenes) ya catedráticos relevantes y de reconocida valía.

Con todo, Fernando Valdés ha tenido un importante papel en la evolución del pensamiento iuslaboralista español, europeo y latinoamericano, donde, por cierto, ha dejado una huella imborrable.

2. EL PAPEL DEL ESTADO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES

En la forma política del Estado Social de Derecho no puede sino afirmarse el lugar preferente de la legislación estatal. Esa centralidad viene establecida en el propio texto constitucional, y se consolida en el desarrollo de las previsiones constitucionales, comenzando con la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al que le sigue una miríada o pléyade de leyes tan importantes como la Ley de Procedimiento Laboral, La Ley Orgánica de Libertad Sindical, etcétera. Estas normas tratan de instaurar un nuevo modelo democrático de relaciones laborales configurando un sistema jurídico laboral que da cuenta de los cambios en el ordenamiento político y jurídico de nuestro país. Destaca que el sistema español de relaciones laborales se ha construido y desarrollado históricamente en torno a tres elementos esenciales: la configuración de la norma estatal como cauce preferente de regulación del trabajo por cuenta ajena y subordinado; el análisis, tratamiento y solución de los problemas laborales desde las perspectivas eminentemente jurídicas y una concepción y práctica individualista de las relaciones laborales, en la que el centro de gravedad gira en derredor de la relación individual entre trabajador y empresario. Con la precisión de que cada uno de estos elementos ha ido segregando una constelación de consecuencias conformadoras para el sistema en su conjunto[5].

La función básica del Estado en las relaciones laborales es la protección del contratante más débil, garantizando sus derechos en el ámbito laboral y limitando los poderes del empleador. Es una protección que se manifiesta en la tutela del mercado y del contrato, pero que también se extiende a las relaciones colectivas. Entre las técnicas e instrumentos se encuentra "frente a la autonomía

[4] Paradigmáticamente: "Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica,* núm. 1 (2005), pp. 37-54.

[5] Valdés Dal-Ré, F.: "Poder normativo del Estado y sistema español de relaciones laborales: veinticinco años después", en Ruesga Benito, S.M., Valdés Dal-Ré,F.,y Zufiaur Narvaiza, J.M. (Coors): *Transformaciones laborales en España,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 87-103.

colectiva, los que derivan de la inserción del convenio colectivo en el sistema formal de fuentes del Estado…básica"[6]. Este es un modelo de intervención plenamente compatibles con nuestra Constitución (artículos 9.2, 35, 37, 38, 40, etcétera. Sin embargo, la Constitución reserva en favor de la autonomía colectiva una función normativa de segundo grado. En esta perspectiva, el Estatuto de los Trabajadores es conforme con las características típicas del modelo clásico de intervención del Estado en las relaciones laborales. Posteriores reformas legislativas han llevado a cabo medidas flexibilizadoras/liberalizadoras del sistema de relaciones laborales en una dirección menos garantista. Ello ha conducido a una diversificación del marco regulador de las relaciones laborales y diferenciación de tipos contractuales[7].

Pese a todo, cabe decir que el transcurso del tiempo ha venido a acrecer y realzar la significación del ET, que en el presente puede calificarse como estratégica en el doble plano político y jurídico. No sólo se ha afianzado el papel del intervencionismo público, sino que también el ET ha contribuido a la afirmación consolidación del valor de la autonomía colectiva, entendida la noción no en su sentido más estricto, como equivalencia a poder normativo autónomo, sino también en el más amplio de método de ordenación y gobierno del sistema español de relaciones laborales. Todo ello sin desconocer que el ET de los trabajadores se ha mantenido en su vigencia efectiva gracias a los procesos de reforma y a la interpretación de los jueces y tribunales; y de manera destacada la labor del Tribunal Constitucional ha otorgado una dimensión constitucionales al ET y la garantía de los derechos fundamentales laborales de la persona del trabajador[8]. Pero es éste un instrumento jurídico central en el modelo de relaciones laborales necesitado de una revisión completa de carácter estructural para responder a las nuevas realidades del trabajo en la empresa contemporánea.

3. LA FUNCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA TRAYECTORIA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Fernando Valdés había defendido el carácter transaccional y de compromiso del Derecho del Trabajo y, por decirlo, con Otto Kahn-Freund, que este sector del ordenamiento jurídico tenía como una de sus funciones principales el establecer un equilibrio en las relaciones de poder a través de la garantía del derecho a la negociación colectiva elevada a institución central del sistema de relaciones laborales. Se puede así comprender y explicar la dedicación extraordinaria en su quehacer de Fernando Valdés a esta institución. Publicó numerosos trabajos, alguna monografía propia y dirigió y coordinó numerosos libros en esta importante materia, siendo, sin la menor duda uno de los más grandes especialistas al respecto, por más que esta materia, por su misma complejidad, es en sí misma controvertida y se ofrece a legítimas discrepancias doctrinales en las que Valdés siempre intervino con agudeza. Subrayó que la negociación colectiva enlazaba con el pluralismo jurídico y la democracia en el sistema de relaciones laborales y en la empresa y también con el diálogo y la concertación social en la lógica de intercambio político propia de un sistema de democracia avanzada en el sentido amparado en nuestra Norma Fundamental.

Según Fernando Valdés la fórmula de reconocimiento constitucional de la negociación colectiva (art. 37.1 CE), ésta es un derecho dotado de sustantividad propia "y no sólo como una singular manifestación del general derecho de actividad que asiste a sindicatos y asociaciones de empresarios en la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios". Se configuraría como un derecho de ciudadanía protegido en los términos del art. 53.1 CE. Por lo demás, cuando

[6] Nótese que Valdés matizaría esa afirmación con su teoría de "eficacia real" del convenio en su interpretación del art. 37.1 CE.

[7] Valdés Dal-Ré, F.: "Poder normativo del Estado y sistema español de relaciones laborales: veinticinco años después", en Ruesga Benito, S.M., Valdés Dal-Ré,F.,y Zufiaur Narvaiza, J.M. (Coors): *Transformaciones laborales en España,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 87-103, en particular pp. 91 y ss.

[8] Valdés Dal-Ré, F.: "Pequeña historia de una gran Ley: En el XXV aniversario del Estatuto de los Trabajadores", en *Relaciones Laborales,* núm. 6 (2005), pp. 1-14,

se emprende y ejerce por las organizaciones sindicales, se integra en el contenido esencial de la libertad sindical y, bajo la condición de derecho iusfundamental, quedando entonces protegido por los privilegiados remedios jurisprudenciales que la Constitución reserva a los derechos fundamentales en sentido querido por la Constitución (art. 53.2 CE)[9]. La Constitución impone al legislador la garantía del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos como refuerzo de la efectividad del ejercicio del derecho de libertad colectiva (STC 2008/1993, de 28 de junio, fj. 53.1 CE).

Una de las cuestiones que centró una particular atención fue la controvertida cuestión del sentido y alcance técnico jurídico de la garantía constitucional de la eficacia jurídica de los convenios colectivos. Una cuestión ciertamente importante en el proceso de juridificación del convenio colectivo como expresión formal del poder sustancialmente creador atribuido la autonomía colectiva negocial constituida por los grupos representativos de intereses organizados en el mundo del trabajo. Como se sabe, en la doctrina española el problema de la eficacia jurídica del convenio colectivo no es un debate doctrinal cerrado, a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución y su parcial desarrollo normativo en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Fernando Valdés mantuvo en un primer momento que la Constitución garantizaba la fuerza normativa del convenio colectivo como expresión jurídico formal de la autonomía colectiva: nuestra Constitución ex art. 37.1 venía a garantizar la eficacia normativa y la eficacia automática e inderogable de los convenios colectivos; pero indicando que la interconexión entre fórmula constitucional y desarrollo legal a través del Estatuto de los Trabajadores suscitaba relevantes interrogantes y problemas interpretativos[10]. Esta posición originaria es sustancialmente matizada posteriormente a través de la construcción de la teoría de la "eficacia real" (que entronca directamente con la concepción histórica de Messina[11]). Para Fernando Valdés –coincidiendo en este punto con Rodríguez-Piñero- la negociación colectiva es un derecho de libertad y una "garantía institucional" ex art. 37.1 CE. Como "garantía institucional" exige del legislador de desarrollo de las previsiones y mandatos constitucionales una intervención que asegure la Constitución ha estimado necesaria para el establecimiento y apoyo de esa libertad y, por ello, al servicio de la misma. En opinión de Valdés el convenio colectivo no puede ser configurado como una norma, como fuente formal del Derecho. Por el contrario: "el entendimiento de la garantía del derecho a la negociación colectiva como expresa consagración por el art. 37.1 CE de un ámbito de libertad contractual reconocido a los grupos sociales organizados con vistas a autorreglamentar sus intereses recíprocos desvincula naturaleza y fuerza vinculante del convenio colectivo… Con buen criterio, a mi juicio, nuestro texto constitucional recupera para el convenio colectivo su genuina y originaria condición de contrato, de acuerdo nacido de la autonomía privada colectiva que encuentra en el conflicto social por excelencia su natural espacio de desarrollo". De manera que "el contenido esencial de la fuerza vinculante asegura a las reglas y disposiciones del convenio colectivo destinadas a regular los contratos de trabajo una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual; le asegura, en su, una eficacia real y no meramente obligacional. Es aquella la "eficacia real", y no ésta, la eficacia obligacional, la única eficacia que, sin desnaturalizar ni desvirtuar la figura del convenio colectivo como un acuerdo de voluntades, como un negocio jurídico contractual nacido del poder de autonormación social, le garantiza el cumplimiento de su función típica. Mediante la protección de su

[9] "La confrontación entre los modelos constitucional y legal", en Valdés Dal-Ré, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp. 43 y ss.

[10] Valdés Dal-Ré, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestaturarios,* Madrid, ACARL, 1988, pp. 69-78: Valdés Dal-Ré, F.: "La negociación colectiva en la Constitución", en *Revista de Política Social,* núm. 121 (1979), 469-498, en particular pp. 497-498.

[11] Messina, G.: "I concordati di tariffe nell' ordinamento giuridico del lavoro", en *Riv. Dir. Comm.,* 1904, I, pp. 458 y ss., recogida después en Messina, G.: *Scritti giuridici,* IV. *Scritti di diritto del lavoro,* Milano, Giuffrè, 1948, pp. 3 y ss.

fuerza vinculante, entendida como eficacia real, el art. 37.1 CE no otro objetivo hace, así pues, que tutelar constitucionalmente la propia causa del convenio colectivo. El reconocimiento de la eficacia automática e imperativa del convenio colma el contenido esencial de la garantía constitucional[12].

Respeto al desarrollo de las previsiones constitucionales entiende que la doctrina científica española mayoritaria sostiene que el ET sólo se aplica a un tipo concreto y definido de convenio colectivo, cual es el regulador por la propia ley. La garantía constitucional de la fuerza vinculante no alcanza, pues, a todas las convenciones colectivas de trabajo, sino exclusivamente a una especie muy singular: el convenio colectivo de eficacia general. De dicha garantía quedan excluidos, por tanto y de un lado, los convenios de eficacia limitada y, de otro, las convenciones colectivas que, aun desplegando una eficacia general, no son convenios colectivos o no han sido legalmente asimilados a ellos (art. 83.3 ET). Y, sin embargo, añade, la afirmación de que el ET mira en exclusiva a los convenios de eficacia general no es ni clara ni evidente. Y de semejante falta de claridad y evidencia adolecen, a su juicio, las tesis que privan a los convenios colectivos de eficacia limitada o a los acuerdos colectivos no asimilados a convenios de eficacia general de la fuerza vinculante que, en virtud del mandato constitucionalmente recibido, garantiza el ET. Concluye, que la construcción de una tesis normativa sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos en nuestro sistema de relaciones laborales requiere de un giro metodológico. Y éste, a su juicio, pasa de manera inexorable por una recomposición del tradicional divorcio entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Para él, el contenido esencial de la garantía de la fuerza vinculante asegura a la función económico-social típica del convenio colecto una vinculabilidad que se sustancia en los efectos automático e imperativo. La tesis que defiende es que el ET ha desarrollado en plenitud el mandato del art. 37.1 CE, confiriendo a todo acuerdo de voluntades nacido de la autonomía colectiva los efectos propios de esa vinculabilidad más fuerte frente a la autonomía individual en que consiste la eficacia real. En concreto, son los apartados b) y c) del art. 3.1 ET los preceptos que han procedido a desarrollar ese mandato constitucional. Además del efecto automático, los convenios y acuerdos colectivos –todos ellos, sin adjetivación alguna- también tienen reconocida una eficacia imperativa, al decretar el art. 3.1.c del ET la nulidad de las estipulaciones contractuales procedentes de la autonomía individual, desfavorables o contrarias a las reglas contenidas en aquellos. Este precepto legal prohíbe, en suma, las derogaciones *in peius* del contenido normativo del pacto, salvo que la propia autonomía colectiva hubiera removido esta restricción, consintiendo a las partes del contrato disponer del tratamiento colectivo. Una interpretación sistemática de los artículos 3.1.c y 3.5 ET permite configurar la eficacia inderogable (relativa) de los convenios colectivos como una medida promocional del interés colectivo a la efectiva aplicación de la parte normativa de carácter *half-mandatory*[13].

Según Valdés el modelo legal español de negociación colectiva es un modelo abierto, en el sentido de que el legislador ordinario tiene una amplia margen de libertad en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva. Pero precisando que esa libertad no es una libertad absoluta. Los rasgos del modelo constitucional de negociación colectiva son: el carácter promocional de la intervención de la ley; la tutela constitucional del derecho a la negociación colectiva (el principio de liberad de contratación; la fuerza vinculante del convenio colectivo). En este contexto se diseña un paradigma estatutario de negociación colectiva consistente en que se dota a los convenios colectivos negociados conforme a las reglas de forma y fondo establecidas en su articulado de una eficacia general. Lo cual vino a apartarse de los cánones típicos del derecho comparado, terminando por erigirse en el elemento más significativo del modelo estatutario, conformando nuestro paradigma convencional.

[12] Valdés Dal-Ré, F.: "La eficacia de los convenios colectivos" (2004), en Valdés Dal-Ré, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp. 62 y ss.

[13] Valdés Dal-Ré, F.: "La eficacia de los convenios colectivos" (2004), en Valdés Dal-Ré, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp. 103 y ss.

A lo largo de la dilatada vigencia del ET, el modelo estatutario de negociación colectiva no sólo ha logrado consolidarse como la modalidad negocial socialmente típica, relegando la negociación extraestatutaria a zonas suburbiales de la actividad contractual; ha adquirido plena vigencia social, habiéndose erigido en una pieza insustituible de todo el complejo entramado –que es suma de numerosos factores, y no sólo jurídicos- que forma el sistema español de relaciones laborales. A lo largo de sus largos años de vigencia al modelo legal de negociación colectiva de eficacia general no le han faltado detractores, procedentes, en una primera fase, del campo jurídico y, en la actualidad y sobre todo, del campo económico, muy influido por una línea de pensamiento neoliberal que postula no sólo la supresión de la eficacia general, sino, más ampliamente, la sustitución del modelo vigente por otro distinto, en el que la vía preferentemente para organizar el sistema de relaciones laborales en es la individualización. Tengan o carezcan de cobertura jurídica, las críticas al modelo vigente son, ante todo, críticas políticas; esto es, críticas a la opción de política legislativa que informa el modelo. Por lo mismo, la defensa del modelo es, ante todo, una decisión política. Y es en este contexto, en el que Valdés defiende la vigencia del modelo, que ha demostrado, pese a sus imperfecciones, una plena funcionalidad[14].

Por otra parte, para nuestro pensador, siendo el papel del Estado muy importante en general y también en la dimensión promocional de la negociación colectiva, esa intervención pública heterónoma debe evitar el dirigismo autoritario y dejar un espacio vital propio a la autonomía colectiva negocial[15], que es lo que, por otra parte, se infiere del art. 37.1 CE, interpretado con arreglo al canon de apertura constitucional establecido imperativamente en el art. 10.2 CE, en relación con los artículos 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental.

4. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA QUE TRABAJA Y SU GARANTÍA MULTINIVEL

En la concepción de Fernando Valdés los derechos de las personas que trabaja no pueden ser disociados entre sí, pues forman un "sistema de derechos". Trátese de derechos genéricos o inespecíficos o bien de derechos específicamente sociales vinculados genética y funcionalmente. La persona como un todo queda implicada en la relación de trabajo y el contrato de trabajo ha de tener un componente estatutario o, si se quiere, estatuido, que garantice el respeto al ejercicio legítimo de esos derechos individuales y colectivos/sindicales. Por lo demás, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha consagrado ya el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales (utilizando esta expresión en el sentido amplio que se impone deducir, paradigmáticamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

En ese enfoque garantista se inserta uno de sus mayores aportaciones científicas: "*El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*" (2016)[16]. Obra, ésta, de gran madurez intelectual, en la que se aprecia la experiencia de toda una trayectoria investigadora de un jurista crítico del trabajo[17], que ya contaba con la inmediación de la praxis que le proporcionaba su condición de Magistrado del Tribunal Constitucional. Su objeto

[14] Valdés Dal-Ré, F.: "El modelo español de negociación colectiva" (2006), en Valdés Dal-Ré, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp.111 y ss.

[15] Por ejemplo, Valdés Dal-Ré, F.: "Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual", en Pedrajas Moreno, A. (Coord): *Las reformas laborales pactadas: análisis y aplicación práctica,* Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 145-182; Valdés Dal-Ré, F.: "Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva", en *Relaciones Laborales,* núm. 22 (2001), pp. 1-12.

[16] Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016.

[17] Esa preocupación se vio reflejada antes en Valdés Dal-Ré, F.: "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador", Ponencia en el XVII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003.

principal es el estudio de la protección multinivel de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco del constitucionalismo europeo. Y parte de la perspectiva, ya acreditada en la doctrina iuslaboralista más solvente en la materia, sobre el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales. El constitucionalismo europeo se ha venido desarrollando a través de un proceso con múltiples aristas: 1) un doble proceso en las relaciones entre los tratados y las constituciones, en el sentido de que mientras aquellos primeros se han "constitucionalizado", estos segundos se ha "europeizado" a través de las "cláusulas de apertura" o los "artículos Europa" en los textos nacionales (Diez-Picazo; Ziller). 2) Pero también a través del diálogo judicial o diálogo entre jueces. Formula de diálogo que contribuye a articular la integración constitucional laboral europea a todos los órganos encargados, en el ámbito de cada uno de los tres textos básicos de dimensión europea (CEDH, la Carta y la CSE), de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales[18]. En cualquier caso, existen limitaciones para una efectiva protección por el TJUE de los derechos laborales tanto de los instrumentos comunitarios fundamentales (señaladamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), como de los instrumentos fundamentales del Consejo de Europea (Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Carta Social Europea). Y ello pese a que desde una perspectiva formal, con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puede darse por concluido, en su opinión, el fatigoso proceso de reconocimiento, en el ámbito de la hoy Unión Europea, de un catálogo de derechos fundamentales, en general, y en favor de los trabajadores, en particular; un proceso iniciado con motivo de la firma del Tratado de Roma que vino a reconocer el principio de igualdad retributiva por razón de sexo. El Título IV de la Carta, que se ocupa de agrupar unos derechos bajo la rúbrica de "Solidaridad", enuncia una serie de derechos sociales que, desde hace décadas, han venido tomando asiento en las constituciones de los países miembros y en textos internacionales, como la Carta Social Europea. Atendiendo a artículos como el 51 y el 52 CDFUE, estamos ante un escenario normativo que determina que las posibilidades de invocación de vulneración por una norma nacional de la CDFUE sean muy limitadas. Además, se constata las resistencias del TJUE a acometer una efectiva tutela de los derechos sociales fundamentales. Algo que se ve facilitado por el dato normativo de que la CDFUE no establece un completo sistema de garantías de tales derechos que gozan de fundamentalidad en el Tratado que constituye la CDFUE.

En esta materia de garantía de los derechos fundamentales en el sentido amplio de la expresión, la contribución de Fernando Valdés fue significativa en la teoría y la práctica como Magistrado del Tribunal Constitucional, siendo de destacar la construcción del denominado "control de convencionalidad". Destaca la tarea de necesaria reconsideración de la cuestión del control de convencionalidad (postulada ya en la STC 270/2015, de 17 de diciembre, la llevaría a cabo la STC 140/2018, de 20 de diciembre. Desde el punto de vista de la configuración de nuestro sistema jurídico de control de convencionalidad, puede afirmarse que la sentencia TC 140/2018, de 20 de diciembre marca un antes y un después. Aclara el ejercicio por parte de los tribunales sociales del control de convencionalidad. Es decir, de la solución de las eventuales contradicciones entre normas internacionales y normas estatales. Observa –con Luis Jimena Quesada- que la STC constituye un verdadero hito para el afianzamiento de nuestro sistema constitucional de fuentes al consagrar explícita y nítidamente el control difuso de convencionalidad.

El fundamento jurídico 6 de la STC Pleno 140/2018, expresa que: "El otro vicio de inconstitucionalidad que la demanda atribuye a la totalidad de la norma, pese a ejemplificarlo exclusivamente respecto de los apartados a), b) y c) del artículo 23.4 LOPJ, se refiere a la vulneración del artículo 96 CE, al entender los recurrentes que la Ley Orgánica 1/2014 altera las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales ratificados por España, que se ven materialmente modificados por la misma. La Abogacía del Estado niega la contradicción y centra sus alegaciones en

[18] Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 61 y ss., y 89 y ss.

detallar cómo los apartados a), b) y c) del artículo 23.4 LOPJ no son incompatibles con los tratados internacionales relativos a los crímenes internacionales que contemplan dichos preceptos.

La cuestión a resolver en esta sede no versa sobre la compatibilidad entre los tratados internacionales concernidos y la regulación legal, sino sobre la premisa de partida; esto es, sobre si el análisis de constitucionalidad puede o debe incluir un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE. Expresado en otros términos, los recurrentes plantean ante este Tribunal la formalización del control de convencionalidad de la norma interna, exigiendo un pronunciamiento preliminar sobre la viabilidad de dicho control que los recurrentes asocian a la aplicación del artículo 96.1 CE.

La noción de control de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*), pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones «no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos» y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance.

El artículo 96 CE establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario. En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales «no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2).

El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de

marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un *obiter dictum* contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que «es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5, y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]».

En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)» (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4).

La conclusión inmediata es que el recurso también debe ser desestimado en este punto, por cuanto cualquier análisis de compatibilidad entre los tratados y la Ley Orgánica 1/2014 se dirimirá en términos de legalidad ordinaria y selección del derecho aplicable en un primer término, y no en clave de contradicción con el artículo 96 CE de la norma interna eventualmente contraria a un tratado".

Con todo, según el propio indica el propio Fernando Valdés la potestad de la Jurisdicción ordinaria se concreta así en una inaplicación de la norma nacional contraria al cano internacional, sin que dicha potestad lleve aparejada una consecuencia anulatoria. En suma, el control de convencionalidad atribuye a la norma internacional un carácter prevalente[19]. Esta doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 140/2018 ya ha tenido una favorable acogida por los tribunales laborales. En tal sentido, resulta pionera la STSJ (sala de lo social) de Canarias-Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de marzo de 2019, que, en una controversia sobre el derecho de las trabajadoras domésticas a la protección de la maternidad y a facilitar tiempo libre suficiente para hacerlo, estimará

[19] Valdés Dal-Ré,F.: "Control de convencionalidad y jurisdicción social", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 1 (2010), pp. 1-7, en particular p. 6.

la demanda al amparo, entre otros, de los artículos 8.3 y 16 de la Carta Social Europea. Desde entonces comenzó a ser ya frecuente que los órganos de la jurisdicción social invoquen, como fundamento de sus decisiones, normas internacionales, señaladamente de la Tratado que constituye la Carta Social Europea. Subraya Valdés su deseo de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo avale y prosiga en esta senda, efectuando el oportuno control de convencionalidad cuando sea preciso y exigido por la necesaria interpretación conforme. De este modo el control de convencionalidad difuso de las normas del Derecho nacional es competencia de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio regular de su función jurisdiccional (art. 117.3 CE). Esto permite garantizar una mayor efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales, sin perjuicio de la tutela de los mismos a través de la justicia constitucional (jurisdicción constitucional). Precisamente porque la ineludible sujeción del control judicial de convencionalidad a la Constitución y a la jurisdicción de amparado atribuida al Tribunal Constitucional. Lo cual implica que el control difuso de convencionalidad judicial no puede ser confundido ni suplantar al control de constitucionalidad (*in fine* fj. 6 de la STC Pleno 140/2018)[20].

Es en este marco de construcción jurídica de la teoría de los derechos fundamentales donde podría reconstruirse sus indagaciones y aportaciones en materia de derechos sociolaborales fundamentales. Sirviendo, así, a modo de cierre de un proceso de reflexión sobre el sentido y alcance de los derechos de la persona del trabajador. Así cabría sistematizar su tarea científica (como en gran medida su actividad como Magistrado del Tribunal Constitucional).

1). Sus aportaciones sobre la "democracia industrial"[21], la representación y participación de los trabajadores en la empresa: "La regulación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de Empresa"; "Los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea"[22]; "Derechos de Información y consulta y reestructuraciones de empresas"; derechos los trabajadores en la transmisión de empresa[23], etcétera.

2). La indicada aportación completa del derecho a la negociación colectiva y a la eficacia jurídica de los convenios colectivos y figuras conexas[24].

3). El derecho de huelga como derecho fundamental de máximo nivel de garantías[25]. Siendo importante destacar su aportación como Magistrado del Tribunal Constitucional, señaladamente en el

[20] Valdés Dal-Ré,F.: "Control de convencionalidad y jurisdicción social", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 1 (2010), pp. 1-7, en particular p. 7.

[21] Valdés Dal-Ré,F.: "Democracia industrial en Europa: balance de un debate", en *Estudios en Memoria de Bayón Chacón,* Madrid, Tecnos, 1980, pp.487-522.

[22] Valdés Dal-Ré,F.: "Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea", en Valdés Dal-Ré,F., y Molero Marañon, M.L. (Dirs): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa,* Madrid, Ministerio de Trabajo E Inmigración-Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 239 y ss.

[23] Valdés Dal-Ré,F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

[24] Valdés Dal-Ré, F.: "La formación profesional continua, entre el diálogo social y la negociación colectiva", en *Relaciones Laborales,* núm. 9 (2001), pp. 1-10.

[25] Matía Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos. Régimen jurídico según la sentencia del Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1982. Valdés Dal-Ré, F.: "Límites al derecho de huelga: apuntes críticos", en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 3 (1977). Valdés Dal-Ré, F.: *El sistema español de negociación colectiva de condiciones de trabajo*, en AA. VV.: *La negociación colectiva de las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, IMPI, 1982.Valdés Dal-Ré, F.: "Derecho de huelga y servicios mínimos en la función pública", en *RL*, núm. 9 (1986).Valdés Dal-Ré, F.: "Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública", en *RL*, núm. 9 (1986). Valdés Dal-Ré, F.: "El proyecto de reforma de la legislación sobre medidas de conflicto colectivo", (I y II), *RL*, núms. 13 y 14 (1992).Valdés Dal-Ré, F.: "Los Derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español", en *REDT*, núm. 86, 1997.Valdés Dal-Re, F.: "El cierre patronal, treinta años después, entre un uso empresarial testimonial y un reconocimiento jurisprudencial amplio (I)", en *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 1. Valdés Dal-Ré, F.: "Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

Voto particular discrepante que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC Pleno 17/2017, 2 de febrero, dictada en el recurso de amparo abocado a Pleno núm. 1168-2014, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos[26].

4). La defensa de los derechos laborales genéricos o inespecíficos de la persona que trabaja (Libertad de expresión y de información[27]; Derecho a la libertad de opinión, conciencia y religión[28], etcétera).

5). La defensa de los derechos de los trabajadores autónomos[29].

6). La defensa de los derechos de Seguridad Social y de Protección Social Pública, con aportaciones significativas que merecerán aquí una particular atención[30].

5. LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA

Fernando Valdés para de la interpretación del art. 41 CE, realzan que para el Tribunal Constitucional "el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remido de situaciones de necesidad". Sin embargo, no puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regula, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (entre otras, sentencias 65/1987, de 21 de marzo, fj. 17, in fine; 184/1993, de 31 de mayo, fj. 6; y 231/1993, de 12 de julio, fj. 2º. En otros términos, "la identificad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico" (entre otras y además de las ya citadas sentencia 184/1993 y 231/1993, sentencias 103/1984, de 12 de noviembre, fj. 4º. De manera que mientras la fórmula contenida en el art. 41 CE ha dejado indemne, en el decir de la jurisprudencia constitucional y conforme se viene a razonar, la fraccionada estructura del sistema de Seguridad Social, e imperativo constitucional de igualdad sí ha logrado incorporar una

[26] STC Pleno 17/2017, 2 de febrero (BOE núm. 59, de 10 de marzo 2017, Recurso de amparo 1168-2014. Supuesta vulneración del derecho a la huelga: utilización de medios técnicos no habituales para la emisión televisiva de un partido de fútbol en jornada de huelga. Voto particular.

[27] Valdés Dal-Ré,F.: "Libertad de expresión y de información (Artículo 11)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 225-245; Molero Marañon, M.L.,y Valdés Dal-Ré, F.: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas,* Granada, Comares, 2014, espec., pp. 1 y ss., y 17 y ss.

[28] Valdés Dal-Ré,F.: "Libertad de expresión y de información (Artículo 11)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 225-245.

[29] Valdés Dal-Ré,F.: "Razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo", en *Relaciones Laborales,* núm. 7 (2008), pp. 5-14.

[30] Valdés Dal-Ré,F.: "Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos", en revista *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica,* Núm. 11 (1995), pp. 1-7.; Valdés Dal-Ré,F.: "Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social", *Revista de derecho Social*, núm. 20 (2002), pp. 13-38; Valdés Dal-Ré,F.: "El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2 (1997), pp. 42-51; Valdés Dal-Ré,F.: "El marco constitucional del derecho a la protección de la salud", en Moreno Vida, M.N., Díaz-Aznarte, M.T. (Dirs) y Gijón Sánchez, M.T. (Coord): *La protección social de la Salud en el marco del Estado del Bienestar: una visión nacional y europea,* Granada, Comares, 2019, pp. 69-82.; Valdés Dal-Ré,F.: "La contractualización de la protección por desempleo", en Valdés Dal-Ré, F. y Gete Castrillo, P. (DIR): *Nuevo régimen del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre,* Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 9-20; Valdés Dal-Ré,F.: "Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social ¿hacia unas nuevas relaciones?", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2 (2010), pp. 39-50; Valdés Dal-Ré,F.: "El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 8 (2019), pp.741-747.

mayor exigencia en la organización de la protección de las necesidades sociales mediante Regímenes Especiales. Todo ello está presidido por la tendencia racionalizadora del Sistema de Seguridad Social y su desarrollo "aluvional"[31].

Según Valdés la Seguridad Social se conecta con la función distributiva del Estado Social del Derecho, que persigue la realización del principio de justicia social material. La Seguridad Social constituye, en suma, una de los grandes pilares del Estado Social. Haciendo suya la doctrina de la STC 37/1994, de 10 de febrero, que el art. 41 CE consagra en forma de "garantía institucional" un régimen público de Seguridad Social. Entiende Valdés que el art. 41 CE no estaría consagrando tanto el derecho de los españoles a la Seguridad Social cuanto el deber de Estado de estructurarla. De ahí la insistencia de la jurisprudencia constitucional en calificar al sistema de Seguridad Social como función del Estado. El art. 41 no se circunscribe a consagrar una garantía institucional; también establece un conjunto de bases para conformar el propio sistema de Seguridad Social, que sirve para precisar el núcleo duro o intangible a preservar. Dichas bases son: la protección de las situaciones de necesidad, la universalidad y la suficiencia de la protección y el carácter público del sistema. De este modo, considera, que el art. 41 CE consagra una norma de finalidad precisada de una mediación política e instrumental por parte del legislador. Con la doctrina del Tribunal Constitucional entiende que dicha disposición configura a la Seguridad Social como un derecho de configuración legal, de suerte que pertenece al dominio del legislador precisar el alcance y contenido del mandato dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social con el alcance establecido genéricamente por el constituyente[32]. Y, en efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional el legislador dispone de libertad para "modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económica y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél" (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, fj. 17, 184/1993, de 31 de mayo, fj. 6, 37/1994, de 10 de febrero, fj. 3 y 126/1994, de 26 de abril).

Ahora bien, estima Valdés que dados los términos en los que se expresa el art. 41 CE, no parece discutible que la configuración del régimen público de Seguridad Social quede en manos de legislador. Pero no es menos cierto que el legislador no goza de total libertad para acometer esta tarea. La función legislativa ha de ejercerse dentro de los cauces constitucionales, debiendo respetar, en concreto, las bases que se desprenden del propio art. 41 CE. Si algún sentido tiene atribuir a la Seguridad Social la naturaleza de "garantía institucional", éste no puede ser otro, que el preservar la institución en los términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

Entiende Valdés que en el desarrollo de la Seguridad Social se pueden extraer algunas conclusiones generales: la primera, que la Seguridad Social (y lo que representa en el Estado del Bienestar organizado en España) ha jugado un papel crucial como paliativo de la crisis económica; ha sido y está siendo un elemento básico de cohesión social, habiendo evitado las quiebras sociales que la crisis económica ha generado, aun cuando no ha podido frenar los procesos de dualización y fragmentación social. En segundo lugar, la Seguridad Social ha mostrado una gran resistencia cumpliendo una función redistribuidora. En tercer lugar, la Seguridad Social ha afrontado y de seguro hará de afrontar todavía un proceso de reorientación ante la aparición de nuevas demandas sociales. La cultura en relación a la Seguridad Social, tradicionalmente estructurada entono al beneficiario con derechos sociales, se está modificando, reorganizándose en torno a la del usuario demandante de una mayor calidad. Frente a quienes postulan la necesidad de desmantelar el Estado del Bienestar y

[31] Valdés Dal-Ré, F.: "Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 17 (1995), pp. 1-7; Valdés Dal-Ré, F.: "Estado Social y Seguridad Social (I y II)", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 2 (1994), pp. 63-78.

[32] Valdés Dal-Ré, F.: "Estado Social y Seguridad Social (I y II)", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 12 (1994), pp. 63-78, y pp. 71-78.

sus instituciones más ancilares, entiende que el verdadero debate que se habrá de afrontar no es el de discernir si menos Estado (mito del retorno a la sociedad civil) o distinto Estado (mito de la sociedad comunitaria), sino el interrogarse sobre los beneficios de este formidable desarrollo de la intervención pública en la sociedad. El reto reside en precisar qué estructura concreta de servicios universales se precisa para proporcionar un marco de valores y oportunidades con los cuales, y en su ámbito, puedan desarrollarse servicios selectivos socialmente aceptables que discriminen positivamente, con el mismo riesgo de estigma, en favor de aquellos cuyas necesidades son mayores (Richard Morris Titmus)[33].

Por otra parte, Valdés era consciente de que nuestro Sistema de Seguridad Social se insertaba en el más complejo universo jurídico de la Unión Europea. Y así venía a interrogarse sobre si existía algo parecido a un sistema europeo de Seguridad Social. En este sentido constataba que limitadas las acciones comunitarias a facilitar los procesos internos de movilidad geográfica, fue del todo ajeno al propósito de los padres fundadores de la Comunidad Europea favorecer o impulsar un sistema europeo de Seguridad Social. Para asegurar la libre circulación de los trabajadores y neutralizar o, al menos, suavizar los costes derivados de los flujos migratorios, no resultaba necesario, en efecto, ni recurrir a las técnicas de aproximación de los diferentes sistemas de protección que se habían ido organizando en el núcleo de países firmantes del Tratado de Roma ni, menos todavía, idear un sistema autónomo de Seguridad Social a escala europea, incluso en su ámbito subjetivo de aplicación a los trabajadores migrantes. Bastaba con implantar fórmulas de coordinación entre los diversos ordenamientos nacionales, declarándolos subsistentes pero instaurando unas pasarelas por las que pudieran transitar y comunicarse, en un sentido multidireccional, las condiciones de adquisición de las prestaciones y las prestaciones mismas. La regulación sustantiva de los derechos de Seguridad Social y su gestión conservan un carácter estrictamente nacional y territorial, asumiendo la Comunidad una competencia parcial y excepcional enderezada a resolver los conflictos y a ordenar las relaciones entre esos derechos, cuando los mismos afectan a trabajadores que se desplazan en el interior del espacio geográfico comunitario. En lo sustancial, nos indica Valdés, el derecho originario europeo ha mantenido invariable ese "modelo" de tratamiento de la Seguridad Social instituido originariamente por el Tratado de Roma. El ordenamiento europeo relativo a la Seguridad Social se ha desarrollado, en su mayor parte, mediante normas de coordinación, quedando relegadas las de armonización a un terreno secundario o periférico. Valdés toma nota de las diversas propuestas armonizadoras tendentes a la creación de un sistema europeo de Seguridad Social, concurrente con los nacionales. Constata que existen dos grupos de propuestas: una primera, y diversa, presentan el elemento común consistente en que se sitúan en una perspectiva de organización, conforme a la cual se trata de mantener los ordenamiento nacionales, introduciendo mecanismos de convergencia y aproximación entre ellos. Una segunda, se coloca en un escenario más radical interrogándose sobre si el progreso de Europa en sus distintas dimensiones es compatible al tiempo con la supervivencia de un número cada vez más creciente de sistemas nacionales. La demanda de equivalencia en el nivel de protección, ¿no se satisfaría de manera más adecuada en el marco de un único sistema de Seguridad Social? Si se conviene en una respuesta afirmativa, el problema que surge entonces es el de ponderar si entre la situación actual, de sistemas múltiples, y la de futuro, de sistema único, vale o no la pena buscar fórmulas de armonización, cuya sola finalidad sería la de propiciar la transición entre los modelos extremos. Viene a concluir que si, finalmente, la viabilidad de implantar prestaciones sociales únicas: si la hipótesis de un sistema europeo completamente unificado puede descartarse, no le parece que deba renunciarse a objetivos menos ambiciosos o parciales. No es aventurado –en el campo de posible- pensar que el avance del proceso de integración exige la aprobación de ciertas prestaciones de Seguridad Social. En este contexto, surge la demanda de política del derecho en favor del establecimiento de una prestación europea de desempleo que resulte necesario atender o, al menos, una demanda de modernizar los

[33] Valdés Dal-Ré, F.: "Estado Social y Seguridad Social (II)", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 12 (1994), pp. 71-78.

sistemas nacionales con vistas a procurar una movilidad intracomunitaria que asegure la conservación de las prestaciones de desempleo mientras se busca trabajo en otro Estado miembro[34].

En otra perspectiva de análisis reflexivo, Valdés se interroga sobre unas nuevas posibles relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social son sectores del ordenamiento jurídico general que han madurado y, sobre todo, se han desarrollado y evolucionado históricamente de manera autónoma e independiente, aunque conexa y coextensa. El tránsito de la previsión social a la Seguridad Social culmina el proceso de independencia/autonomía de ambos sectores de sistema jurídico. Originariamente el Derecho del Trabajo, en los sistemas contributivos, terminaría colonizando la regulación de los seguros sociales, colonización ésta que progresivamente el nuevo sistema que sucede a la previsión social, el sistema de Seguridad Social, iría eliminando, limitando o matizando. Por el contrario, en el nuevo escenario que se está construyendo, las incidencias tienen un signo diferente. Por lo pronto, las repercusiones del derecho del empleo sobre el derecho de la protección social, y a la inversa, no producen efectos invasivos e n, o de apropiación sobre, los respectivos ámbitos de imputación normativa y, menos aún, sobre las técnicas utilizadas. Pero además de carecer de toda vocación expansiva, las relaciones de influencia entre uno y otro orden jurídico pierden la unilateralidad de antaño para adquirir un sentido bilateral. Las políticas sobre el empleo y sobre la protección social nutren recíprocamente los cambios normativos adoptados en las respectivas áreas del empleo y de la protección social. Es esta inteligencia de complementariedad la que dota de unidad las opciones de política del derecho que terminan plasmándose en esos cambios. La consecuencia más relevante de la acción combinada de todos los cambios estructurales o, al menos, una de las relevantes ha sido, probablemente, la denominada crisis de la estandarización. En buena medida, la práctica totalidad de las opciones políticas en materia social vinieron respondiendo a lo largo del siglo XX a unos patrones sociales que esas políticas terminaban juridificando; es decir, creando reglas jurídicas igualmente estandarizadas, que terminaban recogiendo así el modelo social dominante. La regulación jurídica sobre el consumo (el consumidor prototipo) o la familia (la familia típica) han obedecido paradigmáticamente a esta lógica; a una lógica en la que la diferencia no era contemplada por la norma o, en caso de serlo, se hacía desde la excepcionalidad. Es lo cierto que la ruptura de la estandarización ha llevado aparejada o, al menos, ha propiciado, la multiplicación de las situaciones que caracterizan o identifican a los ciudadanos, considerados tanto en su individualidad como en su condición de miembros de la colectividad. Pero indudablemente, esa ruptura ha exigido del legislador un acentuado activismo normativo, destinado, en lo principal, a regular nuevos supuestos de hecho nacidos al compás de esa quiebra. La fórmula singular ha sido sustituida o lo está siendo lenta pero inexorablemente por la forma plural. O, lo que es igual, el ámbito del Derecho común ha ido menguando, como igualmente se ha reducido el ámbito de lo excepcional. Y entre ambos extremos, entre lo común y lo excepcional, ha ido ganando terreno el universo de las modalidades, cada una de las cuales comparte zonas de regulación con el ordenamiento jurídico común y, al tiempo, dispone de reglas especiales. Estima, al respecto, que muy probablemente, el debate que más ha contribuido a dotar de visibilidad esas nuevas relaciones entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social (que a la postre, confirman los dos grandes pilares del denominado derecho social) es relativo a la flexiseguridad. Hace notar que la flexiseguridad se ha convertido en uno de los lugares de encuentro en el que se diseñan, a veces, y ensayan, otras, medidas de empleo y de protección social de carácter complementario. Él aprecia la creciente tendencia a vincular políticas de empleo y políticas de protección social, constituyendo esa noción, la flexiseguridad, el espacio privilegiado para lograr la articulación de tales políticas.

Destaca en España, las primeras iniciativas de abrir nuevas fórmulas de diálogo entre el derecho del empleo y la protección social se toman con motivo de la aprobación el 30 de marzo de 1995, en el Congreso de los Diputados aprobando el "Informe para el análisis de los problemas

[34] Valdés Dal-Ré,F.: "El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2 (1997), pp. 42-51.

estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. La Recomendación décima de este Informe, más conocido como Pacto de Toledo, trata de la edad de jubilación, sugiriendo que la misma se regule de forma flexible, de modo gradual y progresivo, y aconsejando que se facilite la prolongación voluntaria de la vida activa. En desarrollo de esta Recomendación y bastantes años más tarde, se aprobaría la Ley 35/2002, de 12 de julio, en virtud de la cual, de un lado, se establece la figura de la jubilación parcial…; y esta normativa seguirían otras en una dirección análoga –más allá de algunas diferencias- como la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, que reformó dos de las modalidades de la jubilación distintas a la ordinaria; es decir, la jubilación anticipada y el retraso de la jubilación. Una mayor ambición en este propósito de establecer pasarelas entre el empleo y la protección social pretendió desplegar el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, y otras normas posteriores[35].

En otro orden de ideas, Fernando Valdés, había realzado la trascendencia de las tendencias racionalizadoras que se hacen acompañar de la creciente preocupación por la sostenibilidad económico-financiera del sistema de Seguridad Social, señaladamente por el subsistema de pensiones públicas. La Unión Europea no tiene una normativa sustantiva armonizadora de las prestaciones de Seguridad Social, sino que se limita a una ordenación normativa encaminada la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social; eso sí, dentro de orientaciones comunes en el plano de una política del Derecho enmarcada en una Estrategia de coordinación tales sistemas protectores en orden a facilitar la libre circulación de trabajadores y personas del espacio geopolítico de la Unión[36]. Es conduce a una cierta tendencia hacia la europeización de los problemas de la Seguridad Social y de sus sistemas de prestaciones.

Junto a estas tendencias racionalizadoras y de contención del gasto se aprecia la que denomina tendencia general hacia la contractualización en el Sistema Español de Protección Social. Percibe que las políticas de protección social tienden a someterse a procesos de concertación social, propias de un intercambio político que garantiza un plus de legitimidad política a través de la obtención el consenso sobre la medidas que han de ser adoptadas en materia de protección social pública. El mutuo intercambio de poder –y la consiguiente transacción- comportan una limitación de la autonomía para cada uno de los actores que intervienen en el proceso político[37]. Observa que la contractualización de las prestaciones sociales no sólo se expresa en el momento de elaboración de la ley que las regula: también se manifiesta en el momento del reconocimiento y disfrute de las prestaciones mismas. Es esta una vertiente de las tendencias de contractualización que ofrece aspectos de mayor novedad; y también la que ha alimentado debates más políticos y la que plantea los problemas de mayor envergadura en un orden político-social y jurídico. El itinerario por el que han discurrido las manifestaciones de gestión contractual de las prestaciones sociales en España responde, en términos general y sin perjuicio de particularidades, a la trayectoria seguida en otros países europeos, señaladamente en Francia. En un principio, las técnicas de contractualización hacen su aparición a resultas de la adopción parte de los poderes públicos de medidas de lucha contra la exclusión social. En otras palabras, la inserción constituye la vía por la que acceden en el sistema español de protección social las primeras expresiones de contractualización. Ulteriormente, las técnicas contractuales se han expandido extramuros del ámbito asistencial, siendo aplicadas a la gestión de prestaciones de carácter contributivo. La primera

[35] Valdés Dal-Ré,F.: "Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social ¿hacia unas nuevas relaciones?", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2 (2010), pp. 39-50.

[36] Valdés Dal-Ré, F.: "El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 2 (1997), pp. 42-51.

[37] Valdés Dal-Ré, F.: "Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social, *Revista de derecho social*, Nº 20 (2002), pp. 13-38; Valdés Dal-Ré, F.: "La legislación laboral negociada entre la concertación social y el diálogo social", Valdés Dal-Ré, F. (Dir.): *La reforma de la legislación laboral y de Seguridad Socia,* Valladolid, Lex Nova, 1997, pp. 38 y ss.; Valdés Dal-Ré, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, Capítulo II ("Concertación y diálogo social: teoría y experiencias"), pp. 157-233.

expresión, se insiste, de contractualización hacen su aparición al hilo del reconocimiento por parte de las Comunidades Autónomas, durante la década de los noventa, de fórmulas de asistencia social de variada denominación, organizadas en el marco de programas de lucha contra la pobreza y la exclusión y adoptadas, en numerosas ocasiones, como consecuencia de acuerdos sociales alcanzados entre las organizaciones sindicales más representativas y los respectivos gobierno autonómicos. Inspiradas en el modelo francés de "Revenu Minimun d' Insertion", la regulación jurídica de estos dispositivo de asistencia social resulta extraordinariamente heterogénea y variada. Por otra parte, la contractualización se manifiesta en la protección por desempleo. Se ha ido extendiendo el "compromiso de actividad" al conjunto de las medidas que, en el ordenamiento jurídico español, organizan la protección por desempleo. El reconocimiento jurídico del compromiso de actividad en la prestación contributiva por desempleo es muy semejante al previsto para la prestación asistencia de la Renta Activa de Inserción (RAI). En relación con la reforma del RDL 5/2002, adopta una posición jurídico crítica, a saber: La finalidad perseguida ha sido romper con el modelo hasta ahora vigente, sustituyéndolo por otro, que acumula en el beneficiario las obligaciones clásicas del sistema contributivo (exigencia de cotización) y los deberes de un novedoso y errático sistema que se mueve en las arenas movedizas del apresurado mestizaje de asistencialidad y privatización (contrapartidas o compensaciones) sin incorporar, empero, el contenido profundo –moral, económico y jurídico- de ese nuevo derecho de ciudadanía social, en que consiste la "mejora de la empleabilidad", con vistas a la restauración del principal instrumento de identidad individual y colectiva de nuestra sociedad, cual es el trabajo. Ahora bien: el cumplimiento por los desempleados de los deberes de mejora de la ocupabilidad (participación en acciones de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional) requiere, lógicamente, unos servicios públicos de empleo eficientes, dotados de unos medios técnicos, materiales y personales suficientes. Cabe decir, al respecto, que una valoración de las acciones de mejora de la ocupabilidad que deben incorporarse a los compromisos de actividad de cada uno de los desempleos españoles protegidos no sólo evidencia la precipitación política de nuestro legislador al acometer una reforma como la llevada a cabo, cuya puesta en marcha hubiera exigido, previa o simultáneamente, una transformación radical de la función y del funcionamiento de los servicios públicos de empleo. También evidencia la verdadera finalidad perseguida de manera inmediata con la reforma, que no es otras, que reforzar y acrecentar los mecanismos de control de los desempleados protegidos. La contractualización impuesta, lejos de ser un instrumento al servicio de un derecho de ciudadanía social, termina diluyéndose en un medio de contención del gasto social[38].

En el plano del análisis de las prestaciones específicas de Seguridad Social conviene destacar sus investigaciones sobre el derecho a la protección de la salud y asistencia sanitaria. Más allá del engarce en la amplia normativa internacional y comunitaria, entiende que el derecho a la protección de la salud encuentra su reconocimiento en el art. 43 CE, precepto constitucional de cabecera, que conecta con otras disposiciones constitucionales. La razón principal de esa multiplicidad de tratamiento y enfoques se debe a la complejidad y amplitud del propio concepto de salud, en su condición de bien jurídico objeto de tutela. Por lo demás, son estos unos rasgos que transcienden el universo jurídico para abarcar a la práctica totalidad de la ciencias sociales y también y en la actualidad, a la tecnología. Subraya, con la doctrina, que el art. 43 CE tiene una estructura compleja, ocupándose a lo largo de sus tres números de la protección de la salud, entendida esta como un bien jurídico precisado de tutelas por los poderes públicos. El derecho a la protección de la salud pertenece a la categoría de los principios rectores de la política social y económica. Entiende, problemáticamente, que el derecho a la protección de la salud constituye un buen ejemplo del concepto de principios, formulado este juicio desde un plano estrictamente constitucional y no ya legal. Desde este plano, el art. 43.1, a pesar de la terminología utilizada, no configura un derecho subjetivo. Pero afirmado esto, el valor

[38] Valdés Dal-Ré, F.: "Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social, *Revista de derecho social*, Nº 20 (2002), pp. 13-38, espec., pp. 20 y ss.; Valdés Dal-Ré, F.: "La reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I y II), en *Relaciones Laborales,* núm. 15-16 y 17 (2002), pp. 1 y ss.

normativo del art. 43 CE no puede calificarse como de tono menor. Como otros muchos principios de política económica y social, el de la protección de la salud entronca, de un lado, con uno de los valores esenciales del ser humano y, de otro, con un concepto tipo de Estado. Aquél valor es el de la dignidad de la persona que, en el decir del art. 10.1 CE, es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por su parte, este tipo de Estado es el Estado Social, expresión del pacto fundante del constitucionalismo contemporáneo y, desde luego, de nuestra Constitución. Es así que el art. 43.1 CE, a pesar del expreso reconocimiento de la protección de la salud como un "derecho" , no enuncia –en su opinión- una norma primaria, por utilizar ahora el lenguaje de Norberto Bobbio; no enuncia una norma atributiva de derechos y deberes ejercitables, sin ulterior auxilio normativo, por vía judicial. Instituyendo un mandato de optimización o, por expresa la misma idea desde otra vertiente, es una norma de acción, de inviable alegación ante los tribunales, que mandata a los poderes públicos a la inmediata adopción de una variada gama de obligaciones positivas destinadas a tutelar la salud; la de las personas individuales, la de cada una de ellas, pero también la de la colectividad de la que aquellas forman parte[39]. Para Valdés la Constitución viene a consagrar el principio de universalidad de la protección de la salud. El art. 43.2 CE es un precepto que formula un principio de universalidad en cuanto a los destinatarios de las acciones de salud pública, entendido dicho principio no como un derecho subjetivo sino como mandato de optimización. El derecho a la asistencia sanitaria pública, corolario lógico del derecho a la protección de la salud ha de corresponder a todo ser humano por esa misma cualidad. Es ésta una conclusión que puede y debe sustentarse en la doctrina establecida en la STC 236/2007, de 7 de noviembre. En este pronunciamiento, el TC parte del dato de que nuestro ordenamiento "no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional". O, en otras palabras, la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros deben deducirse "de los preceptos del Título I, interpretados sistemáticamente" (FJ 3, párrafo primero). En definitiva, la STC 236/2007 infiere que "la remisión a la ley que efectúa el art. 13.1 no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros de modo que el legislador, aun cuando dispone de un amplio margen de libertad para concretar los términos en que aquellos gozarán de los derechos, "se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente de los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10" (FJ 3, párrafo segundo). En lo que se refiere a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana como tal: en consecuencia, también el derecho a la tutela de la salud han de ser reconocidos a los extranjeros.

Por otra parte, Valdés realiza un análisis crítico de lo que denomina "embates al principio de universalidad", en virtud de un doble frente: por un lado, del legislador articulado por el RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y, de otro, del Tribunal Constitucional a resultas del dictado de la STC 139/2016, de 18 de julio, de 18 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos de dicha norma de urgencia[40].

[39] Valdés Dal-Ré, F.: "El marco constitucional del derecho a la protección de la salud", en Moreno Vida, M.N., Díaz Aznarte, M.T., y Gijón Sánchez, M.T. (Dirs): *La protección social de la salud en el marco del Estado del Bienestar: una visión nacional y europea,* Granada, Comares, 2019, pp. 69-82. Véase también, Valdés Dal-Ré,F.: "El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 8 (2019), pp.741-747.

[40] Valdés Dal-Ré, F.: "El marco constitucional del derecho a la protección de la salud", en Moreno Vida, M.N., Díaz Aznarte, M.T., y Gijón Sánchez, M.T. (Dirs): *La protección social de la salud en el marco del Estado de Bienestar: una visión nacional y europea,* Granada, Comares, 2019, pp.78-81.

6. FERNANDO VALDÉS, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PONENCIAS Y VOTOS PARTICULARES EN LAS QUE INTERVIENE (SELECCIÓN)

- STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero), Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales, derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): constitucionalidad de la ley orgánica que da nueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos. Voto particular.

- STC Sala Segunda 108/2019, 30 septiembre. Recurso de amparo 2925-2018 (BOE, 262, de 31 de octubre). Recurso de amparo 2925-2018. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: resolución del Instituto Nacional de Estadística que impidió la incorporación a una plaza obtenida en proceso selectivo sin valorar adecuadamente que la adjudicataria se hallaba en situación de baja por maternidad.

- STC Sala Segunda. STC 64/2016, Sala Segunda, de 11 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo), Recurso de amparo 528-2014. Supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical: pérdida de la condición de representantes de los trabajadores resultante del cierre del centro de trabajo y el traslado de la actividad a otro centro. Voto particular.

- STC 24/2016, Sala Segunda, de 15 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo), Recurso de amparo 5859-2014. Se Alegada vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: inadmisión, por extemporaneidad, del recurso de amparo.

- STC 140/2014, Pleno, de 11 de septiembre (BOE núm. 243, 7 octubre 2014, Recurso de amparo 7535-2006. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial y a la libertad sindical: inexistencia de panorama indiciario suficiente que conecte la no renovación como profesora de religión con el ejercicio de derechos fundamentales (STC 38/2007). Votos particulares.

- STC 124/2014, Sala segunda, de 21 julio (BOE núm. 198, de 15 de agosto de 2014), Recurso de amparo 2201-2008. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Votos particulares.

- Supuesta vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de sexo, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): resoluciones judiciales que, con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, razonan acerca de la improcedencia de aplicar la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Votos particulares.

- STC 95/2015 de 14 Mayo 2015 (BOE Núm. 146, 19 de junio), Recurso 7434/2013. Cuestión de inconstitucionalidad 7434-2013. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y límites a los decretos-leyes: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante; constitucionalidad de la suspensión de la paga única compensatoria prevista para el caso de que el índice de precios al consumo real sea superior al previsto (STC 49/2015). Voto particular.

- STC 73/2019, Sala Segunda, de 20 de mayo (BOE núm. 151, 25 junio), Recurso de amparo 3930-2018. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: sentencia condenatoria en segunda instancia que no permitió la valoración del testimonio exculpatorio de los acusados (STC 59/2018).

- STC 17/2017, Pleno, 2 de febrero (BOE núm. 59, de 10 de marzo), Recurso de amparo 1168-2014. Supuesta vulneración del derecho a la huelga: utilización de medios técnicos no habituales para la emisión televisiva de un partido de fútbol en jornada de huelga. Voto particular.

- STC Sala Segunda 64/2016, de 11 de abril (BOE núm. 112, de 20 de mayo), Recurso de amparo 528-2014. Supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical: pérdida de la condición de representantes de los trabajadores resultante del cierre del centro de trabajo y el traslado de la actividad a otro centro. Voto particular.

- STC Sala Segunda 89/2020, de 20 de julio de 2020. Recurso de amparo 505-2019 (BOE Núm. 220, 15 de agosto). Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) en relación con el derecho a la libertad sindical: resoluciones judiciales que ignoran la dimensión del sindicato como institución representativa que constitucionalmente tiene reconocida su función de defensa de determinados intereses (STC 101/1996).

- STC Sala Segunda 149/2016, Sección Segunda, 19 septiembre (BOE núm. 263, de 31 de octubre), Recurso de amparo 4700-2015. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): inadmisión del recurso de suplicación basada en una interpretación de la ley procesal que reduce las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales (STC 257/2000).

- STC 194/2013, Sala Segunda, de 2 de diciembre (BOE núm. 7 de 8 de enero). Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): inadmisión de un recurso contencioso-administrativo acordada sin aceptar la interrupción del cómputo del plazo por una previa demanda presentada ante el orden jurisdiccional social, cuya incompetencia no era manifiesta, y por la formalización de un recurso de alzada en vía administrativa (STC 194/2009). Votos particulares.

- STC Sala Segunda 140/2015, de 22 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 693-2014. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, principio de interdicción de la arbitrariedad: STC 119/2014 (constitucionalidad del período de prueba establecido para el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores). Voto particular.

- STC Pleno 8/2015, de 22 de enero (BOE núm. 47, de 24 febrero), Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular.

- STC Pleno 133/2019, de 13 de noviembre (BOE núm. 304, de 19 diciembre), Recursos de inconstitucionalidad 1974-2019, 2065-2019 (acumulados). Competencias en materia laboral y de ordenación general de la economía: nulidad de diversos preceptos legales que atribuyen funciones ejecutivas al Servicio Público de Empleo Estatal en la gestión de ayudas económicas del sistema nacional de garantía juvenil.

- STC Pleno 127/2019, de 31 de octubre (BOE núm. 293, de 6 de diciembre). Recurso de inconstitucionalidad 1327-2019. Competencias sobre empleados públicos y ordenación general de la economía, libertad sindical y derecho de negociación colectiva, derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos que suspenden temporalmente las previsiones relativas a la percepción de beneficios sociales, gastos

de acción social y similares que tuvieran su origen en acuerdos suscritos entre los entes integrantes del sector público autonómico madrileño y los representantes del personal a su servicio. Voto particular.

- STC Pleno 145/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero), Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

- STC Pleno 33/2017, de 1 de marzo (BOE núm. 83, de 7 abril), Recurso de inconstitucionalidad 4585-2012. Límites de los decretos-leyes, derecho a la protección de la salud y competencias sobre sanidad: constitucionalidad de los preceptos legales estatales que modifican la regulación jurídica de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud, el régimen de prescripción de medicamentos y productos sanitarios, y la acción social destinada al personal estatutario de los servicios públicos de salud. Votos particulares.

- STC Pleno 158/2016, de 22 septiembre (BOE núm. 263, de 31 de octubre), Recurso de inconstitucionalidad 2165-2016. Competencias sobre legislación laboral, ordenación general de la economía y función pública: nulidad del precepto legal que fija la duración de la jornada laboral de los empleados públicos autonómicos (STC 99/2016). Voto particular.

- STC Pleno 139/2016, de 21 de julio (BOE núm. 196, 15 agosto), Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012. Límites de los decretos-leyes, derecho a la salud y competencias sanitarias, derecho a la protección de datos de carácter personal: nulidad del precepto legal que remite en blanco al reglamento la determinación del nivel de ingresos que no deben superar quienes, sin tener vínculo alguno con el sistema de Seguridad Social, aspiren a acceder a la condición de asegurados. Votos particulares.

- STC Pleno 119/2016, de 23 de junio (BOE núm. 181, de 28 julio), Recurso de inconstitucionalidad 2218-2013. Límites a los decretos-leyes; competencias en materia de ordenación general de la economía y función pública y principio de seguridad jurídica: constitucionalidad de los preceptos legales relativos a la supresión de la paga extraordinaria y de la paga adicional de complemento específico, correspondientes al mes de diciembre de 2012, permisos y vacaciones de los funcionarios públicos, horarios comerciales y régimen de promoción de ventas (SSTC 81/2015 y 156/2015). Voto particular.

- STC Pleno 99/2016, de 25 mayo (BOE núm. 159, 2 julio), Recurso de inconstitucionalidad 1743-2013. Límites de las leyes de presupuestos; competencias en materia laboral, ordenación general de la economía y función pública; principio de autonomía financiera: constitucionalidad de los preceptos legales que suspenden y modifican diferentes previsiones de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y establecen la jornada general de trabajo en el sector público. Voto particular.

- STC Pleno 193/2014, de 20 noviembre (BOE núm. 308, de 22 de diciembre), Conflicto positivo de competencia 5431-2011. Competencias sobre educación y profesiones tituladas: constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales relativos a los cursos de formación y la acreditación de la capacitación profesional (STC 170/2014). Voto particular.

- STC Pleno 196/2014, de 4 de diciembre (BOE núm. 11, 13 de enero), Cuestión de inconstitucionalidad 219-2013. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales: nulidad por vulneración de la normativa básica estatal del precepto legal que introduce una reducción de las cuantías retributivas a percibir por el personal de los entes del sector público autonómico con presupuesto estimativo (STC 219/2013). Voto particular.

- STC Pleno 155/2016, de 22 noviembre (BOE núm. 263, de 31 de octubre). Principios de igualdad y seguridad jurídica, competencias sobre condiciones básicas de igualdad y procedimiento administrativo: constitucionalidad del precepto legal autonómico que establece la regla del silencio negativo para determinados recursos planteados, en materia de personal, por los profesionales del Servicio Gallego de Salud.

- STC Sala Segunda. 135/2016, de 18 de julio (BOE núm. 196 de 15 de agosto), Cuestión de inconstitucionalidad 1372-2015. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el apartado 1 de la disposición adicional sexagésima sexta del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, incorporada por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014, que establece el régimen de protección por desempleo de los liberados de prisión. Principio de seguridad jurídica y derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad sancionadora ("non bis in ídem"); límites materiales de las leyes de presupuestos: STC 123/2016 (pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad).

- STC Pleno 109/2015, de 28 de mayo (BOE núm. 159, de 4 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 1457-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones (STC 49/2015). Voto particular.

- STC Pleno 93/2015, de 14 de mayo (BOE núm. 146, de 19 de junio), Cuestión de inconstitucionalidad 7434-2013. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y límites a los decretos-leyes: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante; constitucionalidad de la suspensión de la paga única compensatoria prevista para el caso de que el índice de precios al consumo real sea superior al previsto (STC 49/2015). Voto particular.

- STC Pleno 78/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto), Recurso de inconstitucionalidad 3720-2017. Competencias sobre ordenación general de la economía, hacienda general y función pública: nulidad parcial del precepto legal autonómico relativo a la oferta de empleo público de 2017 u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal (STC 142/2017). Voto particular.

- STC Pleno, 71/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio), Conflicto de competencia 5240-2017. Competencias sobre trabajo y relaciones laborales: nulidad de la atribución a la administración del Estado del ejercicio de potestades ejecutivas relativas a la financiación de programas formativos que incluyan compromisos de contratación y para nuevas funciones encomendadas a los agentes sociales.

- STC Pleno, 81/2017, de 22 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio), Recurso de inconstitucionalidad 3219-2016. Competencias en materia laboral: nulidad de los preceptos legales que atribuyen a la Administración del Estado el ejercicio de competencias ejecutivas (STC 198/2014). Voto particular.

- STC, Pleno, 111/2014, de 26 de junio (BOE núm. 177 de 22 de julio), Recurso de inconstitucionalidad 1453-2014. Derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, principios de mérito y capacidad y competencias sobre función pública: nulidad de la ley foral que contempla la apertura de nuevos procesos de conversión en funcionario del personal estatutario y contratado laboral fijo de la Administración de la Comunidad Foral y del personal laboral fijo de las entidades locales de Navarra.

- STC Pleno 144/2013, de 11 de julio (BOE núm. 183 de 1 de agosto), Recursos de inconstitucionalidad 8506-2010, 8507-2010 (acumulados). Competencias sobre colegios profesionales: nulidad de los preceptos legales autonómicos que introducen obligaciones de colegiación para el ejercicio de determinadas actividades profesionales (STC 3/2013).

- STC Pleno 137/2013, de 6 de junio (BOE núm. 157 de 2 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 4764-2007. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica.

- STC Pleno 7/2013, de 17 de enero (BOE núm. 37 de 12 de febrero), Conflicto positivo de competencia 3030-2006. Competencias sobre legislación laboral, régimen jurídico de las Administraciones públicas y régimen estatutario de los funcionarios públicos: competencias de ejecución cuyo ejercicio corresponde a la Generalitat de Cataluña (STC 225/2012).

- STC Pleno 86/2013, de 11 de abril (BOE núm. 112 de 10 de mayo), Recurso de inconstitucionalidad 2394-2008. Límites materiales de las leyes de presupuestos: nulidad del precepto legal autonómico que establece los efectos del silencio administrativo en los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes (STC 7/2010).

- STC Pleno 18/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72 de 23 de marzo), Conflicto positivo de competencia 136-2013. Competencias sobre extranjería, asistencia sanitaria y sanidad: pérdida parcial de objeto del conflicto y nulidad de los preceptos reglamentarios que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

- STC Pleno 2/2018, de 11 de enero (BOE núm. 34 de 07 de febrero), Recurso de inconstitucionalidad 2002-2017. Competencias sobre extranjería, legislación procesal, asistencia social y sanidad: nulidad de los preceptos legales autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017) y establecen la inembargabilidad de unas ayudas extraordinarias de apoyo social para contingencias. Votos particulares.

- STC Pleno 142/2017, de 12 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero), Recurso de inconstitucionalidad 3719-2017. Competencias sobre relaciones laborales y función pública: nulidad de la norma legal que fija la duración de la jornada laboral de los empleados públicos autonómicos (STC 158/2016). Voto particular.

- STC, Pleno, 10. Pleno, 140/2017, de 30 de noviembre (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2018), Recurso de inconstitucionalidad 501-2013. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos legales autonómicos que modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos (STC 134/2017). Voto particular.

- STC Pleno, 134/2017, de 16 de noviembre (BOE núm. 308 de 20 de diciembre), Conflicto positivo de competencia 4540-2012. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos reglamentarios autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud y modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos. Votos particulares.

- STC, Pleno, 98/2017, de 20 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto), Recurso de inconstitucionalidad 433-2013. Competencias sobre sanidad: suficiente acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante (STC 139/2016), adecuado ejercicio de las competencias estatales. Votos particulares.

- STC Pleno, 63/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio), Recurso de inconstitucionalidad 414-2013. Límites de los decretos-leyes, derechos a la igualdad y a la asistencia sanitaria, competencias sobre sanidad, salud pública, medicamentos y función pública: nulidad del precepto legal que atribuye funciones ejecutivas a la Organización Nacional de Trasplantes a partir exclusivamente del criterio de la supraterritorialidad (STC 27/2014). Votos particulares.

- STC Pleno, 43/2017, de 27 de abril (BOE núm. 126 de 27 de mayo), Recurso de inconstitucionalidad 1815-2013. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, legislación laboral, ordenación general de la economía, función pública y régimen jurídico de las Administraciones públicas: constitucionalidad de los preceptos legales que impiden temporalmente a los entes integrantes del sector público realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación (STC 215/2015), limitan la incorporación de nuevos empleados públicos y establecen la gestión centralizada de programas de empleo (STC 194/2016) y el límite inferior de la jornada de trabajo en el sector público (STC 99/2016). Voto particular.

- STC Pleno 211/2014, de 18 de diciembre (BOE núm. 29 de 03 de febrero), Recurso de inconstitucionalidad 822-2011. Competencias sobre sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social: constitucionalidad de la ley autonómica que introduce un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en Galicia (STC 98/2004). Voto particular.

- STC Pleno 170/2014, de 23 de octubre (BOE núm. 282 de 21 de noviembre), Recurso de inconstitucionalidad 866-2007. Competencias sobre educación y profesiones tituladas: inconstitucionalidad del precepto legal que atribuye al Ministerio de Justicia la competencia para expedir los títulos acreditativos de la aptitud profesional (STC 31/2010). Voto particular.

- STC Pleno 27/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60 de 11 de marzo), Conflicto positivo de competencia 443-2013. Competencias sobre educación y en materia laboral: nulidad del precepto reglamentario que atribuye al Servicio Público de Empleo Estatal la competencia para autorizar y evaluar las actividades formativas que se realicen en diversas Comunidades Autónomas (STC 111/2012). Voto particular.

- STC Pleno 215/2012, de 14 de noviembre (BOE núm. 299 de 13 de diciembre), Recurso de inconstitucionalidad 5851-2003. Competencias sobre ordenación de los seguros y mutualidades: nulidad de los preceptos legales que contradicen las normas básicas estatales que establecen un triple punto de conexión para delimitar las competencias autonómicas y prohíben a las mutualidades de previsión social participar como coaseguradoras en la cobertura de riesgos (STC 173/2005). Votos particulares.

- ATC Pleno 35/2015, de 17 de febrero, Cuestión de inconstitucionalidad 984-2014. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 984-2014, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, globalmente considerado. Voto particular.

- STC Sala Segunda 61/2017, de 22 de mayo (BOE núm. 156 de 1 de julio), Recurso de amparo 935-2016. Se Alegada vulneración del derecho a la igualdad: extemporaneidad del recurso de amparo interpuesto tras el vencimiento del plazo legalmente establecido para impugnar actuaciones de las Administraciones públicas.

- STC Pleno 145/2015, de 25 de junio (BOE núm. 182 de 31 de julio), Recurso de amparo 412-2012. Vulneración del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica: sanción impuesta al carecer la oficina de farmacia de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Votos particulares.

- STC. Pleno 7/2017, de 19 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero), Conflicto positivo de competencia 1923-2012. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, farmacia y Seguridad Social: STC 210/2016 (constitucionalidad de las previsiones legales autonómicas relativas a la selección, mediante la correspondiente convocatoria pública, por el servicio de salud, de los medicamentos o productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando se prescriban por principio activo o denominación genérica).

- STC Sala Segunda, 134/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6721-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda, 133/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6484-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda, 129/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6398-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC. Sala Segunda, 124/2014, de 21 de julio (BOE núm. 198 de 15 de agosto), Recurso de amparo 2201-2008. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Votos particulares.

- STC. Sala Segunda. 51/2014, de 7 de abril (BOE núm. 111 de 7 de mayo), Cuestión de inconstitucionalidad 7142-2013. Principios de igualdad en la ley y de protección de la familia; competencias en materia de seguridad social: pérdida parcial de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 40/2014); constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público.

- STC. Sala Primera. 72/2013, de 8 de abril (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013), Recurso de amparo 154-2008. Vulneración de los derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 61/2013 (determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial).

- STC Sala Segunda, 134/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6721-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda. 133/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 06 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6484-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda. 129/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6398-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Pleno 9/2016, de 21 de enero (BOE núm. 45 de 22 de febrero), Cuestión de inconstitucionalidad 6423-2014. Competencias sobre función pública: constitucionalidad del precepto legal estatal que reduce a tres días el permiso por asuntos particulares que pueden disfrutar los funcionarios públicos. Voto particular.

- STC Pleno. 199/2015, de 24 de septiembre (BOE núm. 260 de 30 de octubre), Recurso de inconstitucionalidad 5099-2014. Límites a los decretos-leyes: falta de acreditación del presupuesto habilitante para aprobar con carácter urgente los preceptos legales relativos a las empresas de trabajo

temporal y agencias de colocación, y a la llevanza del Registro Civil por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Voto particular.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. De Fernando Valdés (Selección instrumental)[41]

Valdés Dal-Ré, F.: "El estatuto del trabajador autónomo en la legislación española", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.* Nº. Extra 3 (In Memoriam a Don Aurelio Desdentado Bonete), 2021, pp. 29-45.

Valdés Dal-Ré, F.: "Historia del Ministerio de Trabajo, 1977-1981: el comienzo y la consolidación de la democracia", en *Sociología del Trabajo,* Nº 99 (2021), pp. 239-256.

Valdés Dal-Ré, F.: "Los principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº 9 (2020), pp. 1191-1193.

Valdés Dal-Ré, F.: "Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº 8 (2020), pp. 1009-1020. En coautoría con M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M.E.Casas Baamonde.

Valdés Dal-Ré, F.: "La sentencia del López Ribalda II: más sombras que luces", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº 5 (2020), pp. 655-663.

Valdés Dal-Ré, F.: "Control de convencionalidad y jurisdicción social", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº 1 (2020), pp. 1-9.

Valdés Dal-Ré, F.: "El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº 8 (2019), pp. 741-748.

Valdés Dal-Ré, F.: "Jurisprudencia constitucional sobre causas de discriminación distintas del sexo", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº 5 (2019), pp. 445-458.

Valdés Dal-Ré, F.: "Nuevas tecnología y derechos fundamentales de los trabajadores", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 2 (2019), pp. 129-134.

Valdés Dal-Ré, F.: "The Future of Social Europe and of European Integration at a Crossroads: How Can We Recover and Enforce Solidarity as a Fundamental Principle of European Constitutional Law (or Die)?", en *European papers: a journal on law and integration,* Vol. 4, Nº. 1 (2019), pp. 257-268. En coautoría con Pietro Masala.

Valdés Dal-Ré, F.: "La libertad Sindical", en *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos,* Año nº.1, Nº. 334 (2018), pp. 40-43.

Valdés Dal-Ré, F.: "Derecho de las relaciones laborales y Constitución", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 11 (2018), pp. 1169-1178. En coautoría con M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M.E. Casas Baamonde.

Valdés Dal-Ré, F.: "Una aproximación al juicio de ponderación utilizado por el TC", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 9 (2018), pp. 941-952.

Valdés Dal-Ré, F.: "Las medidas de la LCSP en relación con el empleo de las personas con discapacidad y los principios de igualdad y no discriminación", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 8 (2018), pp. 917-928.

[41] Una relación más amplia puede localizarse en Dialnet Métricas**:** Artículos de revistas (327). Colaboraciones en obras colectivas (113). Documentos de trabajo/Prepublicaciones (1). Libros (48). Tesis dirigidas (29).Coordinación (8 publicaciones).

Valdés Dal-Ré, F.: "El IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2018, 2019 y 2020)", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº.7 (2018).

Valdés Dal-Ré, F.: "Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y jurisprudencia del TEDH", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº 4 (2018), pp. 357-367.

Valdés Dal-Ré, F.: "El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 1 (2018), pp. 1-10.

Valdés Dal-Ré, F.: "La interpretación constitucional: transcendencia y singularidades", en *Grand place: pensamiento y cultura,* Nº 10 (2018), pp. 123-129.

Valdés Dal-Ré, F.: "Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales (I)", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* Nº. 21 (2017), pp. 177-1994.

Valdés Dal-Ré, F.: "La negociación colectiva de las retribuciones en el sector público: normativa y doctrina de la OIT", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 10 (2017), pp. 947-956.

Valdés Dal-Ré, F.: "Un examen comparatista de las jurisdicciones sociales: La divergencia en las formas de organización", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 7 (2017), pp. 553-560.

Valdés Dal-Ré, F.: "Un examen comparatista de las jurisdicciones sociales: la convergencia en los principios", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 6 (2017), pp. 473-480.

Valdés Dal-Ré, F.: "La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 3 (2017), pp. 201-209.

Valdés Dal-Ré, F.: "Doctrina constitucional en materia de vigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa", en *Revista de derecho social,* Nº. 79 (2017), pp. 15-35.

Valdés Dal-Ré, F.: "La crisis de la Europa social", en *Temas para el debate,* Nº. 268 (2017), pp. 17-19.

Valdés Dal-Ré, F.: "Teoría e Ideología de los Debates sobre el Despido en España", en *Derecho & Sociedad,* Nº. 46 (2016), pp. 173-188.

Valdés Dal-Ré, F.: "Negociación colectiva y mejora de la productividad: sus relaciones en el Derecho transnacional", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 11 (2016), pp. 1035-1042.

Valdés Dal-Ré, F.: "Autonomía colectiva y productividad", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 9 (2016), pp. 827-828.

Valdés Dal-Ré, F.: "La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 6 (2016), pp. 529-540.

Valdés Dal-Ré, F.: "Las libertades de reunión y de asociación en el CEDH", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* Nº. 4 (2016), pp. 301-312.

Valdés Dal-Ré, F.: "Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales", en *Derecho de Relaciones Laborales,* Nº. 2 (2016), pp. 91-99.

Valdés Dal-Ré, F.: "A función de protección dos dereitos fundamentais polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea: entre a renovación e o continuismo", en *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS),* Nº. 1 (2016), pp. 9-47.

Valdés Dal-Ré, F.: "Jurisprudencia sobre negociación colectiva en 2014", en *Anuario de relaciones laborales en España,* Nº. 6 (2015), pp. 110-115.

Valdés Dal-Ré, F.: "La refundición de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 8 (2015), pp. 852-871.

Valdés Dal-Ré, F.: "La regulación del despido (1980-2012): debates y embates", en *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 6 (2015), pp. 615-625.

Valdés Dal-Ré, F.: "La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010", en coautoría con Marcos Peña Pinto, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde, en *Derecho de las relaciones laborales,* Nº. 6, 2015, pp. 657-670.

Valdés Dal-Ré, F.: "El III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017" *Derecho de las relaciones laborales*, ISSN 2387-1113, Nº. 4 (2015), pp. 347-359.

Valdés Dal-Ré, F.: "Con la venia. El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007", en *Derecho de las relaciones laborales,* Nº. 2 (2015), pp. 153-167.

Valdés Dal-RÉ, F.: "Algunos rasgos caracterizadores de la reforma laboral", en *Temas para el debate,* Nº. 249-250 (agosto-septiembre), 2015 (Ejemplar dedicado a: Balance la política laboral del PP), pp. 22-24.

Valdés Dal-Ré, F.: "Cooperación y coordinación entre el Servicio Público Estatal de Empleo y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos", en *Temas para el debate*, Nº. 245 (2015) (Ejemplar dedicado a: Los buenos empleos), pp. 27-30.

Valdés Dal-Ré, F.: La reforma laboral de 2012 (Notas sobre su texto -sistemática interna y calidad técnica- y su contexto -la falta de correspondencia entre el objetivo proclamado y los objetivos realmente perseguidos-), en *Relaciones laborales*, Nº 2 (2013), pp. 1-10.

Valdés Dal-Ré, F.: "Derecho Constitucional y violencia en el trabajo en España", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 1, Nº. 4, 2013 (Ejemplar dedicado a: Violencia y salud en el trabajo), pp. 49-72.

Valdés Dal-Ré, F.: "Sobre la calidad técnica de la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo Relaciones laborales", Nº 1 (2011), pp. 67-77.

Valdés Dal-Ré, F.: "El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio (I)", en Relaciones laborales", Nº 1 (2011), pp. 93-102.

Valdés Dal-Ré, F.: "El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio (y II)", en *Relaciones laborales,* Nº 1 (2011), pp. 103-114.

Valdés Dal-Ré, F.: "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española", *Revista de Derechos Fundamentales*, Nº. 5 (2011), pp. 129-150.

Valdés Dal-Ré, F.: "La juridificación del concepto de flexibilidad interna", en *Relaciones laborales*, Nº 2 (2011), pp. 103-112.

Valdés Dal-Ré, F.: "El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones laborales triangulares", en *Relaciones laborales,* Nº 1 (2009), pp. 39-50.

Valdés Dal-Ré, F.: -"La negociación colectiva en la Constitución", en *Revista de Política Social,* núm. 121 (1979), pp. 469-498.

Valdés Dal-Ré, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios,* Madrid, ACARL, 1988.

Valdés Dal-Ré, F.: "El lugar del Reglamento en el ordenamiento laboral (I y II) (A propósito de la sentencia TS 3ª de 31 de enero de 1990)", en *Relaciones Laborales,* núm. 2 (1990).

Valdés Dal-Ré, F.: "Aplicación inmediata de Ley y derecho a la negociación colectiva", en *Relaciones Laborales* I (1991), pp. 15-33.

Valdés Dal-Ré, F.: -"El paradigma legal en la negociación colectiva", en *Relaciones Laborales,* núm. 6-7, pp. 111-119.

Valdés Dal-Ré, F.: "Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual", en Pedrajas Moreno, A. (Coord): *Las reformas laborales pactadas: análisis y aplicación práctica,* Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 145-182.

Valdés Dal-Ré, F.: "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", en *Temas Laborales,* núm. 76 (2004), pp. 21-66.

Valdés Dal-Ré, F.: "El modelo español de negociación colectiva", en Pérez De Los Cobos, F., Goerlich Peset, J.M. (Coords): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor Sala Franco,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 43-81.

Valdés Dal-Ré, F.: "Estado Social y Seguridad Social" (I y II), en *Relaciones Laborales,* núm. 2 (1994), pp. 63-78.

Valdés Dal-Ré, F.: Para la Seguridad Social: los votos particulares y el control de convencionalidad.

Valdés Dal-Ré, F.: "Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 17 (1995), pp. 1-7.

Valdés Dal-Ré, F.: "Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social", *Revista de derecho social*, Nº 20 (2002), pp. 13-38.

Valdés Dal-Ré, F.: "El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro", en *Relaciones laborales,* Nº 2 (1997), pp. 42-51.

Valdés Dal-Ré, F.: "El marco constitucional del derecho a la protección de la salud", en VV.AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar: una visión nacional y europea,* María Nieves Moreno Vida, Mª Teresa Díaz Aznarte (dirs.), 2019, pp. 69-82.

Valdés Dal-Ré, F.: "La contractualización de la protección por desempleo", en *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre,* Pedro Gete Castrillo, Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), 2003, pp. 9-20.

Valdés Dal-Ré, F.: "Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social; ¿hacia unas nuevas relaciones?", en *Relaciones laborale*s, Nº 2 (2010), pp. 39-50.

Valdés Dal-Ré,F.: "Libertad de expresión y de información (Artículo 11)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 225-245.

Valdés Dal-Ré,F.: "Derecho a la libertad de opinión, conciencia y religión (artículo 19 DUDH; artículo 19 PIDCP)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 225-237.

Valdés Dal-Ré,F.: "Libertad de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017, pp. 135-159.

Valdés Dal-Ré,F.: "Control de convencionalidad y Carta Social Europea", en

VV.AA (SALCEDO BELTRÁN, C. Directora): *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 341-353.

7.2. Libros y Capítulos de Libros

-*Lecturas de derecho laboral español e italiano,* coord. por Juan Carlos García Quiñones, Vania Brino; Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Adalberto Perulli (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch-G. Giappichelli Editore, 2019.

-*El poder del control empresarial en la web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos,* Adriane Reis de Araujo; Fernando Valdés Dal-Ré (pr.), Albacete, Bomarzo, 2019.

-*El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014),* Elías González Posada Martínez, María Luisa Molero Marañón, Juan Carlos García Quiñones, Jesús Lahera Forteza; Ana Murcia Clavería, Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), Francis Lefebvre, 2018.

-*El futuro del trabajo: análisis jurídico y socioeconómico,* coord. por Martha Elisa Monsalve Cuéllar; Fernando Valdés Dal-Ré (pr.), Alderabán, 2017.

-*El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Albacete, Bomarzo, 2016.

-*Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas,* María Luisa Molero Marañón, Fernando Valdés Dal-Ré, Granada, Comares, 2014.

-*Relaciones laborales en la crisis: España 2011,* José Ignacio Pérez Infante (dir.), Santos Miguel Ruesga Benito (dir.), Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Madrid, Fundación Ortega-Marañón, 2012.

-*Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos,* Fernando Valdés Dal-Ré, Julimar da Silva Bichara, José Manuel Lasierra Esteban, Laura Pérez Ortiz, Manuel Pérez Trujillo; Santos Miguel Ruesga Benito (dir.), Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

-*La negociación colectiva, entre tradición y renovación,* Fernando Valdés Dal-Ré, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2012.

-*Comentarios a la Ley de empleo*, Fernando Valdés Dal-Ré, Gemma María Sobrino González, La Ley (España), 2012.

-*La reforma laboral 2012 en materia de negociación colectiva.* Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, La Ley, 2012.

-*La reforma del mercado de trabajo de 2010,* coord. por Alberto Valdés Alonso; Fernando Valdés Dal-Ré, Elías González Posada Martínez (dirs.), Barcelona, Reus, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2011.

-*La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa,* Fernando Valdés Dal-Ré, María Luisa Molero Marañón (dirs.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010.

-*Inmigración y movilidad de los trabajadores,* coord. por Ricardo Escudero Rodríguez; Fernando Valdés Dal-Ré (pr.), Wolters Kluwer, 2010.

-*Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva,* Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Reus, 2010.

-*La flexiseguridad laboral en España,* Fernando Valdés Dal-Ré, Jesús Lahera Forteza, Madrid, Documento de Trabajo, Fundación Alternativas, 2009.

-*Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal,* María Luisa Molero Marañón (dir.), Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Wolters Kluwer, 2009.

-*Igualdad de género y relaciones laborales,* Beatriz Quintanilla Navarro, Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008.

-*Manual Jurídico de Negociación Colectiva,* coord. por Jesús Lahera Forteza; Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008.

-*El Estatuto del trabajo autónomo,* Jesús Cruz Villalón, Fernando Valdés Dal-Ré, España, Madrid, La Ley, 2008.

-*30 años de libertad sindical,* Fernando Valdés Dal-Ré, Jesús Cruz, Fundación Francisco Largo Caballero, 2007.

-*Hacia un mercado europeo de empleo,* Fernando Valdés Dal-Ré, José María Zufiaur Narvaiza. Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2006.

-*Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2006.

-*Hacia un mercado europeo de empleo,* Fernando Valdés Dal-Ré, José María Zufiaur Narvaiza, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección de información Administrativa y Publicaciones, 2006.

-*Relaciones laborales de las personas con discapacidad,* coord. por Jesús Lahera Forteza; Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.

-*Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico : por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas: Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social,* Jesús Cruz Villalón, Federico Durán López, Juan Francisco Jimeno Serrano, Miguel Ángel Olalla Mercadé, Santos Miguel Ruesga Benito, Carmen Sáez Lara, Luis Toharia Cortés, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005.

-*Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las Ordenanzas Laborales,* Fernando Valdés Dal-Ré, Jesús Lahera Forteza, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección de información Administrativa y Publicaciones, 2004.

-*Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre,* Pedro Gete Castrillo (dir.), Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Madrid, Cinca, 2003.

-*El trabajo autónomo dependiente,* Fernando Valdés Dal-Ré, Alberto Valdés Alonso, Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo, 2003.

-*La transmisión de empresa y las relaciones laborales: un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional,* Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2001.

-*Sistema laboral*., María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, La Ley, 2001.

-*Las relaciones laborales en la Comunidad de Madrid,* María José Dilla Catalá, Pedro Gete Castrillo, Tebelia Huertas Bartolomé, Jesús Lahera Forteza, Mónica Llano Sánchez, Henar Merino Senovilla, Beatriz Quintanilla Navarro, María Luz Rodríguez Fernández, Gemma María Sobrino González, Yolanda Valdeolivas García; Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.

-*Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, María Emilia Casas Baamonde, Fernando Valdés Dal-Ré, Manuel Álvarez de la Rosa, Lex Nova, 2000.

-*Balance material del proceso de sustitución de las ordenanzas laborales: continuidad y crisis de sus contenidos normativos,* Fernando Valdés Dal-Ré, Laurentino Javier Dueñas Herrero, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 1999.

-*Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva: la reforma laboral de 1997,* María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Tecnos, 1998.

-*Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales,* María Emilia Casas Baamonde, Manuel Carlos Palomeque López, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, La Ley, 1997.

-*Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 1996.

-*Los nuevos textos refundidos,* Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde, Madrid, La Ley, 1995.

-*La reforma del mercado laboral,* Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Valladolid, Lex Nova, 1994.

-*Reforma del mercado de trabajo: colocación, modalidades de contratación, protección por desempleo,* María Emilia Casas Baamonde, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, La Ley, 1994.

-*Comentarios al Convenio general de la construcción,* Manuel Ramón Alarcón Caracuel, Fernando Valdés Dal-Ré, Fundación Anastasio de Gracia - FITEL, 1993.

-*Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios,* Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, ACARL, D.L. 1988.

-*Derecho laboral y de la seguridad social,* Fernando Valdés Dal-Ré, Manuel Carlos Palomeque López. Madrid, La Ley, 1985.

-*Los instrumentos de solución de los conflictos colectivos,* Manuel Carlos Palomeque López, Jesús M. Galiana Moreno, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Servicio de Publicaciones, 1983.

-*Manual de Derecho del Trabajo,* Gaspar Bayón Chacón, Eugenio Pérez Botija, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Marcial Pons, 1979 (12 ed.).

-*La flexiseguridad laboral en España,* Jesús Lahera Forteza, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), Nº. 157, 2010

-"Constitucionalismo laboral europeo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación*, María Emilia Casas Baamonde, Ignacio García-Perrote Escartín, Román Gil Alburquerque, Adriano Gómez García-Bernal, Antonio Vicente Sempere Navarro (dirs.), Vol. 1, 2023, pp. 75-112

-"Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto,* coord. por Pablo Chico de la Cámara, José Luis Peña Alonso, Alejandro Blázquez Lidoy, Alberto Palomar Olmeda; Luis Cazorla González-Serrano (dir.), Vol. 2, 2021 (Volumen II), pp. 2447-2463.

-"Control de convencionalidad y Carta Social Europea", "Fernando Valdés Dal-Ré, en *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* María del Carmen Salcedo Beltrán (dir.), 2021, pp. 341-353

-"Historia del Ministerio de Trabajo, 1977-1981: el comienzo de la democracia", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Centenario del Ministerio de Trabajo 1920-2020,* Santiago Castillo (dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo, 2020, pp. 199-233.

-"La interpretación del Tribunal Constitucional", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Derechos laborales fundamentales inespecíficos,* coord. por Belén del Mar López Insua; José Luis Monereo Pérez , Francisco Vila Tierno , Juan Carlos Álvarez Cortés (dirs.), 2020, pp. 567-584.

-"La obesidad como motivo de despido ex artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela,* Francisco Javier Gárate Castro, Yolanda Maneiro Vázquez (Dirs), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), 2020, pp. 499-506,

-"El tratamiento por las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 1 (2018), pp. 1-8.

-"Constitucionalismo laboral europeo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia,* coord. por Ignacio García-Perrote Escartín, Adriano Gómez García-Bernal, Antonio Vicente Sempere Navarro; María Emilia Casas Baamonde, Román Gil Alburquerque (dirs.), 2019, pp. 21-51.

-"Principio de igualdad y prohibición de discriminación. Derechos fundamentales*",* Fernando Valdés Dal-Ré, *Igualdad* / coord. por François Lefebvre, 2019, pp. 250-499,

-"El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 8 (2019), pp.741-747.

-"El marco constitucional del derecho a la protección de la salud", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar: una visión nacional y europea,* coord. por María Teresa Gijón Sánchez; María Nieves Moreno Vida, Mª Teresa Díaz Aznarte (dirs.), 2019, pp. 69-82.

-"El sistema de fuentes del derecho del trabajo", Fernando Valdés Dal-Ré en *Lecturas de derecho laboral español e italiano*, coord. por Juan Carlos García Quiñones, Vania Brino; Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), Adalberto Perulli (dir.), 2019.

-"Artículo 28.1", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra,* coord. por Carmen Montesinos Padilla; Pablo Pérez Tremps, Alejandro Sáiz Arnaiz (dirs.), Vol. 1, 2018 (Tomo I (Preámbulo a artículo 96), pp. 633-645.

-"Artículo 37.1: El derecho constitucional a la negociación colectiva", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Comentarios a la Constitución española ,* coord. por Mercedes Pérez Manzano, Ignacio Borrajo Iniesta; Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde (dirs.), Enrique Arnaldo Alcubilla (ed. lit.), Jesús Remón Peñalver (ed. lit.), Vol. 1, Tomo 1, 2018 (Tomo I), pp. 1220-1238

-"Constitucionalismo laboral europeo", en Fernando Valdés Dal-Ré, en *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia,* coord. por Ignacio García-Perrote Escartín, Adriano Gómez García-Bernal, Antonio Vicente Sempere Navarro; María Emilia Casas Baamonde (dirs.), Román Gil Alburquerque (dir.), 2018, pp. 21-49.

-"El contexto histórico-político y jurídico del reconocimiento constitucional del derecho de huelga", Fernando Valdés Dal-Ré, *en España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspecti*vas, coord. por Esther González Hernández, Rafael Rubio Núñez; Benigno Pendás García (dirs), Vol. 2, 2018, pp. 1149-1161.

-"Jurisprudencia europea sobre la inmigración", en Fernando Valdés Dal-Ré, en *Migraciones y su transversalidad: análisis interdisciplinar*, coord. por Martha Elisa Monsalve Cuéllar, 2018, pp. 41-60

-"Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales", Fernando Valdés Dal-Ré, en *The balance between worker protection and employer powers: insights around the world,* Nuno Cerejeira Namora (ed. lit.), Lourdes Mella Méndez (ed. lit.), Duarte Abrunhosa e Sousa (ed. lit.), Gonçalo Cerejeira Namora (ed. lit.), Eduardo Castro Marques (ed. lit.), 2018, pp. 2-15

-"Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", Fernando Valdés Dal-Ré, *Derecho y Autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar,* coord. por Silvia Gaspar Lera; María Ángeles Parra Lucán (dir. congr.), 2017, pp. 595-610.

-"El trabajador autónomo: transformaciones, marco legal y concepto", Fernando Valdés Dal-Ré, Alberto Valdés Alonso, en *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo,* coord. por José Luis Monereo Pérez, Francisco Vila Tierno, 2017, pp. 3-26

-"Capítulo 72. Las relaciones entre autonomía colectiva y mejora de la productividad: una aproximación desde la doble perspectiva nacional e internacional", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco,* coord. por Javier Juste Mencía, Cristobal Espín Gutiérrez; Fernando Rodríguez Artigas (hom.), Gaudencio Esteban Velasco (hom.), Vol. 2, Tomo 2, 2017, pp. 961-990,

-"Libertades de reunión y asociación (artículo 11)", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* coord. por Cristina Monereo Atienza, José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2017, pp. 135-159.

-"La mayor representatividad sindical", en Fernando Valdés Dal-Ré, en *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez* , coord. por Jesús Cruz Villalón, María Remedios Menéndez Calvo, Magdalena Nogueira Guastavino, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 61-88.

-"Las reglas de concurrencia entre convenios colectivos, Fernando Valdés Dal-Ré", *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco* / coord. por José María Goerlich Peset, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1481-1494.

-"14.- ¿ Qué función debe cumplir a su juicio la inspección de trabajo en el contexto actual del empleo y de las relaciones laborales ?", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La Inspección de Trabajo: Regulación española y perspectiva internacional*, Joaquín García Murcia (dir.), 2016, pp. 641-646.

-"El servicio de información de los servicios públicos de empleo como instrumento de la coordinación del Sistema Nacional de Empleo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura,* José Luis Monereo Pérez , Antonio Márquez Prieto (dirs.), 2016, pp. 451-462.

-"El recurso de amparo", Koldo Mikel Santiago Redondo, Fernando Valdés Dal-Ré, en *Lecciones de jurisdicción social* , coord. por Magdalena Nogueira Guastavino, Gabriel García Becedas, 2016, pp. 819-864,

-"Flexibilidad interna: las alteraciones de sus tradicionales funciones", Fernando Valdés Dal-Ré *Precarización y empobrecimiento de la población trabajadora en España,* Inmaculada Concepción Cebrián López (ed. lit.), 2016, pp. 213-230.

-"La reforma laboral de 2012-2014: reflexiones críticas sobre la fuente prioritaria de regulación y las materias reguladas", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Reformas laborales en la gran recesión,* coord. por Santos Miguel Ruesga Benito, José Ignacio Pérez Infante, 2016, pp. 59-81.

-"Algunas, breves, reflexiones sobre el Curso de Derecho del Trabajo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Semblanza del profesor Eugenio Pérez Botija,* coord. por Luis Enrique de la Villa Gil, 2016, pp. 79-99.

-"La eficacia jurídica de los convenios según la jurisprudencia social: Cuatro desentimientos", Fernando Valdés Dal-Ré, en *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde,* coord. por Joaquín García Murcia; Antonio Martín Valverde (hom.), Madrid, Tecnos, 2015, pp. 839-863.

-"El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por Ley 6/2007", en Fernando Valdés Dal-Ré, en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, coord. por Antonio Pedro Baylos Grau, Jaime Cabeza Pereiro, Jesús Cruz Villalón, Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, La Ley, 2015, pp. 875-905.

-"Igualdad de trato y no discriminación en la actividad de intermediación laboral", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, coord. por Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez, Carmen Ferradans Caramés, Sevilla, ACARL, 2015, pp. 41-60.

-"¿Hacia dónde va la negociación colectiva?", Fernando Valdés Dal-Ré, en *El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés,* coord. por Juan Gorelli Hernández; Antonio Ojeda Avilés (hom.), Sevilla, ACARL, 2014, pp. 521-529.

-"Derecho a la libertad de opinión y de expresión (incluye derecho a comunicar o recibir informaciones): (art. 19 DUDH; art. 19 PIDCP)", en *El sistema universal de los derechos humanos: Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes* , coord. por Cristina Monereo Atienza, José Luis Monereo Pérez (dirs), Granada, Comares, 2014, pp. 225-237.

-"La representatividad sindical", en Fernando Valdés Dal-Ré, en *Los sindicatos: homenaje al profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación,* coord. por Luis Enrique de la Villa Gil, Ignacio García-Perrote Escartín, 2014,pp. 219-254,

-"Violencia laboral y derechos fundamentales", en Fernando Valdés Dal-Ré, *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* coord. por José Luis Monereo Pérez, Sevilla, ACARL, 2014, pp. 17-39,

-"La Huelga General de diciembre de 1988: reflexiones sobre el contexto histórico-político y jurídico del RDL 17/1977", Fernando Valdés Dal-Ré, *El paro general del 14 de diciembre de 1988: causas, desarrollo y consecuencias de la huelga con mayor seguimiento de la democracia*, coord. por Cándido Méndez, 2013, pp. 50-63,

-"De los actos preparatorios y diligencias preliminares, de la anticipación y aseguramiento de la prueba y de las medidas cautelares", Ignacio González del Rey Rodríguez, Iván Antonio Rodríguez Cardo, Fernando Valdés Dal-Ré, en *La Ley de la jurisdicción social: estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre,* José Luis Monereo Pérez (dir.), coord. por Rosa M. González de Patto, Luis Ángel Triguero Martínez, Granada, Comares, 2013, pp. 407-426.

-"Del proceso ordinario", Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Carlos García Quiñones, Enrique Juanes Fraga, Ignacio García-Perrote Escartín, *La Ley de la jurisdicción social: estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, José Luis Monereo Pérez (dir.), coord. por Rosa M. González de Patto, Luis Ángel Triguero Martínez, Granada, Comares, 2013, pp. 427-574.

-"El recurso de amparo", en Koldo Mikel Santiago Redondo, Fernando Valdés Dal-Ré, en *Lecciones de jurisdicción social,* Magdalena Nogueira Guastavino, Gabriel García Becedas (dirs.), 2013, pp 833-878.

-"Artículo 11. Libertad de expresión y de información", Fernando Valdés Dal-Ré, *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* / coord. por Cristina Monereo Atienza, José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2012, pp. 225-246.

-"El papel de la negociación colectiva en la promoción del principio de igualdad por razón de género", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Libro homenaje a Abdóm Pedrajas Moreno,* coord. por Tomás Sala Franco; Abdón Pedrajas Moreno (hom.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 519-554.

-"La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, coord. por Jesús Lahera Forteza, Juan Carlos García Quiñones, 2012, pp. 155-170.

-"Balance de la reforma laboral 2010-2011", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Relaciones laborales en la crisis: España 2011,* José Ignacio Pérez Infante , Santos Miguel Ruesga Benito, Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), 2012, pp. 175-188.

-"La lucha contra la temporalidad injustificada por la ley de reforma del mercado de trabajo (la pequeña historia de una gran disociación entre buenos objetivos e ineficientes técnicas)", Fernando Valdés Dal-Ré, *Anuario de relaciones laborales en España: objetivo el trabajo,* coord. por Antonio Ferrer Sais; Santos Miguel Ruesga Benito (ed. lit.), Carlos Resa Nestares (ed. lit.), Vol. 2, 2011 (2011), pp. 124-127.

-"Jurisprudencia sobre negociación colectiva en 2010", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Anuario de relaciones laborales en España: objetivo el trabajo,* coord. por Antonio Ferrer Sais; Santos Miguel Ruesga Benito (ed. lit.), Carlos Resa Nestares (ed. lit.), Vol. 2, 2011 (2011), pp. 155-159.

-"Del proceso ordinario", Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Carlos García Quiñones, Enrique Juanes Fraga, Ignacio García-Perrote Escartín, Isabel Arteaga Collar, Rosa Moya Amador, Jorge Luis Ferrer González, en *El nuevo proceso laboral: estudio técnico-jurídico de la Ley de procedimiento laboral* , coord. por José Luis Monereo Pérez, Carolina Serrano Falcón, Luis Ángel Triguero Martínez, Granada, Comares, 2011, pp. 354-459.

-"El trabajo altruista y gratuito", Fernando Valdés Dal-Ré, en *El trabajo,* en Homenaje a Juan Rivero Lamas, coord. por Luis Enrique de la Villa Gil, 2011, pp. 263-303.

-"La estructura formal y la calidad técnica de la Ley 35/2010, de reforma del mercado de trabajo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La reforma del mercado de trabajo de 2010,* coord. por Alberto Valdés Alonso; Fernando Valdés Dal-Ré, Elías González Posada Martínez (dirs.), 2011, pp. 37-67.

-"La reforma de la intermediación laboral", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010,* coord. por Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2011, pp. 191-230.

-"La reforma de la intermediación laboral", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010* , coord. por Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2011, pp. 191-230.

-"Jurisprudencia sobre negociación colectiva (2009)", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Anuario de relaciones laborales en España: objetivo el trabajo,* coord. por Antonio Ferrer Sais; Santos Miguel Ruesga Benito (ed. lit.), Carlos Resa Nestares (ed. lit.), Vol. 1, 2010 (2010), pp. 147-150.

-"Orientaciones para una reforma de la ordenación jurídica de la negociación colectiva", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos,* coord. por Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco, 2010, pp. 551-566.

-"La legitimación empresarial para negociar convenios estatutarios", en *El empresario laboral: estudios jurídicos en homanaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación* , coord. por Ángel Antonio Blasco Pellicer, 2010, pp. 477-500.

-"Los derecho de implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea", en *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa,* Fernando Valdés Dal-Ré, María Luisa Molero Marañón (dirs.), 2010, pp. 239-271.

-"Artículo 7", en *Ley orgánica de libertad sindical: Comentada y con jurisprudencia,* coord. por Javier Thibault Aranda; Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel (dirs.), 2010, pp. 423-469.

-"Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales", en *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización* , en coord. por Jesús Lahera Forteza, Fernando Valdés Dal-Ré, 2010, pp. 15-42.

-"Sindicatos más representativos de ámbito autonómico y sindicatos representativos de sector", *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol,* coord. por José María Goerlich Peset, Ángel Antonio Blasco Pellicer, 2010, pp. 513-531.

-"Contrato de puesta a disposición: objeto, supuestos de utilización, forma y duración", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal,* María Luisa Molero Marañón , Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), 2009, pp. 211-244.

-"Inaplicación de las condiciones de convenio colectivo: el descuelgue", Fernando Valdés Dal-Ré, *Cuadernos de derecho para ingenieros 22: las últimas reformas del mercado laboral en España,* coord. por Rosa Zarza Jimeno; Miguel Ángel Agúndez, Julián Martínez-Simancas Sánchez (dirs.), Vol. 22, 2009 (Las últimas reformas del mercado laboral en España), pp. 95-116.

-"Novedades en la negociación colectiva", en *Cuadernos de derecho para ingenieros 22: las últimas reformas del mercado laboral en España /* coord. por Rosa Zarza Jimeno; Miguel Ángel Agúndez (dir.), Julián Martínez-Simancas Sánchez (dir.), Vol. 22, 2009 (Las últimas reformas del mercado laboral en España), pp. 117-138.

-"El cierre patronal", en *Jurisprudencia e instituciones juridíco-laborales: estudio en Homenaje al profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación,* coord. por Jesús García Ortega, 2009, pp. 225-252.

-"La legislación obrera industrial sobre las mujeres (1900-1931), entre la protección y la restricción", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Cien años trabajando por la igualdad*, coord. por Rosa María Capel Martínez, 2008, pp. 87-116.

-"Artículo 37", Fernando Valdés Dal-Ré, Juan García Blasco, en *Comentarios a la Constitución española* , coord. por Mercedes Pérez Manzano, Ignacio Borrajo Iniesta; María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), Carlos Rafael Gómez de la Escalera (aut.), 2008, pp. 957-979.

"El marco jurídico legal de la LETA", Fernando Valdés Dal-Ré, en *El estatuto del trabajo autónomo*, coord. por Jesús Cruz Villalón, Fernando Valdés Dal-Ré, 2008, pp. 27-61.

"Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Igualdad de género y relaciones laborales,* Beatriz Quintanilla Navarro, Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), 2008, pp. 19-43.

-"Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", Fernando Valdés Dal-Ré, *Igualdad de género. Una visión jurídica plural: Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o ficción,* Burgos, 11, 12 y 13 de marzo de 2008, coord. por Esther Gómez Campelo, Félix Valbuena González, 2008, pp. 129-154.

-"El régimen especial de trabajadores autónomos en el proceso de reforma de la Seguridad Social", Fernando Valdés Dal-Ré, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación,* coord. por José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida; José Vida Soria (hom.), 2008, pp. 397-427.

-"Capítulo 6: El contenido normativo del convenio colectivo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, coord. por Jesús Lahera Forteza; Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), 2008, pp. 397-432.

-"Spanish Labour Law Report", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Cross-border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge (a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective),* Filip Dorssemont (dir.), Teun Jaspers (dir.), Aukje A. H. van Hoek (dir.), 2007, pp. 193-202

-"Participación y representación de los agentes sociales y de los trabajadores en la Seguridad y Salud en el Trabajo", Fernando Valdés Dal-Ré, *Historia de la prevención de riesgos laborales en España,* coord. por Joaquín Aparicio Tovar, Antón Saracíbar Sautúa, 2007, pp. 292-305.

"La pensión de jubilación máxima. El tope de pensión de jubilación", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Tratado de jubilación : Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, coord. por Lourdes López Cumbre, 2007, pp. 971-999.

-"Nota introductoria al estudio "Teorías de receso. Problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria,* coord. por Manuel Carlos Palomeque López, Ignacio García-Perrote Escartín; Luis Enrique de la Villa Gil (hom.), 2006, pp. 1033-1035

-"El modelo español de negociación colectiva", Fernando Valdés Dal-Ré, en *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, coord. por Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel, José María Goerlich Peset, 2006, pp. 43-82.

-"El derecho del trabajo en la Segunda República", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La república de los trabajadores: la Segunda República y el mundo del trabajo*, coord. por Julio Aróstegui Sánchez, 2006, pp. 176-207.

-"Libertad religiosa y contrato de trabajo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer,* coord. por María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón, Federico Durán López; Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (hom.), 2006, pp. 565-613.

-"La solución extrajudicial de conflictos en el derecho europeo", Fernando Valdés Dal-Ré, *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro (en memoria del Prof. Javier Matía Prim)*, coord. por Fernando Valdés Dal-Ré, 2006, pp. 181-208.

-"Génesis y desarrollo del Estatuto: anotaciones en minúscula a la historia de una ley mayúscula", Fernando Valdés Dal-Ré, *25 años del Estatuto de los Trabajadores : (1980-2005),* 2005, pp. 14-51.

-"Funciones de la negociación colectiva en las reestructuraciones empresariales", Fernando Valdés Dal-Ré, Jesús Lahera Forteza, en *El éxito de la negociación en las reestructuraciones empresariales*, coord. por Miguel Cuenca Alarcón, 2005, pp. 3-28.

-"Persona del trabajador. Constitución, principio de igualdad", Fernando Valdés Dal-Ré, en *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005, pp. 1297-1327.

"Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, coord. por Jesús Lahera Forteza; Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), 2005, pp. 365-386.

-"Poder normativo del Estado y sistema español de relaciones laborales: veinticinco años después", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Transformaciones laborales en España : a XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores,* coord. por Fernando Valdés Dal-Ré, Santos Miguel Ruesga Benito, José María Zufiaur Narvaiza, 2005, pp. 87-104.

-"La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)", Fernando Valdés Dal-Ré, *La sociedad anónima europea : régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, coord. por Luis Fernández del Pozo, Gaudencio Esteban Velasco, 2004, pp. 1072-1111.

-"La indemnización por despido colectivo: el errático debate sobre la dispositividad de un derecho mínimo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González* , coord. por Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez Martínez, Efrén Borrajo Dacruz, 2003, pp. 153-194.

-"La contractualización de la protección por desempleo", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre,* Pedro Gete Castrillo, Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), 2003, pp 9-20.

-"Derecho de huelga e interés comunitario: los criterios de solución de un conflicto entre derechos fundamentales", Fernando Valdés Dal-Ré, *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente,* Francisco Rubio Llorente (hom.), Vol. 1, 2002, pp. 753-782.

-"Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral", Fernando Valdés Dal-Ré, en *El proceso laboral : estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil,* 2001, pp. 907-940.

-"La flexibilidad del mercado de trabajo. Teoría e ideología", Fernando Valdés Dal-Ré, en *El trabajo del futuro,* coord. por Juan José Castillo Alonso, 1999, pp. 119-136.

-"La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español", Fernando Valdés Dal-Ré, en *I Congreso de Castilla y león sobre Relaciones Laborales,* Laurentino Javier Dueñas Herrero (dir. congr.), 1999, pp.31-54.

-"Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual", Fernando Valdés Dal-Ré, *Las reformas laborales : análisis y aplicación práctica,* coord. por Abdón Pedrajas Moreno, 1999, pp. 145-177.

-"Las relaciones laborales especiales", Fernando Valdés Dal-Ré, en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral: estudios en homenaje al profesor doctor Efrén Borrajo Dacruz*, coord. por Juan Manuel Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco, 1999, pp. 349-386,

-Cuestiones y problemas aplicativos del acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC) Fernando Valdés Dal-Ré

-"La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre el empleo", en *X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 4 y 5 de junio de 1997*, 1998, pp. 137-164.

-"La movilidad funcional", Fernando Valdés Dal-Ré, *La modificación del contrato de trabajo*, coord. por Vicente Antonio Martínez Abascal, 1997, pp. 15-44.

-"La legislación laboral negociada entre la conversación social y el diálogo social", Fernando Valdés Dal-Ré, *La reforma pactada de las legislacion laboral y de seguridad social,* coord. por Fernando Valdés Dal-Ré, 1997, pp. 27-48.

-"Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva", en *Reforma de la legislación laboral : Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Colegio de Abogados de Málaga* (Málaga, noviembre 1994) / coord. por Ricardo Escudero Rodríguez, 1997, pp. 199-242.

-"Ingreso al trabajo y colocación", en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores : puntos críticos*, coord. por Efrén Borrajo Dacruz, 1995, pp. 9-24.

-"Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva", en *La reforma de la negociación colectiva,* coord. por Manuel Ramón Alarcón Caracuel, Salvador del Rey Guanter, 1995, pp. 119-165.

-"Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición", en *Reforma de la legislación laboral : estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García,* coord. por Luis Enrique de la Villa Gil, 1995, pp. 77-96.

-"La Ley reformadora 11/1994, Ley Orgánica y delegación legislativa", María Emilia Casas Baamonde, Fernando Valdés Dal-Ré, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, coord. por María Emilia Casas Baamonde, Fernando Valdés Dal-Ré, 1994, pp. 1-12.

-"Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva", en *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, coord. por María Emilia Casas Baamonde, Fernando Valdés Dal-Ré, 1994, pp, 257-291.

-"Los despidos por causa económica", *La reforma del mercado laboral,* Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), 1994, pp. 395-430.

"Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", en *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, coord. por Ubaldo Gómez Álvarez, 1993, pp. 511-544.

-"El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad", en *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II): XIII Jornadas de Estudio ; Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Vol. 2, 1993, pp. 951-976

-"El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad", en *Relaciones sociolaborales : (aspectos jurídicos, económicos y sociales),* José Ortega Esteban (ed. lit.), 1993, pp. 319-339.

7.3. -Libros recopilatorios sistematizados de sus trabajos de investigación:

Pluralismo social, relaciones laborales y negociación colectiva, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1996.

La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, 465 pp. Obra sistematizadora que se puede considerar como la más completa del autor en la materia que, sin duda, ha sido el centro de atención principal de su tarea investigadora.

(Valdés Dal-Ré,F.). *Homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré a través de sus Prólogos. 25 años de catedrático de Derecho del Trabajo (1977-2002),* Valladolid, Lex Nova, 2002.

7.4. Sobre Fernando Valdés

-Libro Homenaje "*Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica*", Valladolid, Lex Nova, 2014.

-Cruz Villalón, J., González-Posada Martínez y Molero Marañon, M.L. (Dirs); Lahera Forteza, J. y Murcia Clavería, A. (Coords): *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudio en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré,* Albacete, Bomarzo, 2021. Con una presentación, "Fernando Valdés Dal-Ré: Hechos y narrativa de una trayectoria vital", realizada por los directores y coordinadores; precisando en la nota 1ª que "Esta presentación ha sido redactada por Jesús Lahera Forteza, a la que nos sumamos el resto de los directores y coordinadores de la obra".

-Rodríguez-Piñero, M. y Casas Baamonde, M.E.: *"IN MEMORIAM FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ: La defensa constitucional de las relaciones laborales*, en *ELPAÍS*, Miércoles 22 de marzo de 2023, p. 43.

-Brunet, J.M.: "Fernando Valdés, magistrado del Constitucional. Formó parte de la minoría progresista de 2012 a 2020, cuando dimitió", en *ELPAÍS*, viernes 10 de marzo de 2023, p. 43.

-Lahera Forteza, J. y García Quiñones, J.C.: "FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, MAESTRO DEL DERECHO DEL TRABAJO", OBITUARIO-ELPAÍS, 09 MAR 2023 - 16:27 CET. https://elpais.com/espana/2023-03-09/fernando-valdes-dal-re-maestro-del-derecho-del-trabajo.html

-Real Decreto 1118/2012, de 20 de julio, por el que se nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Fernando Valdés Dal-Ré. https://docreader.readspeaker.com/docreader/?jsmode=1&cid=bukvg&lang=es_es&url=https%3A%2F%2Fwww.tribunalconstitucional.es%2Fes%2Ftribunal%2Fcomposicion-organizacion%2Fnombramientos%2FReal+Decreto+1118-2012+de+20+de+julio+nombramiento+Magistrado+a+don+Fernando+Vald%C3%A9s+Dal-R%C3%A9.pdf&referer=https%3A%2F%2Fwww.tribunalconstitucional.es%2F&page=1

-Real Decreto 913/2020, de 15 de octubre, por el que se declara el cese de don Fernando Valdés Dal-Ré como Magistrado del Tribunal Constitucional. https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/composicion-organizacion/nombramientos/CeseValdes-BOE-A-2020-12363.pdf

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*
Abreviatura: REVSEGSOC
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2386-7191
ISSNe: 2387-0370
Inicio de Publicación: 2014
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

Formato: Microsoft Word o Libreoffice.

Forma de envío: Por correo electrónico a la dirección revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en la propia página web de la revista http://revista.laborum.es. Es aconsejable que el autor/a o autores cursen su alta en la revista. Para ello únicamente tiene que entrar en la siguiente dirección de internet: revista.laborum.es y en el margen derecho superior se encuentran las ventanas para darse de alta (seguir las indicaciones). Solamente tiene que hacerlo una vez y a partir de ese momento ya podrá enviarnos sus colaboraciones y seguir su curso (registro, remisión a evaluadores, aceptación, fecha de su publicación, etc.).

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor/a del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar. Dicha identificación del documento se anonimizará con posterioridad al fin de que su sistema de revisión por pares sea de doble ciego.

Secciones abiertas a la publicación

- ED (Estudios Doctrinales);
- EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);
- EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);
- ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);
- REC (Recensiones)

Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: – Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno

de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/1doycda

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.

Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).

Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

Extensión del trabajo

La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).

Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).

Recensiones: máximo 3 páginas.

FORMATO DEL DOCUMENTO

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado: 1,25 cm
Inferior.	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Referencias bibliográficas

Los apellidos de los autores/as citados/as han de ir solo en mayúscula la primera letra y versales. Los nombres solo se identifican con las iniciales en mayúscula.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España*. José Maluquer y Salvador, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Sánchez Rodas, C. y Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, Ojeda Avilés, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Sempere Navarro, A.V. y Fernández orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

Recepción de artículos. Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

Remisión de originales al Consejo de Redacción. La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid.* https://revista.laborum.es/equipoeditorial o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sistema de revisión por pares. El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en

consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid.* https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

Proceso editorial. Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

Plazos de publicación. El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.

Ejemplar para el autor: La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

Criterios de política editorial. Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

a) Originalidad.
b) Actualidad y novedad.
c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
d) Significación para el avance del conocimiento científico.
e) Calidad metodológica contrastada.
f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

Responsabilidades éticas. La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

Los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia de "todos los derechos reservados" hasta que transcurra un año desde su publicación (período de embargo), momento a partir del cual se publican los trabajos bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

*Las secciones que no están sujetas a período de embargo se publican directamente bajo una licencia CC BY-NC-ND 4.0.

Recuérdese que las secciones Editorial; Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; Crónica de Doctrina Administrativa de Seguridad Social y Clásicos de la Seguridad Social, se ofrecen en abierto. Las secciones Estudios Doctrinales; Estudios de Doctrina Judicial; Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; y Economía y Sociología, se ofrecen también en abierto transcurridos doce meses desde la publicación de cada número.

Por medio de la firma de la Carta de originalidad y de cesión de derechos de autor se ceden en exclusiva, durante un año a partir de la fecha de publicación, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (distribución, comunicación pública, reproducción y transformación) a Ediciones Laborum, S.L. No obstante, sí que se les permite a los autores/as publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico), siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada y, en todo caso, cuando haya transcurrido el período de embargo inicial de 12 meses.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

«Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum» se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: Commitée on Publication Ethics: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.
- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.
- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.
- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.
- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.
- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la

coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

- Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.
- Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.
- Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.
- Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.
- Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.
- Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum (ISSN: 2386-7191)
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
http://laborum.es/revsegsoc/

EJSS European Journal of Social Security (ISSN: 1388-2627)
Editorial Intersentia, Países Bajos. Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
http://www.ejss.eu/

JSSL Journal of Social Security Law (ISSN: 1354-7747)
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social (ISSN: 2445-3269)
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
http://institucional.us.es/revistapsocial/

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN: 1720-562X)
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X

REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:
Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Universidad de la República/Montevideo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACION BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

















Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

- *Editorial*
- *Estudios Doctrinales*
- *Estudios de Doctrina Judicial*
- *Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social*
- *Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*
- *Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social*
- *Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*
- *Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social*
- *Clásicos de la Seguridad Social*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Ediciones Laborum

ISSN 23870370 35

9 772387 037009