Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

3er Trimestre 2015 nº 4

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial
- La asistencia sanitaria y su reforma legislativa
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales
- La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos tras las reformas de 2014-2015
  Fernando Ballester Laguna
- La gestión de la asistencia sanitaria en una encrucijada
  Braulio Girela Molina
- Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social
  Juan Ramón Rivera Sánchez
- Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014 de 18 de julio
  Miguel Gutiérrez Pérez
- La coordinación sociosanitaria en la atención a las personas en situación de dependencia: visión desde la asistencia sanitaria y los servicios sociales
  Manuela Durán Bernardino

Estudios de Doctrina Judicial
- ¿El imparable declive de la revalorización/actualización de las pensiones? Notas al hilo de la STC (pleno) 49/2015, de 5 de marzo de 2015
  José Ignacio García Ninet y Jesús Barceló Fernández
- Pensión de viudedad y situación asimilada al alta: Baja no seguida de inscripción como demandante de empleo ante la perspectiva inminente y cierta de un nuevo empleo (STS 20 enero 2015)
  José Luján Alcaraz
- Los límites del real decreto ley desde la perspectiva de la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgencia necesidad y requistos exigidos a los beneficiarios de la prestación por desempleo. (Comentario a la sentencia del tribunal constitucional 27/2015, de 19 de febrero)
  María José Romero Rodenas
- Gran invalidez y adquisición de habilidades adaptativas. Hacia una interpretación humanista y flexible de los requisitos normativos
  Mª Teresa Díaz Aznarte
- Compatibilización entre situación asimilada al alta, derivada de la vigencia de excedencia por cuidado de hijo o familiar, y realización de actividad productiva (STS, Sala IV, 708/2015, de 10 de febrero)
  Olimpia Molina Hermosilla

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas
- La regulación de la protección por desempleo en Europa y en los Estados Unidos. Un estudio de Derecho comparado
  Iván Vizcaíno Ramos

Crónica legislativa de Seguridad Social y materias conexas
María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas
Belén Del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Reformas Paramétricas del Sistema Público de Pensiones Español (I): Efectos sobre la Contributividad y la Equidad de la ley 27/2011
  Carlos Ochando Claramunt y Concha Salvador Cifre

Clásicos de la Seguridad Social
- William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3er Trimestre 2015 Nº 4

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

Depósito Legal: MU-1085-2014
ISSN: 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:

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

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

PRESIDENTE:
Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

CONSEJO ASESOR:

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

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Alejandro Garilli
Jaime Cabeza Pereiro
Carlos Alfonso Mellado
Juan Gorelli Hernández
Aranzatzu Vicente Palacio
Borja Suárez Corujo

EDITOR:
Francisco Ortiz Castillo

A la Memoria de Manuel Ramón Alarcón Caracuel, por su importante contribución al conocimiento de la Seguridad Social en España

Índice

EDITORIAL **9**

LA ASISTENCIA SANITARIA Y SU REFORMA LEGISLATIVA 11
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES **25**

LA EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR INCOMPARECENCIA INJUSTIFICADA A LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS TRAS LAS REFORMAS DE 2014-2015 27
FERNANDO BALLESTER LAGUNA

1. INTRODUCCIÓN 27
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO. SU CONSIDERACION COMO UN ACTO DE GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL 29
3. COMPETENCIA PARA EXTINGUIR EL SUBSIDIO. EL INDUDABLE PROTAGONISMO DE LAS MUTUAS 32
4. EL ACTO DE CITACIÓN 34
5. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA INCOMPARECENCIA 36
6. SUSPENSIÓN CAUTELAR, REPOSICIÓN DEL DERECHO Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS 42
7. UN NUEVO SUPUESTO EXTINTIVO: LA INCOMPARECENCIA A LOS RECONOCIMIENTOS INSTADOS POR LA INSPECCIÓN MÉDICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD EN EL MARCO DE LAS PROPUESTAS MOTIVADAS DE ALTA FORMULADAS POR LAS MUTUAS 46
8. CONCLUSIONES 48

LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN UNA ENCRUCIJADA 51
BRAULIO GIRELA MOLINA

1. INTRODUCCIÓN 51
2. GESTIÓN DIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA 54
3. GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA 65
4. EL CONSORCIO 68
5. ¿ES LA GESTIÓN CLÍNICA, LA SALIDA DE LA ENCRUCIJADA? 69
6. CONCLUSIONES 74

LOS SUPLEMENTOS DE LAS PENSIONES INFERIORES A LA MÍNIMA EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 75
JUAN RAMÓN RIVERA SÁNCHEZ

1. INTRODUCCIÓN 75

2. RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 EN LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS COMPLEMENTOS A MÍNIMOS 78
3. EL MARCO NORMATIVO DE LOS COMPLEMENTOS PARA PENSIONES INFERIORES A LA MÍNIMA 83
4. LA DINÁMICA DE LOS COMPLEMENTOS A MÍNIMOS DE LAS PENSIONES 85
5. SITUACIONES PARTICULARES DE LA PENSIÓN Y DE LOS COMPLEMENTOS A MÍNIMOS 95

PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA PRESTACIÓN DE IT EN MATERIA DE GESTIÓN Y CONTROL: RD 625/2014 DE 18 DE JULIO 101
MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

1. CONSIDERACIONES GENERALES 101
2. EL NUEVO PANORAMA EN EL CONTROL DE LOS PROCESOS DE IT CON DURACIÓN INFERIOR A 365 DÍAS 103
3. PROPUESTAS DE ALTA MÉDICA FORMULADAS POR LAS MUTUAS EN LOS PROCESOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS COMUNES 110
4. PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE DE LA IT 113
5. LA REVISIÓN DE LAS DECLARACIONES DE ALTAS MÉDICAS DICTADAS POR LA MUTUA EN LA IT DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES .. 115
6. ACTIVIDADES DE SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LAS SITUACIONES DE IT Y DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA 117
7. CONCLUSIONES 120
8. BIBLIOGRAFÍA 121

LA COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA EN LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: VISIÓN DESDE LA ASISTENCIA SANITARIA Y LOS SERVICIOS SOCIALES 123
MANUELA DURÁN BERNARDINO

1. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD 124
2. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN EL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES 129
3. LA NECESARIA COORDINACIÓN SOCIOSANITARIO. UN RETO POR ALCANZAR 134
4. REFLEXIÓN FINAL: BUENAS PRÁCTICAS Y AMENAZAS DETECTADAS 142

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 145

¿EL IMPARABLE DECLIVE DE LA REVALORIZACIÓN/ACTUALIZACIÓN DE LAS PENSIONES? NOTAS AL HILO DE LA STC (PLENO) 49/2015, DE 5 DE MARZO DE 2015 147
JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

1. PRECEPTOS IMPLICADOS DE 1994 A 2013 147
2. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR DIPUTADOS DE DIVERSOS GRUPOS DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS ¿CUÁLES FUERON LAS FUNDADAS RAZONES DE 146 DIPUTADOS PARA IR CONTRA EL R. D. LEY 28/2012, DE 30 DE NOVIEMBRE? 149
3. LA OPOSICION AL RECURSO DEL ABOGADO DEL ESTADO 155
4. ¿COMO JUSTIFICA ESTA CONTROVERTIDA REFORMA EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? 157

5. EL VOTO PARTICULAR 162
6. CONCLUSIÓN GENERAL 170

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA: BAJA NO SEGUIDA DE INSCRIPCIÓN COMO DEMANDANTE DE EMPLEO ANTE LA PERSPECTIVA INMINENTE Y CIERTA DE UN NUEVO EMPLEO (STS 20 ENERO 2015) 171

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

1. INTRODUCCIÓN 171
2. LOS HECHOS 172
3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD 173
4. LA RELATIVIZACIÓN DEL REQUISITO DE ALTA 176
5. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN COMO DEMANDANTE DE EMPLEO ANTE LA PERSPECTIVA INMINENTE Y CIERTA DE UN NUEVO EMPLEO COMO SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA 178

LOS LÍMITES DEL REAL DECRETO LEY DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONCURRENCIA DEL PRESUPUESTO HABILITANTE DE LA EXTRAORDINARIA Y URGENCIA NECESIDAD Y REQUISTOS EXIGIDOS A LOS BENEFICIARIOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 27/2015, DE 19 DE FEBRERO) 183

MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS

1. INTRODUCCIÓN 183
2. PRESUPUESTOS JURÍDICOS A DEBATE 185
3. PRECEPTOS CUESTIONADOS Y DECLARADOS NULOS: ARTICULO 7 Y 8.CINCO DEL REAL DECRETO-LEY 11/2013, DE 2 DE AGOSTO 187
4. ROCAMBOLESCA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y JUEGO COMPETENCIAL 188
5. CONCLUSIONES 189

GRAN INVALIDEZ Y ADQUISICIÓN DE HABILIDADES ADAPTATIVAS. HACIA UNA INTERPRETACIÓN HUMANISTA Y FLEXIBLE DE LOS REQUISITOS NORMATIVOS. 191

Mª TERESA DÍAZ AZNARTE

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS 191
2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 4ª DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2015 192
3. CONCLUSIONES 196

COMPATIBILIZACIÓN ENTRE SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA, DERIVADA DE LA VIGENCIA DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO O FAMILIAR, Y REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD PRODUCTIVA (STS, SALA IV, 708/2015, DE 10 DE FEBRERO) 199

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

1. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO .. 199
2. CUANDO LO DETERMINANTE ES EL CUIDADO EFECTIVO –QUE NO EXCLUSIVO– DEL MENOR. LA PUESTA EN VALOR DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL 202
3. CONCLUSIONES 204

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 205

LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ..207

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

1. PLANTEAMIENTO 207
2. EN ORDENAMIENTOS EUROPEOS CON LEGISLACIÓN CODIFICADA DE SEGURIDAD SOCIAL 208
3. EN ORDENAMIENTOS EUROPEOS CON LEGISLACIÓN NO CODIFICADA DE SEGURIDAD SOCIAL 211
4. EN EL ORDENAMIENTO DE LOS ESTADOS UNIDOS 213
5. EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 214
6. COLOFÓN 215
7. BIBLIOGRAFÍA CITADA 216

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 219

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD.- REAL DECRETO 184/2015, DE 13 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL CATÁLOGO HOMOGÉNEO DE EQUIVALENCIAS DE LAS CATEGORÍAS PROFESIONALES DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y EL PROCEDIMIENTO DE SU ACTUALIZACIÓN. BOE 7 ABRIL 2015 221
2. PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.- REAL DECRETO 291/2015, DE 17 DE ABRIL, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1051/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULAN LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA, ESTABLECIDAS EN LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. BOE 1 MAYO 2015 222
3. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA: PROFESIONALES SANITARIOS.- LEY 11/2015, DE 8 DE ABRIL, DE AUTORIDAD DE PROFESIONALES DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO Y CENTROS SOCIOSANITARIOS DE EXTREMADURA. BOE 6 MAYO 2015 223
4. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA: SERVICIOS SOCIALES.- LEY 14/2015, DE 9 DE ABRIL, DE SERVICIOS SOCIALES DE EXTREMADURA. BOE 6 MAYO 2015 225
5. SEGURIDAD SOCIAL.- RESOLUCIÓN DE 4 DE MAYO DE 2015, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECE EL PLAN GENERAL DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, A APLICAR POR LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PLANIFICACIÓN DE SUS ACTIVIDADES PARA EL AÑO 2015. BOE 14 MAYO 2015 226
6. ACUERDOS INTERNACIONALES.- ACUERDO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL, HECHO EN LISBOA EL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009. FIRMA POR PARTE DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA. BOE 23 DE MAYO DE 2015 227
7. COTIZACIÓN.- CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA ORDEN ESS/86/2015, 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, CONTENIDAS EN LA LEY 36/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2015. BOE 1 DE ABRIL DE 2015 227

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 229

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 231

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO) 231
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 235
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 235
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES) 235
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN 235
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: 236
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES 249
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA 250
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) 250

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 251

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 251
2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 251
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) 252

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 253

REFORMAS PARAMÉTRICAS DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES ESPAÑOL (I): EFECTOS SOBRE LA CONTRIBUTIVIDAD Y LA EQUIDAD DE LA LEY 27/2011 255

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT
CONCHA SALVADOR CIFRE

1. INTRODUCCIÓN 255
2. LA GÉNESIS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS 257
3. MEDIDA 1. MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE CÁLCULO DEL PORCENTAJE DE PENSIÓN (LEY 27/2011) 261
4. MEDIDA 2. AMPLIACIÓN DEL PERÍODO DE CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA (LEY 27/2011) 265
5. CONCLUSIÓN PRELIMINAR 273
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA EN LA PARTE I 274

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 277

WILLIAM HENRY BEVERIDGE (1879-1963): LA CONSTRUCCIÓN DE LOS MODERNOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL 279

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL 279
2. EL LEGADO DE BEVERIDGE (I). EL INFORME SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SERVICIOS AFINES 280
3. EL LEGADO DE BEVERIDGE (II). EL INFORME SOBRE EL PLENO EL EMPLEO Y LA SEGURIDAD SOCIAL 291
4. BIBLIOGRAFÍA 300

Editorial

Laborum

La asistencia sanitaria y su reforma legislativa

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

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Extracto de la Resolución de Naciones Unidas 67/81, de 12 diciembre de 2012 aprobada en Asamblea General, 53ª sesión plenaria, Salud mundial y política exterior[1]:

> *"…15. Insta a los gobiernos, las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones internacionales a que promuevan la inclusión de la cobertura sanitaria universal como elemento importante de la agenda internacional de desarrollo y el cumplimiento de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente, incluidos los Objetivos de Desarrollo del Milenio, de modo que se fomente un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo, la cohesión social y el bienestar de la población, y se alcancen otros hitos en la esfera del desarrollo social, especialmente en materia de educación, ingresos laborales y seguridad financiera de los hogares;*
>
> *16. Exhorta a los Estados Miembros a que velen por que los sistemas de financiación de la salud evolucionen de forma que permitan evitar pagos directos significativos en el momento de la prestación e incluyan un método para el prepago de las contribuciones financieras para la atención y los servicios de salud, así como un mecanismo para distribuir los riesgos entre el conjunto de la población a fin de evitar gastos médicos desorbitados y el empobrecimiento de quienes solicitan la asistencia que precisan"*

Es innegable que la protección de la salud, y, en particular, de la asistencia sanitaria, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo. Es un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona (el clásico derecho a una existencia digna de la persona, que defendieran Anton Menger y después William Beveridge y, entre nosotros, José Maluquer y Salvador). De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea, sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una proyección universalista. Esta formulación

[1] El documento se puede consultar en www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/81SOLUCIÓN ONU, publicado en 14 de marzo y 15 de julio de 2013.

universalista es coherente con la elevación del reconocimiento de la "persona" en los textos de valor y rango fundamental (Cfr. Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y artículo 12 de Pacto Internacional, que refiere al "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental").

Como se puede apreciar en el mismo PIDESC y en las Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (En adelante, CDESC) tanto respecto al derecho a la salud {*Fuente:* Nº 1 a Nº 19: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I); Nº 20: E/C.12/GC/20; Nº 21: E/C.12/GC/21} (Observación General, nº. 14), como la más general sobre el derecho a la Seguridad Social (Observación General, nº. 19), el derecho a la salud pertenece tanto histórica como actualmente en la tradición de los derechos humanos del constitucionalismo democrático-social al más amplio y comprensivo derecho a la Seguridad Social. Sucede, no obstante, que su extraordinaria importancia (como ha ocurrido también con otros derechos humanos fundamentales) ha determinado la conveniencia político jurídica de su *especificación y diferenciación* precisamente para garantizar una garantía más efectiva y adecuada, pero sin perder de vista los nexos inescindibles que presenta con el derecho matriz a la Seguridad Social que lo enmarca a todos los efectos.

En la Observación nº. 19 el CDESC se indica que el sistema de Seguridad Social debe abarcar entre las nueve ramas principales de la Seguridad Social el derecho a la salud. Así, respeto a la atención de salud los Estados tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud. En los casos en que el sistema de salud prevé planes privados o mixtos, estos planes deben ser asequibles de conformidad con los elementos esenciales enunciados en la presente observación general. El CDESC destaca la especial importancia del derecho a la Seguridad Social en el contexto de las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo, y la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas. b) Enfermedad. Deben proporcionarse prestaciones en efectivo durante los períodos de pérdidas de ingresos a las personas imposibilitadas de trabajar por razones de salud. Los períodos prolongados de enfermedad deben dar derecho a percibir prestaciones de invalidez o incapacidad.

Por su parte, el artículo 12 del PIDESC, garantiza el derecho social a la salud, dotándolo de un contenido sustancial en los siguientes términos: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

Así pues, la orientación universalista subjetiva es una de las ideas-fuerza que preside a las normas internacionales que garantizan el derecho a la protección de la salud, la cual, por lo demás, ha ido paralela hacia la tendencia expansiva del cuadro de prestaciones dispensadas por el Sistema Público. En esta dirección, la cobertura sanitaria universal tiene

como objetivo asegurar que todas las personas reciban la atención sanitaria que precisen, sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos. Para que un país alcance tal meta debe cumplir varios condicionantes o requisitos[2]:

1) Existencia de un sistema de salud sólido, eficiente y en buen funcionamiento, que satisfaga las necesidades de salud prioritarias en el marco de una atención centrada en las personas para lo cual debe ser capaz de: a) proporcionar a las personas información y estímulos para que se mantengan sanas y prevengan enfermedades; b) saber detectar enfermedades tempranamente; c) disponer de medios para tratar las enfermedades; y d) ayudar a los pacientes mediante servicios de rehabilitación.

2) Ser asequible. Tiene que tener un sistema de financiación de los servicios de salud tal que las personas no tengan que renunciar a ellos por razones económicas.

3) Posibilitar el acceso a medicamentos y tecnologías esenciales para el diagnóstico y tratamiento de problemas médicos.

4) Que tenga una dotación suficiente de personal sanitario bien capacitado y motivado para prestar los servicios que satisfagan las necesidades de los pacientes, sobre la base de las mejores pruebas científicas disponibles.

Por otro lado no debe olvidarse que:

- La cobertura sanitaria universal implica la necesidad de reconocer la función crucial que desempeñan todos los sectores para asegurar la salud de las personas, en particular los de transporte, educación y planificación urbana.

- El acceso a los servicios sanitarios permite a las personas ser más productivas y contribuir más activamente al bienestar de sus familias y comunidades. Además, asegura que los niños puedan asistir a la escuela y aprender. Al mismo tiempo, la protección contra riesgos financieros impide que las personas se empobrezcan al tener que pagar de su propio bolsillo los servicios de salud.

Nuestro sistema sanitario ha venido siendo considerado como uno de los mejores sistemas sanitarios del mundo. Así lo decía ya la Organización Mundial de la Salud en su primer informe del año 2000[3] . Dicho estudio comparaba los sistemas sanitarios de los 191 países miembros de la organización a través de cinco indicadores:

a) Nivel de salud global de la población. Dicho nivel viene determinado por el denominado índice de esperanza de vida sana que viene a reflejar los países donde se vive más tiempo disfrutando de buena salud.

b) Distribución de la salud entre los habitantes, que mide las diferencias de salud entre ricos y pobres.

[2] Ver www.who.int/universal_health_coverage/es/

[3] World Health Repor 2000, Health Systems: Improving Perfomance. El informe se puede consultar www.who.int/whr/2000.

c) Capacidad de respuesta del sistema sanitario. El indicador incluye el respeto a la dignidad del paciente (derecho a la confidencialidad, autonomía de la persona y sus familiares para decidir acerca de su salud, etc.); la orientación al paciente (celeridad de la atención médica, acceso a redes de apoyo social durante los tratamientos, calidad de las instalaciones y posibilidad de elegir el proveedor), y la disponibilidad de recursos. Este quizás sea el indicador más difícil de medir.

d) El reparto de esa respuesta según el nivel económico de las personas.

e) Distribución del coste sanitario entre los ciudadanos.

Es obvio que podría haberse utilizado otros índices pero estos resultan sumamente esclarecedores de los sistemas sanitarios de los países. El informe destaca que Francia, Italia, España, Omán, Austria y Japón proporcionan la mejor atención sanitaria de los países de la OMS.

Más cercano en el tiempo el informe "*España: Análisis del Sistema Sanitario 2010*" recoge también una buena opinión sobre el Sistema Nacional de Salud reconociendo que[4]:

> *"Atendiendo a criterios de medición internacionales, el SNS ocupa, en general, una posición bastante elevada, ya que obtiene de forma sostenida buenos resultados en distintos ámbitos evaluados, tales como:*
>
> *-Parámetros relativos al estado de salud de la población*
>
> *-Parámetros de equidad en la cobertura, el acceso y la financiación*
>
> *-Resultados de salud atribuibles a la acción del sistema sanitario, calidad y seguridad de la atención sanitaria*
>
> *-La satisfacción de los usuarios y la legitimidad del sistema según la opinión de la población (con la excepción de la información dirigida a los pacientes y la gestión de las listas de espera).*
>
> *Estos logros se han alcanzado con un nivel relativamente bajo de gasto (en la actualidad, el 8,5% del PIB español, un porcentaje inferior al promedio europeo). La conclusión que puede extraerse de estos datos es que, en términos generales, los ciudadanos españoles disfrutan de un sistema sanitario con una buena relación coste-calidad."*

Y finalmente, si consultamos el denominado Barómetro Sanitario 2013[5], que pretende conocer la opinión de los ciudadanos acerca de: a) la percepción y valoración de los servicios sanitarios públicos; b) determinadas políticas sanitarias; c) las estrategias informativas de las autoridades de salud; y d) su conocimiento de los problemas de salud y de las actuaciones específicas del Sistema Nacional de Salud, podemos apreciar que arroja los siguientes resultados:

[4] Elaborado por el Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Salud. El documento se puede consultar en: http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/observatorioEuropeo/InformeHiT2010_ESP.pd

[5] Elaborado por el Centro de Investigaciones Sociológicas y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Una versión del mismo puede consultarse en: www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/docs/BS_2013/BS_2013Presentacion.pdf

- Respecto a la valoración del sistema sanitario: Un 66% es positiva; un 26,55% piensa que necesita cambios fundamentales y un 6,05% declara que habría que rehacerlo.

- Satisfacción con el funcionamiento del sistema sanitario público: en una valoración de 1 (muy insatisfecho) a 10 (muy satisfecho) obtiene un 6,41%.

- A la pregunta de si para consulta de atención primaria, si pudiera elegir, acudiría a un centro público o privado: el 68,2% iría a uno público y el 26,5% a uno privado.

- A la pregunta de si para una consulta de atención especializada acudiría, si pudiera elegir, entre un centro público o privado: un 52,9% elige un centro público y un 38,5% uno privado.

- A la pregunta de si pudiera elegir entre ingreso en un hospital público o privado: un 63,5% prefiere uno público y un 30% uno privado.

- A la pregunta de si pudiera elegir para la atención de urgencias, entre un centro público o uno privado: un 62,9% elige uno público y un 30,6% uno privado.

- Satisfacción y rapidez con que fueron atendidos quienes acudieron a un centro sanitario por alguna urgencia: en cuanto a la atención un 79,5% muy bien, frente a un 19,7% que opina que le atendieron regular o mal; y en cuanto a la rapidez un 66,7% piensa que fue rápida la atención frente un 32.3% que piensa lo contrario.

- Al grado de satisfacción por la asistencia sanitaria recibida: a) atención primaria un 87,1% la califica como muy buena o buena y un 12,8% como regular o mala; b) atención especializada un 84% la califica como muy buena o buena y un 15,1 como regular o mala; y c) atención hospitalaria un 87,6% la percibe como muy buena o buena y un 10,2% como regular o mala.

Como vemos de lo reseñado, la valoración positiva que merece nuestro sistema sanitario parece que está relacionado con los principios de universalidad, gratuidad y equidad.

Respecto a la universalidad, el sistema sanitario español, al menos hasta 2012, ofrecía una cobertura del 98,97% a ciudadanos y residentes en España[6]. En cuanto a la gratuidad toda la población, hasta 2012, podía acceder a ella sin restricciones económicas y al momento de su asistencia, el ciudadano no tenía que abonar ningún coste. Y en lo remanente a su equidad el acceso a ella es similar y de igual calidad para todos aquellos que tenían derecho a ella.

Dicho lo anterior, 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, introdujo en el Sistema Nacional de Salud una reforma muy importante que buscaba como objetivos declarados, entre otros:

[6] MSSSI. Indicadores Claves del Sistema Nacional de Salud: ICLASNS-Base de datos. 2014.

- Evitar el uso indebido de la sanidad pública que llegue a poner en riesgo la sostenibilidad económica del Sistema Nacional de Salud. Lo que lleva a introducir o regular la figura del denominado asegurado y beneficiario.

- Una reordenación de la cartera común de servicios sanitarios.

- La búsqueda de una cohesión y garantía financiera del Sistema Nacional de Salud mediante la creación de un Fondo de Garantía Asistencial.

- La austeridad y racionalización del gasto público en la oferta de medicamentos y productos sanitarios, reordenando la prescripción de medicamentos, su inclusión en la prestación farmacéutica, su financiación pública y la aportación del beneficiario.

Hace unos días, concretamente 31 de marzo de 2015, el Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, anunciaba que "Los inmigrantes que se encuentran en España en situación irregular volverán a tener derecho a la atención primara en el Sistema Nacional de Salud (SNS), pero no recuperarán la tarjeta que les fue retirada con la aprobación de la reforma sanitaria en 2012 …, El ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Alfonso Alonso, defiende esta decisión, que supone una rectificación política del Gobierno, por "cuestiones de salud pública", porque es "más práctico" y para "no saturar las urgencias"[7].

¿Qué ha ocurrido para este retroceso en la política del Derecho social?

El primer objetivo anunciado por el legislador, como justificador de la reforma urgente de 2012, era subsanar el grave defecto que presentaba la Ley 16/2003, de 28 mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), en relación con el acceso al sistema. Se pretendía afrontar el acceso indebido al Sistema Nacional de Salud de extranjeros en situación irregular a los que les bastaba con estar empadronados para poder acceder al sistema. Y por otro lado atajar el denominado "turismo sanitario" de ciudadanos comunitarios que exportaban el derecho a recibir la asistencia sanitaria de forma incorrecta ya que lejos de pretender una asistencia coyuntural y necesaria, no demorable hasta su llegada al país de origen, era una asistencia sanitaria planificada y programada con el fin de obtener unas prestaciones que en su país no estaban financiadas por su sistema sanitario. Y similares razonamientos se empleaban para otros ciudadanos no comunitarios cuya estancia en España venía motivada por el acceso a la atención sanitaria española.

La modificación de la LCCSNS en lo concerniente al acceso al SNS llama poderosamente la atención en primer lugar, por lo que podría denominarse cuestión terminológica. El acceso ahora será para quien pueda obtener la condición de asegurado o beneficiario. Adviértase que desde la Ley General de Sanidad de 1986 el rumbo iniciado por ella era hacía lo universal[8], reafirmado también por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo art. 2 letra b) proclamaba como principio general "*El aseguramiento universal y público por parte del Estado"* y cuyo art. 3 reconocía como titulares del derecho a la

[7] Agencia EFE/El País, 31 de marzo de 2015.

[8] *"Son titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio español",* art. 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

protección a la salud y a la atención sanitaria: a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000; b) Los nacionales de los Estados miembros de la UE que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación; y c) los nacionales de Estados no pertenecientes a la UE que tienen los derechos que les reconozcan las Leyes, los tratados y convenios suscritos. En definitiva parece que íbamos camino de un sistema universal, no vinculado al ejercicio de una profesión y por tanto al margen del Sistema Administrativo-Institucional de Seguridad Social (sin cuestionar su configuración jurídico-conceptual como Seguridad Social ex artículos 43 en relación con el artículo 41 de nuestra Carta Magna).

Sin embargo, la reforma de 2012 no sólo parece que vuelve "a la mano" del Sistema Administrativo-Institucional de la Seguridad Social[9] a tenor de la nueva redacción del artículo 3 de la LCCSNS:

> *«Artículo 3. De la condición de asegurado.*
>
> *1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.*
>
> *2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:*
>
> *a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.*
>
> *b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.*
>
> *c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.*
>
> *d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.*
>
> *3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.*
>
> *4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.*
>
> *…"*

[9] Realmente nunca ha dejado de ser una prestación del sistema de Seguridad Social, véase en este sentido el art. 38.1 LGSS.

La reforma de 2012 establece una diversificación subjetiva al diferenciar entre la condición de asegurado y la de beneficiario de la persona asegurada; apartándose así de la idea de universalidad y de la persona como sujeto titular del derecho social a la salud. Y con ello va más allá, al menos en el plano ideológico y de la política del Derecho social, al rescatar una terminología propia de los seguros privados, la de asegurado y beneficiario. O también de la ya superada de los Seguros Sociales (precisamente a través de los modernos sistemas de Seguridad Social generalizados en los países más desarrollados a partir de la segunda postguerra mundial). En este sentido recuérdese la recogida en la Ley del Seguro de Enfermedad de 14 de noviembre de 1942, de asegurado "*todo productor comprendido en el campo de aplicación de la Ley y debidamente inscrito en el Seguro*" y beneficiario "*el asegurado y los familiares que tengan derecho a la asistencia sanitaria*"[10].

Pero quizás la intencionalidad subyacente en la reforma es lo que debería de preocuparnos más ya que el alejamiento de un sistema sanitario universal (esto es, de lo que antes se pretendía como régimen universalista de protección social pública) es patente.

Explícitamente, la nueva ordenación legal es harto restrictiva respecto a la condición de sujetos protegidos de varias personas: ascendientes; descendientes con veintiséis o más años de edad en virtud del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), un límite de edad que resulta especialmente criticable ante las dificultades de inserción de los jóvenes en el mercado laboral; las personas extranjeras mayores de edad en situación administrativa irregular en los términos del artículo 3 ter de la LCCSNS, etcétera. Todo lo cual supone una involución respecto a lo que ya se había andado en nuestro ordenamiento jurídico en la tendencia universalista de la protección de la salud, y asimismo la penetración en el sistema sanitario de una lógica de racionalidad económica (que asume la teoría de los "costes de transacción", en la línea del método de "análisis económico del Derecho" y su proyección en los derechos sociales de prestación, como es el caso típico de la asistencia sanitaria), que relega a un segundo plano la racionalidad social finalista, a saber: la tutela prioritaria de la persona en situación objetiva de necesidad de atención sanitaria. En esta materia parece que el legislador actual ha llevado a cabo un retroceso importante y merecedor de crítica, pues estamos ante un derecho social de prestación tras el cual se hayan los bienes jurídicos más elementales: la vida y la salud de las personas.

Por otro lado y aunque no se diga expresamente se está reconociendo –de modo subyacente– la falta de eficacia en el control del denominado "turismo sanitario" y el acceso de extranjeros en situación irregular en España. Cuando se habla de "turismo sanitario" se hace alusión a la situación que desde hace décadas, se vive en España, que no era otra que la de nacionales de países de la unión europea con elevado poder adquisitivo, portadores de la Tarjeta Sanitaria Europea (documento expedido por las Comunidades Autónomas que otorga el derecho a recibir asistencia sanitaria en España), y otros ciudadanos extracomunitarios que han hecho uso indebido de nuestro sistema nacional de salud. Estas personas que no ostentaban la condición de españoles exportaban el derecho a recibir asistencia sanitaria, pero de forma indebida, puesto que venían a España con el propósito de recibir asistencia sanitaria gratuita, es

[10] Disposición preliminar del Decreto de 11 de noviembre de 1943, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Seguro de Enfermedad.

decir, de forma planificada y programada, obteniendo unas prestaciones sanitarias que en sus países de origen no estaban financiadas por sus sistemas sanitarios. A esto parece querer referirse la exposición de motivos del RD-ley 16/2012, cuando dice "*... El Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto que el Sistema Nacional de Salud está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios. ...".* Sin embargo, lo que olvida o no dice nítidamente es que el problema no está solamente en ese acceso indebido a la asistencia sanitaria de nuestro sistema público de salud, sino que estas prestaciones recibidas en la red de centros sanitarios públicos de España, no eran facturadas a sus países de origen, por errores u omisiones imputables en la mayoría de los casos a la administración sanitaria de nuestro país. El Informe fiscalizador de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social, publicado por Resolución de 18 de diciembre de 2012, de la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas[11] es en tal sentido demoledor. Centrándonos en algunas de las denuncias, reparos, etcétera, que formula este Tribunal, podemos ver lo siguiente:

- España estaba prestando asistencia sanitaria a personas protegidas por la Seguridad Social de Portugal y de Francia que se trasladan a España sólo con la finalidad *específica y planificada* de poder acceder a los centros, servicios y establecimientos sanitarios españoles sin tener derecho a recibir gratuitamente esta asistencia sanitaria, por no trabajar en España. Estas personas acreditan ser titulares de una Tarjeta Sanitaria Europea (documento expedido por su país de origen –Portugal o Francia– que otorga el derecho a recibir asistencia sanitaria en España en estancia temporal), sin embargo, esta situación desnaturaliza el objetivo que se persigue con el uso de la Tarjeta Sanitaria Europea, que debe tener sólo una utilización coyuntural y no un uso sistemático. Esta situación se ponía de manifiesto, entre otros motivos, por el hecho de que los índices de facturación de España a Francia y a Portugal (en función del número medio de facturas emitidas por España en relación a los turistas recibidos) eran bastante superiores a la media del resto de Estados de la Unión Europea, concentrándose mayoritariamente en las provincias españolas limítrofes con estos dos Estados. En particular, el 70,7% de las facturas emitidas por asistencias sanitarias prestadas en Badajoz a asegurados procedentes de Portugal (1.056 facturas, por importe de 616.967,88 euros), correspondían al Hospital Materno-Infantil de Badajoz, lo que permite concluir a este Tribunal de Cuentas que, en estos casos, el desplazamiento a España de mujeres embarazadas procedentes de Portugal es un desplazamiento deliberado que podría haber tenido como fin el procurar ser atendidas en hospitales españoles en el momento del parto, por lo que parece razonable considerar que estas personas no recibieron asistencia sanitaria materno-infantil por encontrarse en estancia temporal en España y necesitar eventualmente dicha asistencia, sino como acto deliberado por la proximidad geográfica de su residencia. Y ello supone un coste para nuestro Sistema Nacional de Salud, que España no tiene porqué soportar.

[11] BOE 25 de marzo de 2013.

- El Tribunal de cuentas verifica que España no cuenta con una base de datos, centralizada, de beneficiarios vinculados a los titulares con derecho a la asistencia sanitaria a cargo de la Seguridad Social española (tanto españoles como extranjeros), por lo que existe el riesgo de que trabajadores o pensionistas extranjeros protegidos por la Seguridad Social española incluyan, indebidamente, en la Tarjeta Sanitaria Individual (documento expedido por las Comunidades Autónomas que otorga el derecho a recibir asistencia sanitaria en España) como beneficiarios a su cargo a personas que están aseguradas en sus Estados de origen. Y además que ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social ni los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas efectúan controles sobre este colectivo. Como esta indebida inclusión de beneficiarios en la Tarjeta Sanitaria Individual de personas vinculadas al titular de cada Tarjeta, entraña un coste para nuestro Sistema Nacional de Salud, que España no tiene porqué soportar.

- El Tribunal de Cuentas comprobó que, a 15 de junio de 2010, estaban inscritos en la Tesorería General de la Seguridad Social 453.349 personas de nacionalidad extranjera (correspondientes a alguno de los 29 Estados del Espacio Económico Europeo, a Suiza, o a alguno de los siete Estados con los que España tenía suscritos Convenios Bilaterales) que tenían la condición de "personas sin recursos económicos suficientes, por lo que, en consecuencia, tienen asistencia sanitaria gratuita a cargo de la Seguridad Social española. Este colectivo de "personas sin recursos económicos suficientes" de nacionalidad extranjera, únicamente tienen que presentar en España, para tener derecho a la asistencia sanitaria, una declaración jurada de ingresos económicos, a diferencia de las personas de nacionalidad española sin recursos económicos suficientes que, para recibir asistencia sanitaria en España, tienen que acreditar la insuficiencia de recursos económicos mediante la presentación de la declaración del IRPF del último ejercicio, o certificado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria acreditativo de que no tienen obligación de presentar dicha Declaración, generándose así una manifiesta situación de desigualdad en perjuicio de los españoles. Por otro lado, denuncia que no hay control acerca de si la persona que solicita el derecho a la asistencia sanitaria en España puede estar asegurada en su país de procedencia, lo que conlleva que se le atienda gratuitamente en España, y que España no pueda reclamar el importe de la asistencia sanitaria prestada. Y ello es posible, porque al no existir, para estos extranjeros obligación de presentar un documento emitido por un organismo oficial de los países de origen, equivalente al INSS, que acredite que el solicitante carece de cobertura sanitaria en dicho país, conduce a que España queda obligada a prestar la asistencia sanitaria y soportar su coste sin recibir ninguna contraprestación de la Seguridad Social del país de origen. Así, el acceso de nacionales de otros Estados a las prestaciones sanitarias en España mediante la figura de "persona sin recursos económicos suficientes", condición que conlleva la gratuidad de las prestaciones sanitarias, origina el riesgo de utilización de esta figura por parte de personas que no reúnen los requisitos exigidos legalmente, bien por tener cubiertas sus prestaciones sanitarias por la Seguridad Social de sus respectivos Estados de origen, o bien por disponer, dentro, o fuera de España de recursos económicos suficientes.

Es decir con independencia del uso indebido de la asistencia sanitaria española por parte de no nacionales estamos también ante un problema de gestión *(in)eficiente* que no se sabe abordar.

Junto a ese objetivo declaro de lucha contra el "turismo sanitario", la modificación operada en el régimen de titularidad del derecho a la asistencia sanitaria del sistema público,

por obra del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, ha venido a incidir directamente en el colectivo de inmigrantes en situación irregular, dado que produce un cambio sustancial en cuanto al acceso al Sistema Nacional de Salud. La consecuencia más obvia es que las personas extranjeras que no puedan acreditar una autorización para residir en territorio español resultan excluidas del sistema, manteniendo únicamente un limitado acceso a la misma. Frente a ello varias Comunidades Autónomas interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra el RD-Ley 16/2012 y procedieron de forma diversa a establecer procedimientos al margen de la misma para facilitar el acceso de los denominados irregulares a la asistencia sanitaria. Otras comunidades autónomas sin embargo procedieron sin más a la aplicación de la reforma. El caos estaba servido y, con ello, la desatención a los principios de seguridad jurídica y de igualdad de trato.

En todo caso, hay que reconocer que en el Estado Social Autonómico, la descentralización del sistema público sanitario necesitaría mejorar los mecanismos de coordinación y las garantías de equidad. Diversas Sentencias del TC lo ponen de relieve. Es el caso harto significativo de la STC de 6 de mayo de 2014 (Rec. núm. 7208-2012), que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos. El TC declara la inconstitucionalidad del "Euro por receta" en Cataluña y avala la tasa judicial creada por La Generalitat. El TC señala que en materia de sanidad, frente a lo que ocurre con otras competencias compartidas entre el Estado y las CC.AA., "el régimen de sostenimiento económicos forma parte de la competencia básica del Estado". La Ley Orgánica de Financiación de las CC.AA establece, además, que "el Estado garantizará en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia", entre los que se encuentra la sanidad. El TC recuerda, al efecto, que el Sistema Nacional de Salud es único y que su financiación se hace con cargo al Fondo de Garantía de Servicios Públicos, un fondo solidario cuya finalidad es precisamente "asegurar que cada CC.AA recibe los mismos recursos por habitante ajustado para financiar los servicios públicos fundamentales esenciales del Estado del bienestar". Por tanto, se argumenta, al ser la financiación de la sanidad una competencia básica del Estado, no cabe "el establecimiento de una tasa como la controvertida que altera, haciéndolo más gravoso para los beneficiarios, el régimen de participación en el coste previsto" por la Ley. De hecho, el "euro por receta" recae directamente en la prestación farmacéutica, haciendo más gravosa para los ciudadanos de Cataluña la adquisición de medicamentos con receta, pues el pago de la tasa es una condición para su dispensación.

Otra exponente de estos problemas de articulación en la gestión autonómica de la sanidad lo ofrece la controvertida STC de 30 de abril de 2015 (rec. 1884-2013), que avala la constitucionalidad del art. 62 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid. Dicho artículo habilita al Servicio Madrileño de Salud a "adjudicar contratos para la gestión del servicio público sanitario" en seis hospitales de la Comunidad; y declara inconstitucional, a su vez, el art. 63, que modifica la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid y otorga a determinadas sociedades médicas preferencia para ser adjudicatarias de la gestión.

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, prevé que los extranjeros en situación irregular reciban asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa y hasta la situación de alta médica; de

asistencia al embarazo, parto y posparto; cobertura en igualdad de condiciones con los españoles para los menores de dieciocho años. La práctica diaria de los centros asistenciales evidencia una realidad distinta a la que señala la norma, y aflora problemas subyacentes a la atención sanitaria de urgencia de estas personas, que en principio están llamadas a recibirla sin obstáculos y en condiciones de gratuidad. Podrían destacarse dos tipos de problemas que se han venido observando[12]:

1) La práctica frecuente de supeditar la asistencia sanitaria urgente a la firma de un compromiso de pago, así como la emisión de facturas con la liquidación de gastos que se entrega al extranjero. Con independencia de la corrección de tal modo de actuar lo cierto es que el mismo plantea más efectos negativos que beneficios. Tiene un efecto disuasorio ya que supone para el extranjero hacer patente ante las autoridades su situación irregular y, por otro lado, el lógico temor de suscribir un compromiso de pago, o a la posibilidad de que se facture la asistencia, con las implicaciones que estas prácticas pudieran ocasionarles. Lo que en definitiva le lleva a la autoexclusión de una prestación respecto a la que ostentan un derecho reconocido.

2) La ruptura de la continuidad asistencial. La atención sanitaria de urgencia en muchas ocasiones se ve limitada temporalmente al episodio hospitalario, extendiéndose si se decreta el ingreso y exclusivamente por el tiempo que conlleve el mismo. A partir de ese momento surgen dificultades para que el paciente sea derivado a otros dispositivos asistenciales, (atención primaria, especializada), asignación de citas, desde los que habría que efectuar el seguimiento, incluyendo la práctica de las pruebas diagnósticas y la instauración de los tratamientos médicos, quirúrgicos o farmacológicos que sean necesarios. La situación de urgencia parece que viene delimitándose por la emisión de alta médica, pero dicho concepto se confunde habitualmente con el alta hospitalaria. No obstante, la primera presupone la atención integral del problema hasta su mejoría o curación, mientras la segunda implica exclusivamente que se ha procurado asistencia en la fase aguda, pero no excluye la necesidad de actuaciones posteriores.

Y a esta situación, entre otras, parece que es a la que se quiere dar respuesta con la reforma anunciada supone una marcha atrás. El problema es que los motivos no son tan altruistas como puedan parecer sino que hay un trasfondo económico. La limitación del derecho de los inmigrantes en situación irregular a la atención de urgencias y la incorrecta interpretación de su alcance, provoca que los que presenten procesos crónicos, o los que deben completar el diagnóstico y tratamiento, puedan verse obligados a acudir de nuevo a los servicios de urgencias hospitalarios con el consiguiente coste económico más gravoso que si fueren atendidos en la atención primaria a la que se quiere derivar. Por otro lado se es consciente de que retrasar la atención y el diagnóstico, que en ocasiones se produce en estados avanzados de la patología, limita las expectativas de curación. Ante la aparición de cualquier tipo de sintomatología el extranjero en situación irregular en esta situación tiende a aguardar hasta que se produce un agravamiento que hace inevitable la asistencia hospitalaria de urgencia. En definitiva el ahorro económico que pudiera pretenderse con la limitación de cobertura asistencial a la atención sanitaria de urgencias no resulta apreciable, sino que, muy

[12] Ver el estudio llevado a cabo por los Defensores del Pueblo "Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: Derecho y Garantías de los pacientes", Madrid 2015. El estudio se puede consulta en www.defensordelpueblo.es.

al contrario, provoca a la larga un incremento del coste de la asistencia, que resulta de la necesidad de aplicar tratamientos curativos, frente al menor coste de las medidas de prevención y diagnóstico temprano en el nivel de atención primaria.

En fin, habrá que esperar a la reforma anunciada pero hay una cosa que no debe olvidarse, la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, que tanto preocupa y que deseamos que siga siendo PÚBLICO, UNIVERSAL, GRATUITO Y EQUITATIVO, no está comprometida solamente con el denominado turismo sanitario o con el acceso de los extranjeros irregulares a la asistencia sanitaria. Habrá que echar una mirada a si la gestión es correcta o no, porque parece innegable que es necesaria una racionalización de las estructuras de gestión sanitaria tanto para garantizar la *calidad* de la dispensa de las prestaciones, como también para organizar eficientemente los *costes económicos* de la prestación del servicio público.

Estudios Doctrinales

Laborum

La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos tras las reformas de 2014-2015
Termination of temporary disability benefit because of unjustified failure to appear in medical examinations after 2014-1025 reforms

FERNANDO BALLESTER LAGUNA
CATEDRÁTICO E.U. DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Resumen

La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos era una cuestión apenas enunciada a nivel legal (artículos 131 bis y 132.3 LGSS) y con una regulación reglamentaria completamente desfasada (el ya derogado Real Decreto 575/1997), lo que se ha tratado de solventar con la aprobación del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio. En el presente trabajo se analizan los aspectos nucleares de su régimen jurídico, al objeto de poder valorar las aportaciones de la nueva regulación en orden a solventar los principales problemas teóricos y prácticos que se planteaban. También se analiza el nuevo supuesto extintivo introducido en la disposición adicional 11ª LGSS por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre.

Palabras clave

Incapacidad temporal, reconocimientos médicos, incomparecencia injustificada, extinción del subsidio, suspensión cautelar, entidades gestoras, mutuas.

Abstract

The termination of temporary disability benefit because of unjustified failure to appear in medical examinations was a hardly enunciated at a legal level issue (Articles 131 bis and 132-3 LGSS) and had totally outdated statutory regulation (the repealed Royal Decree 575/1997), what was tried to be resolved with the approval of Royal Decree 625/2014, of 18 July. The main features of their legal system are analyzed in this paper in order to assess the new regulation's contributions to solve the main theoretical and Econopractical problems, which were raised. The paper also analyzes the new termination assumption introduced by the eleventh additional provision of Law 35/2014, of 26 December.

Keywords

Temporary disability, medical examinations, unjustified failure to appear, benefit´s termination, suspension, public control, mutual societies.

1. INTRODUCCIÓN

La extinción de la prestación económica de incapacidad temporal, por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos instados por determinados sujetos, ha sido objeto de una renovada atención normativa de la mano de las últimas reformas en materia de Seguridad Social. Se trata de una cuestión que estaba completamente necesitada de un desarrollo reglamentario que fuera acorde con el régimen legal vigente. Ciertamente, el ya derogado Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regula(ba)n determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal (BOE de 24 de abril de 1997), había quedado desfasado en este punto (y en otros muchos más que ahora no

interesan). Su artículo 6 otorgaba a las entidades gestoras y a las mutuas[1] la facultad de efectuar exámenes médicos, previendo sobre el particular que *"La negativa infundada a someterse a tales reconocimientos dará lugar a la expedición de la propuesta de alta"*. Sin embargo, a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre), se introdujo en el artículo 131 bis LGSS una nueva causa de extinción del subsidio de incapacidad temporal, concretada, precisamente, en *"la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a las mutuas"*, sin efectuarse mayores especificaciones por parte de la norma. A ello hay que añadir que, a diferencia de lo que todavía hoy acontece con las mutuas, hace ya tiempo, en concreto desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre), que las entidades gestoras pueden emitir directamente el alta médica por incomparecencia, sin necesidad de instarla ante el servicio público de salud (disposición adicional 52ª LGSS)[2]. Finalmente, y en fechas más recientes, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre), introdujo la figura de la suspensión cautelar del subsidio aparejada al mero hecho de la incomparecencia, al objeto de comprobar si aquélla estaba o no justificada, disponiéndose expresamente que *"Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos"* (artículo 132.3 LGSS). De este modo, los importantes cambios habidos en el tratamiento legal de esta problemática exigían un desarrollo reglamentario de las nuevas funciones atribuidas en materia de control de la incapacidad temporal en el marco de los reconocimientos médicos, facultades que apenas estaban enunciadas en la ley. Prueba de tal necesidad es que la parca regulación legal de la facultad extintiva del subsidio de incapacidad temporal contenida en el artículo 131 bis LGSS-2001 ha venido planteando numerosos problemas interpretativos que se han ido solucionando a golpe de sentencia y mediante el dictado de algunas instrucciones técnicas (de ínfimo rango, por tanto) emanadas de la propia Seguridad Social. Por su parte, la figura de la suspensión cautelar del derecho (artículo 132.3 LGSS-2014) era prácticamente inviable sin el pertinente desarrollo reglamentario.

La insuficiente regulación de los efectos aparejados a la incomparecencia a los reconocimientos médicos, inexplicable a la vista de la importancia de los derechos en juego, pretende superarse en el nuevo Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan distintos aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE de 21 de julio). Así, el extenso artículo 9 de esta norma reglamentaria, tras reconocer la facultad que tienen tanto las entidades gestoras –el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) y, en su caso, el Instituto Social de la Marina (en adelante, ISM)–, como las mutuas, de requerir a los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal para reconocimientos médicos (apartado 1), regula pormenorizadamente las garantías que rodean estos exámenes (apartado 2), el acto de citación del

[1] Entonces denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. A partir de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (BOE de 29 de diciembre), que entró en vigor el día 1 de enero de 2015, estas entidades, prácticamente centenarias, han pasado a denominarse Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (artículo 68 LGSS). En el texto me referiré a ellas como mutuas, sin más.

[2] Con anterioridad existía la controvertida figura del alta médica a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de incapacidad temporal (artículo 39 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre –BOE de 31 de diciembre–).

trabajador (apartado 3), las consecuencias aparejadas al mero hecho de la incomparecencia –suspensión cautelar del subsidio– (apartado 4), a su justificación en plazo –reposición del derecho al subsidio– (apartado 5) o, por el contrario, a su falta de justificación –extinción del derecho– (apartado 6 y 7). La norma también recoge los motivos que permiten considerar justificada la incomparecencia (apartado 5), así como la facultad adicional que poseen las entidades gestoras de expedir el alta médica por incomparecencia (apartado 6).

A todo esto hay que añadir la introducción, a partir del 1 de enero de 2015, de un nuevo supuesto extintivo del subsidio de incapacidad temporal en manos de las mutuas, en los casos de incomparecencia a los reconocimientos instados por la inspección médica del servicio público de salud, en el marco de las propuestas motivadas de alta formuladas por las mutuas (disposición adicional 11ª, apartado 3, LGSS, en su redacción dada por la Ley 35/2014).

En el presente trabajo se analizarán los aspectos nucleares del régimen jurídico de la extinción del subsidio económico de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos instados por todos estos sujetos (entidades gestoras, mutuas e inspectores médicos del servicio público de salud), régimen jurídico que, como ha quedado apuntado, se ha visto afectado por las últimas reformas en materia de Seguridad Social. En el estudio se ha consultado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como las resoluciones emanadas de los Tribunales Superiores de Justicia que se han dictado sobre la materia, con el objetivo primordial de poder valorar las aportaciones de la nueva ordenación normativa en orden a solventar los principales problemas aplicativos que la práctica deparaba. El análisis se ha estructurado en los siguientes puntos: 1) naturaleza jurídica del acto de extinción del subsidio; 2) competencia para llevarlo a cabo, resaltando el papel central de las mutuas; 3) el acto de citación del trabajador; 4) las causas de justificación de la incomparecencia; 5) régimen jurídico de la suspensión cautelar, reposición del derecho y extinción de la prestación económica; 6) la incomparecencia a los reconocimientos instados por la inspección médica del servicio público de salud en el marco de las propuestas motivadas de alta formuladas por las mutuas; y 7) conclusiones.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO. SU CONSIDERACION COMO UN ACTO DE GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Es sabido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decantó hace ya algún tiempo por considerar la extinción del subsidio de incapacidad temporal, por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos instados por las entidades gestoras o por las mutuas (artículo 131 bis LGSS), como un acto de gestión de la prestación, descartando su naturaleza (formalmente) sancionadora[3]. El problema se había suscitado a partir del cuestionamiento del ejercicio de esta posibilidad por parte de las mutuas, ofreciendo el Alto Tribunal una solución eminentemente práctica sobre el particular que se

[3] Véase la STS 7 marzo 2007 (RCUD nº 5410/2005), a la que siguieron otras muchas posteriores. Así SSTS 15 marzo 2007 (RCUD nº 375/2006), FD 2º; TS 23 abril 2007 (RCUD nº 900/2006); TS 28 junio 2007 (RCUD n1 1176/2006); TS 12 julio 2007 (RCUD nº454/2006); TS 28 mayo 2008 (RCUD nº 1874/2007); TS 15 abril 2010 (RCUD nº 97/2007). Un resumen de la controversia doctrinal y judicial, en VALLE MUÑOZ, F.A: "La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la mutua patronal", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 22, 2011, páginas 3 a 7.

podría sintetizar en el siguiente silogismo: la ley es clara en permitir a las mutuas la extinción del subsidio por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos lo que descarta *per se* su calificación como actividad sancionadora, cuyo ejercicio es ajeno a las mutuas. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo no había dudado en afirmar en algunas resoluciones anteriores, siquiera sea *obiter dicta*, que la extinción del subsidio por el motivo que se viene analizando *"aproxima su naturaleza a la sancionadora"*[4]. Matización que encuentra explicación a la luz de que esta misma conducta (la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos) constituye una infracción grave en materia de Seguridad Social (artículo 25.2 del Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social –en adelante, LISOS–), la cual se sancionaba originariamente con la pérdida de la prestación durante tres meses y, a partir de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (BOE de 13 de diciembre), con la extinción del subsidio (artículo 47.1 b LISOS).

Cuando se indaga en la finalidad perseguida con la figura que nos ocupa se aprecia también esta dualidad, siendo meridianamente claro que la extinción de la prestación económica es una consecuencia directa de la incomparecencia injustificada a los exámenes médicos. Es harto frecuente en las resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia (el Tribunal Supremo no se ha pronunciado en estos términos), afirmar que *"se autoriza la extinción directa como medida de lucha contra el fraude cuando el beneficiario se niega a ser revisado, o en otros términos, cuando no acude a la convocatoria sin causa justificada que lo impida evidenciando así la intención de sustraerse a los controles y revisiones médicas impuestas por las Mutuas"*[5]. Pero sin necesidad de llegar tan lejos (considero un exceso interpretativo esta ecuación entre falta de justificación y fraude presunto), lo cierto es que sin causa suficiente para ello, ya sea por desinterés, pasividad, negligencia o malicia –tanto da–, el trabajador impide el efectivo control del proceso de incapacidad temporal a través de los reconocimientos médicos, razón por la cual se autoriza a la extinción de la prestación económica[6]. De tal modo que el mensaje final de la norma vendría a ser el siguiente: "acude a los reconocimientos médicos, salvo que tengas una razón de peso para no hacerlo pues, de lo contrario, verás extinguido el subsidio de incapacidad temporal". Con ello no se prejuzga la situación clínica del trabajador, como lo demuestra el hecho de que el proceso de incapacidad temporal, aun con pérdida de la prestación, subsiste, con derecho a la asistencia sanitaria y permaneciendo el contrato de trabajo suspendido. Ello evidencia que no se han perdido las condiciones objetivas para la protección, la cual se ve minorada, sin embargo, por la actuación injustificada (no necesariamente fraudulenta) del trabajador. Así pues, la extinción del subsidio se erige en un instrumento, materialmente sancionador, para asegurar la efectividad de los reconocimientos médicos, como actos genuinos de gestión.

[4] Así, las SSTS 5 octubre 2006 (RCUD nº 2966/2005), FD 6º; TS 9 octubre 2006 (RCUD nº 2905/2005), FD 6º. En ambos casos se trataba de la pérdida de la prestación de incapacidad temporal por realización de trabajos por cuenta propia o ajena, refiriéndose el Tribunal Supremo de pasada (*obiter dicta*) al supuesto de la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos.

[5] STSJ País Vasco 13 febrero 2007 (RS nº 2388/2006), FD 3º. Con el mismo o parecido tenor literal, las SSTSJ País Vasco 7 mayo 2013 (RS nº 640/2013), FD 4º; TSJ Cataluña 18 marzo 2013 (RS nº 5305/2012), FD 3º; TSJ Cataluña 18 mayo 2010 (RS nº 1703/2009), FD Único; TSJ Murcia 24 marzo 2009 (RS nº 215/2009), FD 3º; TSJ Cataluña 19 febrero 2009 (RS nº 6962/2007), FD 2º.

[6] Esta argumentación se puede encontrar en sentencias tales como TSJ Madrid 26 enero 2009 (RS nº 4141/2008), FD Único; TSJ Madrid 2 octubre 2006 (RC nº 3183/2006), FD 1º.

Sea como fuere, y partiendo de la calificación que en la práctica se ha impuesto sobre la consideración de la extinción del subsidio por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos como un acto de gestión de la incapacidad temporal, calificación reforzada en el artículo 9 del RD 625/2014[7], es innegable también el carácter cuasi-sancionador o, si se prefiere, materialmente sancionador de la medida, circunstancia que cobra especial relevancia a los siguientes efectos:

1) Para exigir una regla de proporcionalidad entre la conducta del trabajador (la incomparecencia injustificada) y la consecuencia anudada a la misma (la extinción de la prestación económica de incapacidad temporal)[8]. A diferencia de lo que sucede con la suspensión cautelar del derecho (a la que más adelante me referiré), la extinción del subsidio no puede operar automáticamente, pues requiere una valoración previa de los motivos de la incomparecencia, la cual debe resultar injustificada mediante un análisis caso por caso en el que se evidencie que el beneficiario de la prestación ha incurrido de forma voluntaria en una conducta incumplidora de sus obligaciones[9].

2) Por más que no resulte aplicable el procedimiento sancionador previsto en la LISOS, sí resulta necesaria la existencia de una suerte de expediente contradictorio en orden a garantizar los derechos del trabajador, a quien se deberá informar de las consecuencias aparejadas a sus actos y se le permitirá efectuar alegaciones para la defensa de sus intereses[10]. Ésta es a mi juicio una de las principales deficiencias que se observaban en la regulación legal, la cual se ha tratado de paliar en el artículo 9 del RD 625/2014[11].

---

[7] Así, el apartado 6 del artículo 9 RD 625/2014 dispone que *"Transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, sin que el trabajador hubiera aportado justificación suficiente de su incomparecencia, el director provincial correspondiente dictará resolución declarando la extinción del derecho a la prestación económica (...)"*. En parecidos términos reza el apartado 7 del mismo artículo, en relación con las mutuas.

[8] Exigen esta regla de proporcionalidad con fundamento en el carácter cuasi-sancionador de la medida, las SSTSJ Asturias 21 febrero 2014 (RS nº 151/2014), FD 2º; TSJ Comunidad Valenciana 4 junio 2013 (RS nº 3050/2012), FD 2º; TSJ País Vasco 7 mayo 2013 (RS nº 640/2013), FD 4º; TSJ Cataluña 18 mayo 2010 (RS nº 1703/2009), FD Único; TSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 14 abril 2008 (RS nº 151/2008), FD 3º *in fine*.

[9] En parecidos términos, VALLE MUÑOZ, F.A: "La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la mutua patronal", ob. cit., página 9. Por ello, cada vez que el Tribunal Supremo ha afirmado que *"la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico (...), legalmente se configura como automática causa extintiva"* [Por todas, la STS 7 marzo 2007 (RCUD nº 5410/2005), FD 2º], se está refiriendo en verdad a la innecesaridad de activar el procedimiento sancionador establecido en la LISOS.

[10] Véase al respecto la STSJ Madrid 20 noviembre 2006 (RS nº 3634/2006), FD 2º, que anuló el acuerdo de la mutua por el que se procedió a extinguir el subsidio de incapacidad temporal por no haber dado trámite de audiencia al interesado para que formulara alegaciones sobre la causa motivadora de la incomparecencia. La falta de concesión de un trámite de alegaciones al interesado también fue reprochado en la STSJ Comunidad Valenciana 18 abril 2012 (RS nº 3026/2011), FD 3º. Por el contrario, el Tribunal Supremo ha negado que la audiencia al interesado constituya una exigencia en orden a extinguir la prestación (véase STS 7 febrero 2008 –RCUD nº 278/2007), FFDD 1º y 3º–).

[11] En esta línea de garantías, las Instrucciones Provisionales de la Dirección General del INSS, dictadas en el año 2002 en aplicación del artículo 131 bis LGSS, establecieron lo siguiente: *"Cuando se efectúe una notificación a un beneficiario de IT para que pase a reconocimiento médico, además de señalarle la obligación indicada, así como la fecha y lugar en que se procederá a efectuar dicho reconocimiento, deberá dársele cuenta ya de las consecuencias del incumplimiento, por lo que se le advertirá que, en el supuesto de no poder pasar a reconocimiento, deberá acreditar las causas de tal hecho, en el plazo de los 10 días hábiles siguientes a la práctica del reconocimiento"*.

3. COMPETENCIA PARA EXTINGUIR EL SUBSIDIO. EL INDUDABLE PROTAGONISMO DE LAS MUTUAS

El control de la incapacidad temporal a través de los reconocimientos médicos de los trabajadores se reconoce en el artículo 9 del RD 625/2014, tanto a los inspectores médicos de las entidades gestoras (INSS e ISM), como a los facultativos de las mutuas, pudiendo ambos sujetos –gestoras y colaboradoras– extinguir el subsidio de incapacidad temporal en los casos de incomparecencia injustificada a dichos reconocimientos médicos. De conformidad con otros preceptos de esta misma norma reglamentaria, dicha facultad se activa desde el primer día de la baja médica del trabajador (artículo 8.1), se extiende durante los primeros 365 días de la baja (apartado 1 del artículo 1) y afecta a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, a excepción de los regímenes especiales de los Funcionarios de la Administración General del Estado, las Fuerzas Armadas y el personal al servicio de la Administración de Justicia (apartado 2 del artículo 1). A ello hay que añadir que este tipo de controles se producen tanto si la relación laboral permanece viva como si se ha extinguido el contrato de trabajo, resultando competente para ello la entidad gestora o la mutua de la que dependa la cobertura del riesgo en el momento del hecho causante de la prestación[12]. Finalmente, se prevé que los reconocimientos médicos se llevarán a cabo respetando el derecho de intimidad y la dignidad de los trabajadores, garantizando el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y la confidencialidad de la información objeto de tratamiento, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (BOE de 14 de diciembre), así como lo dispuesto para las historias clínicas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE de 15 de noviembre).

Concretando algo más estas competencias, el artículo 9.1, párrafo 2º del RD 625/2014 prevé en relación con las entidades gestoras que *"El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, podrá disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras"*. A diferencia de lo que luego se constatará respecto de las mutuas, la norma no contiene mayores precisiones sobre su ámbito de actuación, debiéndose concluir, en primer lugar, que esta facultad abarca tanto las contingencias comunes como profesionales. En ambos casos, el control sanitario y la potestad de emitir altas y bajas están en manos de los facultativos del sistema nacional de salud, al menos con carácter general. De tal modo que estos reconocimientos médicos se superponen a los que ya realiza periódicamente el servicio público de salud, complementándolos. No se aclara si estos exámenes médicos de las entidades gestoras presuponen que el trabajador tenga derecho al subsidio económico de incapacidad temporal aunque, desde luego, su extinción, aparejada a la incomparecencia injustificada, solo puede operar si existe previamente tal derecho prestacional. Por último, interesa destacar que la incomparecencia a los reconocimientos médicos instados por las entidades gestoras puede dar lugar tanto a la extinción del subsidio de incapacidad temporal, como a la expedición del alta médica del trabajador a todos los efectos. Además, la extinción de la prestación puede

[12] Aunque no se establezca expresamente, así debe ser en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad en el pago de las prestaciones de incapacidad temporal. [SSTS 26 marzo 2009 (RCUD nº 85/2008, FFDD 2º y 3º); TS 19 julio 2006 (RCUD nº 5471/2004), FFDD 1º a 3º].

articularse en la práctica como un acto de gestión del artículo 131 bis LGSS, o como una sanción de conformidad con lo previsto en los artículos 25.2 y 47.1 b LISOS[13].

En relación con las mutuas, la norma acota con mayor precisión la figura que nos ocupa, circunscribiendo los reconocimientos médicos que pueden dar lugar a la extinción del subsidio respecto de *"los beneficiarios de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión"* (artículo 9.1, párrafo 2º, RD 625/2014). Se excluye claramente su ejercicio, por tanto, en relación con los riesgos profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) cubiertos por la mutua, exclusión que se explica fácilmente en el hecho de que sobre este tipo de riesgos, a diferencia de lo que sucede con las contingencias comunes, existe un control pleno por la propia mutua, que tiene reconocida la competencia en materia de altas y bajas médicas, así como para dispensar la asistencia sanitaria, convirtiendo en innecesarios estos reconocimientos médicos de carácter complementario. También se exceptúan estos controles de la mutua respecto de aquellos trabajadores en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes que no tengan derecho a la correspondiente prestación económica pues, obviamente, en los casos de incomparecencia injustificada a los exámenes médicos de la mutua mal se podrá privar al trabajador de un derecho (el subsidio) que no tiene. Y, por supuesto, los trabajadores afectados por estas medidas deberán estar incluidos en el ámbito de gestión de las mutuas.

Esto sentado, y pese a que desde la introducción del artículo 131 bis LGSS, en el año 2001, la posibilidad de extinguir el subsidio se reconoce tanto a favor de las entidades gestoras como de las mutuas, sin embargo, la práctica forense demuestra un protagonismo casi absoluto de las mutuas en el ejercicio de esta facultad[14]. Seguramente, la explicación de este fenómeno haya de afrontarse desde distintas perspectivas o ángulos, algunos más objetivos que otros. En un plano objetivo destacan, a mi juicio, el peso específico que tienen las mutuas en la cobertura de las prestaciones de incapacidad temporal, unido a sus menores competencias de control en comparación con las que ostentan las entidades gestoras. Así, y por lo que se refiere al Régimen General de la Seguridad Social, la cobertura de los procesos de incapacidad temporal cubiertos por las mutuas en relación con los riesgos profesionales y el subsidio económico de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes se estima en torno al 95,98% y el 77,63%, respectivamente[15]. Si ponemos el acento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), la ratio de cobertura en relación con las mutuas es también muy significativa, en torno al 82,62%[16], estando obligados a cubrir el subsidio económico de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes y, en su caso, también los riesgos profesionales, todos

[13] Las Instrucciones Provisionales de la Dirección General del INSS a las que me referí con anterioridad manifestaban, sin embargo, una preferencia por el procedimiento del artículo 131 bis LGSS, seguramente por tratarse de una vía más sencilla que la de la apertura del procedimiento sancionador, consiguiéndose el mismo resultado.

[14] La inmensa mayoría de las sentencias consultadas –por no decir todas– se centran en problemas suscitados en torno a la extinción del subsidio llevada a cabo por las mutuas. Ciertamente, se trata de una visión parcial del problema –la que trasciende la vía judicial y accede a los recursos de suplicación y, en su caso, de casación para la unificación de doctrina–. Aun así considero que se trata de un buen reflejo de lo que sucede en la realidad.

[15] Los datos corresponden a diciembre de 2014 y han sido elaborados por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT). Se pueden consultar en http://www.amat.es/cifras_y_datos.3php.

[16] http://www.amat.es/cifras_y_datos.3php.

los trabajadores autónomos que iniciaron su actividad a partir del 1 de enero de 1998, respetándose opciones anteriores efectuadas a favor de las entidades gestoras. De este modo, siendo sensiblemente menor la presencia de las entidades gestoras en la cobertura del subsidio económico de incapacidad temporal (contingencias comunes y profesionales), es normal que se produzcan en la práctica muchos menos supuestos extintivos del subsidio protagonizados por aquéllas en aplicación del artículo 131 bis LGSS. Por otra parte, sucede también que las entidades gestoras ostentan más competencias de control de los procesos de incapacidad temporal en comparación con las mutuas. Así, por ejemplo, la extinción del subsidio de incapacidad temporal, por incomparecencia a los reconocimientos médicos, puede llevarse a cabo por las entidades gestoras a través de tres mecanismos distintos: 1) el procedimiento establecido en el artículo 9 del RD 625/2014 por el que se desarrollan los artículos 131 bis y 132.3 LGSS; 2) el procedimiento sancionador contenido en la LISOS en aplicación de los artículos 25.2 y 47.1 b de la propia LISOS; y 3) la emisión del alta médica del trabajador a todos los efectos (y, por consiguiente, llevando aparejada la extinción de la prestación), de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 52ª LGSS y el apartado 6, párrafo 2º, del artículo 9 del RD 625/2014. De ahí que la utilización más bien modesta de esta concreta facultad extintiva por parte de las entidades gestoras pueda explicarse, también, atendiendo a la multiplicidad de vías a su disposición que pueden conducir a ese mismo resultado. En un plano más valorativo y, por ende, subjetivo, es más que probable que este mayor protagonismo de las mutuas en relación con la cuestión que nos ocupa esté influenciado también por la propia conformación de aquéllas, como asociaciones privadas de empresarios que colaboran en la gestión de la Seguridad Social. Lo que se produce además en un contexto en el que la "sombra de la sospecha" planea sobre las prestaciones de incapacidad temporal, estando bastante extendida la idea de que en no pocas ocasiones existe un uso fraudulento o, cuando menos, abusivo de esta clase de prestaciones[17]. De hecho, la propia existencia de estos reconocimientos médicos en manos de las entidades gestoras y de las mutuas, que se superponen a los reconocimientos médicos periódicos que realizan los facultativos del servicio público de salud, complementándolos, demuestran esta desconfianza a la que me refiero.

4. EL ACTO DE CITACIÓN

La citación del trabajador constituye la primera de las actuaciones conducentes a los reconocimientos médicos que pueden dar lugar a la extinción del subsidio de incapacidad temporal. Sobre la importancia de citar correctamente al interesado no se puede dudar pues, de lo contrario, su incomparecencia estará completamente justificada, como se analizará con detalle en el epígrafe siguiente.

A diferencia de la ordenación reglamentaria anterior, contenida en el artículo 6 del RD 575/1997, que nada establecía sobre el acto de citación, el artículo 9 del RD 625/2014 garantiza que el mismo se realice con un plazo de preaviso de 4 días hábiles anteriores a la fecha prevista para el reconocimiento médico. En cuanto a su contenido, se ha previsto que en dicha citación se

[17] La expresión la tomo prestada de MERCADER UGUINA, J.R: "El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)", *Relaciones Laborales*, nº 9, 2004, páginas 403 y siguientes. En el artículo se da cuenta de un elenco importante de usos fraudulentos o abusivos constatados por el autor.

informará al trabajador de que en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha prevista para el examen médico, se procederá a la extinción del derecho al subsidio; de tal modo que el trabajador ya conoce desde el principio las consecuencias que se pueden derivar de sus propios actos. Aunque no se diga expresamente, es obvio –por implícito– que la comunicación debe dejar constancia también del sujeto que insta el reconocimiento (entidad gestora o mutua), así como el lugar, día y hora previstos para aquél. También se ha dispuesto –aunque no se exige informar de este extremo al interesado– que si el trabajador justifica las razones que le impiden comparecer antes de la fecha prevista para el reconocimiento, o inclusive ese mismo día, la entidad gestora o la mutua podrá fijar una fecha posterior para su realización, comunicándolo al interesado con la antelación mínima ya indicada.

Por lo que se refiere a los medios de citación, hay que considerar admisible cualquier instrumento válido en derecho (citación personal o envío de burofax, telegrama, correo certificado con acuse de recibo…) que deje constancia del envío por parte del sujeto remitente y de su recepción por el destinatario. Aunque, como se verá en el epígrafe siguiente, la falta de recepción de la citación, cuando sea imputable al propio destinatario, no empece considerar que está correctamente citado.

El artículo 131 bis LGSS se refiere claramente a *"La incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias (...)"*, avalando así la suficiencia de un único intento de citación correctamente practicado[18]. Sin embargo, con carácter excepcional, y a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, algunas sentencias apuntaron la necesidad de que las mutuas practicaran un doble intento de citación, cuestión a la que me referiré en el epígrafe siguiente dada su estrecha conexión con la existencia o no de causa de justificación para la incomparecencia.

Interesa destacar también que, como administraciones públicas que son, las entidades gestoras deben cumplir ciertas formalidades en sus comunicaciones con los administrados que no resultan exigibles, en cambio, en relación con las mutuas[19]. Así, el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre), establece que si nadie puede hacerse cargo de la notificación en el domicilio del destinatario, el intento de notificación *"se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes"* (apartado 2, párrafo 2º), añadiéndose después que cuando no se hubiere podido practicar, *"la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su domicilio, en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que la dictó"* (apartado 5, párrafo 1º). *"En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente"* (apartado 5, párrafo 2º). Finalmente, se prevé que *"Las*

[18] SSTSJ Madrid 23 junio 2014 (RS nº 52/2014), FD. 2º; TSJ Cantabria 31 octubre 2007 (RS nº 863/2007), FD 1º –esta última sentencia con cita de otras anteriores de la misma Sala en igual sentido–.

[19] Así lo apuntan algunas sentencias que se han ocupado, en verdad, de supuestos extintivos llevados a cabo por las mutuas. [STS 29 septiembre 2009 (RCUD nº 879/2009), FD 2º; STSJ País Vasco 8 abril 2014 (RS nº 572/2014), FD 2º; STSJ Cataluña 18 mayo 2010 (RS nº 1703/2009), FD Único; TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 1 septiembre 2009 (RS nº 248/2009), FD 5º].

Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores". Está previsto que el día 1 de junio de 2015 entren en vigor las previsiones contenidas en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE de 17 de septiembre), en orden a configurar un Tablón Edictal Único (TEU) a través del BOE. Esta nueva regulación resultará de aplicación cualquiera que sea la administración competente para realizar la notificación, la materia sobre la que verse o el tipo de procedimiento administrativo de que se trate, incluidos aquéllos que cuenten con una normativa específica. Cuando intentada la notificación, no se hubiere podido practicar, deberá publicarse necesariamente en el BOE, sin perjuicio de que previamente, y con carácter facultativo, las administraciones hayan podido publicar también el anuncio en los boletines territoriales o en los tablones de anuncios existentes (piénsese, por ejemplo, en el tablón electrónico de edictos y anuncios de la Seguridad Social). Todas estas formalidades brevemente descritas determinan que las citaciones efectuadas por las entidades gestoras estén rodeadas de mayores garantías para los destinatarios, lo que puede contribuir a explicar la prácticamente nula conflictividad judicial existente en relación con las notificaciones practicadas por aquéllas. Quizás habría que plantearse la oportunidad de extenderlas también en relación con las mutuas, máxime teniendo en cuenta que las mismas forman parte del sector público de carácter administrativo (artículo 68.7 LGSS).

5. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA INCOMPARECENCIA

Se trata de una cuestión nuclear de la problemática que nos ocupa. Así, la suspensión cautelar del subsidio puede no activarse si el sujeto justifica, hasta el momento mismo previsto para la comparecencia, la imposibilidad de acudir al examen médico al que ha sido convocado, en cuyo caso se le dará una nueva cita (apartado 3, párrafo 2º, artículo 9 del RD 625/2014). También es posible justificar la falta de comparecencia dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha prevista para el reconocimiento médico, procediéndose entonces a dejar sin efecto la suspensión y a rehabilitar el pago del subsidio con efectos desde la fecha en que quedó suspendido (apartados 4 y 5 del artículo 9 del RD 625/2014). De modo tal que la extinción tan solo se materializa cuando el sujeto no realiza ninguna manifestación en plazo o cuando lo que manifiesta no resulta ser suficiente para justificar su incomparecencia a juicio de la entidad gestora o de la mutua (apartados 6 y 7 del artículo 9 del RD 625/2014). Esto sentado, sin embargo, el trabajador también podrá justificar su incomparecencia en un momento posterior, coincidiendo con la reclamación previa o con la demanda presentada, pudiendo lograr así la revocación de la decisión o el acuerdo extintivo previamente adoptado por las entidades gestoras o las mutuas.

A diferencia de lo que sucedía con anterioridad, el RD 625/2014 recoge expresamente las causas de justificación de la incomparecencia, lo que sin duda es positivo para la seguridad jurídica[20]. De todas formas hay que tener en cuenta que la norma no establece una lista cerrada de causas de justificación, condicionando que el tema siga siendo eminentemente casuístico y,

[20] La STSJ País Vasco 7 mayo 2013 (RS nº 640/2013), FD 4º, denunciaba que no habiendo una regulación de las causas de justificación había que hacer un análisis caso por caso, debiéndose estar a los criterios establecidos en nuestro derecho en orden al cumplimiento de las obligaciones y la justificación de las conductas humanas.

por ende, todavía "inseguro". No creo, sin embargo, que el casuismo pueda evitarse en la práctica, aunque considero que se tendría que haber contemplado una lista más completa de causas de justificación. De conformidad con el apartado 5, párrafo 2º, del artículo 9 de la norma reglamentaria, *"Se entenderá que la incomparecencia fue justificada cuando el trabajador aporte informe emitido por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente; cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles, o bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente"*. Analicemos las distintas causas por separado.

1) Informe emitido por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente.- Es la primera y principal causa que puede esgrimir el trabajador en orden a justificar su incomparecencia, directamente relacionada con su estado de salud. La norma no exige que la situación clínica del paciente imposibilite por completo la comparecencia, bastando con que la haga "desaconsejable". Sin embargo, no se admite el informe emitido por cualquier facultativo, sino que debe tratarse del "médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria". Antes de su introducción por el RD 625/2014, nuestros tribunales ya contemplaban este supuesto como motivo suficiente de justificación de la incomparecencia, refiriéndose a situaciones tales como la necesidad de ser atendida, tratada y medicada de urgencias el día previsto para la cita[21]; la existencia de un cuadro de infección respiratoria que duró una semana[22]; la presencia de un cuadro de gastroenteritis[23]; la necesidad de hacer reposo[24]; o la presencia de vértigos incompatibles con el desplazamiento para ser revisada en otra localidad[25]. Lo fundamental es que estas eventualidades (u otras imaginables) concurran en el momento previsto para la comparecencia, haciéndose constar así expresamente en el preceptivo informe médico, el cual podrá tener (y de hecho normalmente tendrá) una fecha posterior[26]. En todo caso, el plazo límite para justificar ante la entidad gestora o la mutua la causa de la incomparecencia, y poder evitar así la decisión o el acuerdo extintivo del derecho al subsidio que pueden adoptar aquéllas, se circunscribe a los 20 días hábiles siguientes a la fecha prevista para la comparecencia. Especial cuidado habrá que tener con aquellos informes que se limiten a reflejar la información suministrada por el paciente al facultativo, con fórmulas tales como "el paciente refiere…", los cuales podrán ser

[21] STSJ Islas Canarias, Las Palmas 26 junio 2008 (RS nº 437/2006), FD 4º. En el caso de autos, el padre de la actora llamó por teléfono ese mismo día a la mutua para informarle de ello. Además, se da la circunstancia de que la actora acudió a cuatro controles semanales posteriores instados por la mutua.

[22] STSJ País Vasco 13 febrero 2007 (RS nº 2258/2006), FD 3º. Se afirma en la sentencia que salvo que los informes médicos sean impugnados han de considerarse válidos y eficaces.

[23] STSJ Cataluña 19 febrero 2009 (RS nº 6962/2007), FD 2º. Además, se dio la circunstancia de que el actor había acudido puntualmente a distintos reconocimientos médicos anteriores, y que después de esta incomparecencia la mutua ya no lo volvió a citar más, procediendo a extinguir el subsidio.

[24] STSJ Galicia 27 abril 2012 (RS nº 4199/2010), FD 2º (la trabajadora debía permanecer en reposo durante 48-72 horas, coincidiendo con la fecha prevista para la comparecencia); STSJ Galicia 13 abril 2012 (RS nº 2986/2011), FD 2º (la baja estaba motivada por una depresión neurótica, haciéndose constar en el informe médico que en el momento previsto para la comparecencia el estado físico del trabajador estaba muy alterado).

[25] STSJ Murcia 16 enero 2012 (RS nº 504/2011), FD 2º. En el caso de autos, la actora se puso en contacto con la mutua para solicitarle una ambulancia que la trasladara al reconocimiento médico, obteniendo "la callada por respuesta", procediéndose a extinguir el subsidio de incapacidad temporal sin más.

[26] Véase las SSTSJ Galicia 27 abril 2012 (RS nº 4199/2010), FD 2º; TSJ Galicia 13 abril 2012 (RS nº 2986/2011), FD 2º; TSJ País Vasco 13 febrero 2007 (RS nº 2258/2006), FD 3º.

cuestionados por esta sola circunstancia[27]. En cambio, cuando se haga constar por el facultativo que a su juicio la comparecencia estaba desaconsejada, no creo que resulta fácil cuestionar la entidad de los motivos reflejados en el informe, máxime teniendo en cuenta que el parámetro establecido para su valoración es muy flexible, al no exigirse que el estado de salud del paciente imposibilite su comparecencia; basta con que la haga desaconsejable. En cuanto a la autoría de los informes, no resultan admisibles los emitidos por facultativos distintos de los que dispensan al paciente la asistencia sanitaria en el servicio público de salud, ya sea de atención primaria, especializada o de urgencias.

Una vez que se ha reconocido expresamente esta causa de justificación, cabe plantear si las cuestiones médicas no apoyadas en los preceptivos informes de los facultativos pueden ser esgrimidas por los interesados, con fundamento en la cláusula de cierre representada por cualquier "otra causa suficiente" de justificación. Cuestión a la que me referiré en dicho apartado.

2) Cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles.- Aunque se trata de un plazo bastante breve, se garantiza que entre el acto de citación del trabajador y la fecha prevista para la comparecencia medien, al menos, 4 días hábiles pues, de lo contrario, la incomparecencia del trabajador estará completamente justificada sin necesidad de tomar en consideración ninguna otra circunstancia para ello. Lo decisivo en relación con este punto consiste en determinar el día a partir del cual empieza a computar dicho plazo (*dies a quo*), no pudiéndose ofrecer una respuesta unívoca al respecto, pues la misma depende tanto de los medios de citación utilizados como de los propios avatares del acto de citación. Así, en los supuestos de citación personal (piénsese, por ejemplo, en la entrega en mano al trabajador, con firma del recibí, cuando aquél se persona en la mutua para entregar los partes de confirmación de la baja), es claro que el referido plazo de preaviso empieza a contar desde el principio, a partir del día siguiente al de su entrega *in personam*. En cambio, en los casos –más frecuentes– de envío de la citación a través del servicio postal, la determinación del *dies a quo* puede variar en atención a las circunstancias concurrentes. Así, en primer lugar, habrá de estarse a la efectiva notificación al interesado, bien cuando se le haga entrega de la citación en su domicilio, bien cuando el sujeto pase a retirarla del servicio de correos en plazo. También el transcurso del tiempo previsto para recoger el aviso dejado por el empleado de correos puede iniciar el cómputo del plazo de preaviso. En la práctica todo va a depender del medio de comunicación escogido (burofax, telegrama, carta certificada con acuse de recibo…) y, sobre todo, de los tiempos de entrega en el domicilio del trabajador, así como de los plazos establecidos para su recogida en el servicio postal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta por la entidad gestora o colaboradora en orden a garantizar que entre la recepción de la citación por el trabajador (o la falta de recepción habiendo transcurrido el plazo para recogerla) y la fecha prevista para la comparecencia medien, al menos, 4 días hábiles pues, de no ser así, operará automáticamente esta causa de justificación[28].

[27] VALLE MUÑOZ, F.A: "La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la mutua patronal", página 11.

[28] Antes no existía un plazo de preaviso, pero los tribunales eran reacios a admitir notificaciones realizadas con muy poca antelación [STSJ Comunidad Valenciana 4 junio 2013 (RS nº 3050/2012), FD 2º –5 días de preaviso–; STSJ Cataluña 27 octubre 2009 (RS nº 4985/2008), FD 3º –3 días de preaviso–]. Obviamente, también se consideraban notificaciones incorrectas las que se materializaban en una fecha posterior a la prevista para la comparecencia [STSJ Comunidad Valenciana 13 diciembre 2012 (RS nº 1638/2012), FD 2º].

Fuera del incumplimiento del plazo de preaviso, la norma no contempla expresamente otros posibles defectos del acto de citación como causa de justificación de la incomparecencia, los cuales, sin concurren, habrá que reconducirlos a la cláusula abierta de cualquier "otra causa suficiente", a la que enseguida me referiré.

3) Otra causa suficiente.- Con buen criterio, el RD 625/2014 no ha establecido una lista cerrada de causas de justificación, sino un *numerus apertus* en orden a atender la variedad de situaciones que la realidad depara. Esto sentado, sin embargo, quizás hubiera sido mejor ofrecer un listado más completo de motivos específicos de justificación (la norma tan solo menciona dos) que recogiera algunos otros supuestos incontrovertidos y relevantes contemplados por nuestros tribunales. El análisis de este auténtico "cajón de sastre" se va a organizar en torno a los siguientes puntos: problemas de salud del trabajador que no cuenten con el aval del preceptivo informe médico; defectos del acto de citación distintos del incumplimiento del plazo de preaviso; otras circunstancias que excluyan la existencia de una conducta pasiva, negligente o intencional del trabajador expresiva de la voluntad de sustraerse a los controles o exámenes médicos.

Empezando por los problemas de salud que impiden o dificultan la comparecencia del trabajador al reconocimiento médico, es dudoso que los mismos puedan servir de causa de justificación al margen del supuesto contemplado expresamente por la norma reglamentaria, cuyos contornos ya han quedado definidos. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en la práctica pueden existir serios problemas de salud, debidamente acreditados y contrastados, que imposibiliten o dificulten extraordinariamente la comparecencia del trabajador, por más que no se cuente con el aval de un informe emitido por el facultativo del servicio público de salud en el que se haga constar que la comparecencia era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente. Pues bien, cuando se produzca una situación de este tipo considero que la incomparecencia podrá intentar justificarse por otros medios probatorios con fundamento en la cláusula abierta que se está analizando. De hecho, se han dictado resoluciones judiciales que han considerado justificada la incomparecencia por motivos de salud, pese a la inexistencia de informes médicos que así los corroboren[29].

Un supuesto claro e incontrovertido en el que la incomparecencia puede quedar justificada tiene que ver con otros defectos del acto de citación distintos del incumplimiento del preaviso ya analizado. Nuestros tribunales se han referido ampliamente a esta problemática.

Así, la incomparecencia estará justificada cuando no quede acreditado que la citación haya podido llegar a su destinatario. Tal fue lo acontecido, por ejemplo, cuando lo único probado por la mutua es que fue girada carta certificada con acuse de recibo, sin constatarse siquiera dónde se envió, por lo que difícilmente puede entenderse probada su recepción, concluyendo que la falta de certeza sobre si llegó o no al destinatario determina que la mutua

[29] Véase las SSTSJ Cataluña 3 julio 2014 (RS nº 2877/2014), FD 3º –grave enfermedad psicológica, de rara incidencia, que impide el control de los propios actos y que posteriormente derivó en una incapacidad permanente–; TSJ Comunidad Valenciana 18 abril 2012 (RS nº 3026/2011), FD 3º –unos días antes de la fecha prevista para la comparecencia el trabajador había sido objeto de una intervención quirúrgica, la cual, además, se había llevado a cabo en un centro propio de la mutua–; TSJ País Vasco 21 febrero 2006 (RS nº 2560/2005), FD 3º –la cita de la mutua estaba prevista para el día 30 de diciembre, habiéndose acreditado que en dicho mes, sin precisión de fechas, el actor, que padecía etilismo crónico, había tenido un ingreso hospitalario–.

debería haber extremado la diligencia en orden a la notificación a la vista de la trascendencia que puede tener para el interesado su incomparecencia[30]; o cuando se apreció error del servicio de correos, que entregó la carta en una oficina distinta de la población del destinatario y a una hija que no convivía con él, concluyendo que en el caso concreto existe una justificación razonable de la incomparecencia[31].

Sin embargo, puede ocurrir que la no recepción de la citación sea imputable al propio destinatario, en cuyo caso se considerará que está correctamente citado, pues lo contrario supondría que una actitud meramente pasiva o de rechazo podría hacer inviables los controles a los que se refiere el artículo 131 bis LGSS. Como regla general, esto es lo que sucederá cuando se constate haber dejado aviso en el domicilio del destinatario, sin pasar éste a retirarlo del servicio de correos en plazo, procediéndose a su devolución como caducado[32]. Sin embargo, el intento de notificación fallido no recibe el tratamiento propio de una citación correctamente efectuada y, por ende, la incomparecencia puede quedar justificada, cuando el sujeto remitente no acredita haber dejado aviso de recogida[33], o cuando acreditado este extremo se procede a la extinción del subsidio antes de la finalización del plazo de recogida previsto en el aviso[34]; esto último constituye también en la actualidad un incumplimiento del plazo de preaviso mínimo de 4 días hábiles que debe mediar entre la recepción de la citación por el trabajador (o la falta de recepción cuando ha transcurrido el plazo de recogida) y la fecha prevista para la comparecencia.

[30] STSJ Extremadura 4 octubre 2007 (RS nº 380/2007), FD 2º. En parecidos términos, la STSJ Cataluña18 mayo 2010 (RS nº 1703/2009), FD Único –en el caso de autos quedó acreditado que en la vecindad del destinatario existen graves problemas de recepción de los envíos que llegan de correos–.

[31] STSJ Murcia 24 marzo 2009 (RS nº 215/2009), FD 3º. Una variante del supuesto anterior, en el que la citación se realizó a la madre del actor, en la STSJ Cantabria 31 octubre 2007 (RS nº 863/2007), FD 2º.

[32] Con independencia de lo resuelto en el caso concreto, la afirmación de que el acto de citación es correcto cuando la no recepción sea imputable al propio destinatario, se contiene en las SSTS 29 septiembre 2009 (RCUD nº 879/2009), FD 2º –se remitieron dos telegramas que no pudieron ser entregados al interesado por no encontrarse en su domicilio, sin pasarse después a retirarlos en el plazo concedido para ello. Se afirma que la conducta del trabajador fue de mera pasividad, rayana en la negligencia omisiva–; TSJ Galicia 13 abril 2013 (RS nº 2986/2011), FD 2º –en el caso de autos se dio la circunstancia de que el destinatario se había marchado a su país de origen, Portugal, sin comunicarlo ni pedir autorización a los servicios médicos competentes–; TSJ Cataluña 18 mayo 2010 (RS nº 1703/2009), FD Único; TSJ Cataluña 13 febrero 2006 (RS nº 122/2005), FD 5º.

[33] SSTSJ Asturias 21 febrero 2014, (RS nº 151/2014), FD 1º; TSJ Islas Canarias, Las Palmas 17 mayo 2012 (RS nº 224/2010), FD 3º.

[34] Véase la STSJ Cataluña 13 febrero 2006 (RS nº 122/2005), FD 5º –en el caso de autos, aunque el trabajador tardó 12 días es recoger el burofax, lo hizo dentro del plazo indicado en la notificación de correos, lo que determinó la calificación de la incomparecencia como justificada–. Sin embargo, la STS 13 noviembre 2013 (RCUD nº 2780/2012), FFDD 1º y 2º consideró en el caso sometido a su enjuiciamiento que *"no obra con la diligencia debida quien tarda más de veinte días en acudir a recoger el burofax que le envía la Mutua que le asiste, controla su enfermedad y paga la prestación económica, pues, aparte que teóricamente no tiene nada que hacer, salvo cumplir con los deberes dichos, resulta que no es lógica tal demora en recibir una comunicación enviada por y sobre materia que afecta a la situación de baja, pues aceptar la posible validez de ese retraso equivale a dejar a su arbitrio el cumplimiento de ese deber, lo que veda el artículo 1.256 del Código Civil. Además, su conducta tras recibir el fax no fue tampoco acorde con la buena fe, porque envió escritos a la Mutua en lugar de presentarse en persona a dar explicaciones y a ofrecerse para un reconocimiento médico que su conducta demoró más y dio lugar a que se acordara la extinción de su derecho por causa imputable a su negligente proceder"* (FD 2º). La sentencia no deja claro si la trabajadora retiró el burofax dentro del plazo indicado en el aviso de correos o fuera de dicho plazo, pero en la hipótesis de que lo hubiera hecho dentro de plazo considero que el Tribunal Supremo yerra en la calificación de la incomparecencia como injustificada.

Como se ha apuntado en el epígrafe anterior, *"la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos (…) médicos"* (artículo 131 bis LGSS) puede dar lugar a la extinción del subsidio de incapacidad temporal, bastando, por tanto, con un único intento de citación correctamente practicado. Al menos tal es la regla general, que puede ser excepcionada en algunos casos como ocurre claramente en relación las entidades gestoras, a las que son exigibles las formalidades establecidas en el artículo 59 de la Ley 30/1992 en relación con las administraciones públicas, de tal modo que en caso de no hallarse presente en su domicilio el interesado (u otra persona que haga constar su identidad) en el momento de entregarse la notificación, dicho intento fallido se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes; y para cuando este doble intento de citación resulte infructuoso, la notificación se hará por medio de anuncios en los boletines oficiales correspondientes. Sin embargo, en relación con las mutuas, ya se ha adelantado que los tribunales han reiterado que no les son exigibles estas formalidades propias de las administraciones públicas. De hecho, existen infinidad de sentencias confirmatorias de la extinción del subsidio practicada por la mutua en supuestos en los que tan solo se practicó correctamente una citación no atendida[35]. Es verdad que también se han dictado algunas sentencias revocatorias del acuerdo extintivo realizado por la mutua, apuntando que se tendría que haber intentado citar por una segunda vez al trabajador. Pero no es menos cierto que estas sentencias habían considerado justificada la incomparecencia a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, bien porque el primer intento de notificación no se realizó correctamente[36], bien porque pese a estar correctamente citado el trabajador aportó alguna otra causa suficiente de justificación[37]. De ahí que en estos casos no se pueda afirmar en puridad que los tribunales estén exigiendo a las mutuas un doble intento de citación. Esto es un espejismo. Lo que están diciendo en verdad los tribunales es que hay justificación para la incomparecencia y, por ende, hay que empezar de cero citando nuevamente al trabajador.

Al margen de los defectos del acto de citación, nuestros tribunales han considerado justificada la incomparecencia cuando concurren variopintas circunstancias (una o varias) que denotan la inexistencia de una conducta pasiva, negligente o intencional del trabajador que sea expresiva de la voluntad de sustraerse a los controles y exámenes médicos. Así, por ejemplo, cuando en la fecha prevista para la comparecencia el sujeto tiene que acudir a otras citas médicas, tanto propias[38] como de otras personas de su entorno familiar a las que

[35] Así, las SSTS 13 noviembre 2013 (RCUD nº 2780/2012), FD 2º; TS 7 febrero 2008 (RCUD nº 278/2007), FD 1º; TS 7 marzo 2007 (RCUD nº 5410/2005), FFDD 1º y siguientes; TSJ Madrid 23 junio 2014 (RS nº 52/2014), FD 2º.

[36] Así, las SSTSJ Comunidad Valenciana 13 diciembre 2012 (RS nº 1638/2012), FD 2º –afirma que la mutua no agotó todas las posibilidades de citación, pues no es agotarlas confiarlo todo a una única citación mediante burofax, que resultó infructuosa, cuando todavía no había transcurrido el plazo de que dispone el interesado para retirarlo–; TSJ Islas Canarias, Las Palmas 17 mayo 2012 (RS nº 224/2010), FD 3º –se afirma que la mutua debió intentar una segunda comunicación en un supuesto en el que ni siquiera se acreditó haber dejado aviso de retirada por ausente–; TSJ Cataluña 27 octubre 2009 (RS nº 4985/2008), FD 3º –también considera que la mutua debió haber efectuado un segundo intento de comunicación en un supuesto en el que el plazo de preaviso concedido fue de 3 días, muy por debajo del plazo normal de retirada del burofax de correos, plazo que oscila entre 7 y 10 días–.

[37] Véase al respecto la STSJ Castilla-La Mancha 6 junio 2012 (RS nº 454/2012), FD 3º –en el caso de autos, la sentencia afirma que la mutua debió proceder a citar de nuevo a la trabajadora en un supuesto en el que el día siguiente previsto para la comparecencia se personó en la mutua con un informe en el que se acreditaba que el día de antes había tenido que acudir a urgencia hospitalaria con su hijo de 26 meses–.

[38] SSTSJ Madrid 26 enero 2009 (RS nº 4141/2008), FD Único –el mismo día tenía una cita con su médico de cabecera en Fuenlabrada, acudiendo a la cita a las 8,00 horas y saliendo a las 9,30. La cita con la mutua era a las 11,30 horas en Getafe–; TSJ Madrid 2 octubre 2006 (RS nº 3183/2006), FD 1º –en el caso de autos, la actora tuvo *(…)*

acompaña[39], o tiene que atender otro tipo de obligaciones cuya atención preferente se considera razonable[40]. En algunos de estos supuestos descritos, se da la circunstancia adicional de que el sujeto se personó en fechas próximas posteriores al día previsto para la comparecencia ante la mutua, poniéndose a disposición de la misma, demostrando así su buena fe[41]. Como regla general, la simple alegación de error, olvido o confusión de fechas no basta para considerar justificada la incomparecencia, en cuanto imputable a la parte actora, afirmándose que en estos casos no estamos ante una causa de fuerza mayor ni ante un error excusable[42], aunque excepcionalmente, y a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha apreciado la existencia de un error excusable[43].

6. SUSPENSIÓN CAUTELAR, REPOSICIÓN DEL DERECHO Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

Como se ha puesto de manifiesto en la Introducción, la suspensión cautelar del subsidio de incapacidad temporal se introdujo de la mano de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014, siendo a través del artículo 9.4 del RD 625/2014 que se ha procedido al desarrollo reglamentario de esta figura recogida en el artículo 132.3 LGSS[44]. Tal suspensión puede ser resuelta por las entidades gestoras o acordada por las mutuas, por el mero hecho de que el trabajador no acuda a las revisiones médicas, tiene por objeto comprobar si la incomparecencia estaba o no justificada, y posee efectos a partir del día siguiente al de la incomparecencia. Aunque opera con un cierto automatismo (basta con no acudir a la cita para poder acordarla), la suspensión no es un fin en sí mismo ni posee una existencia autónoma (es una medida instrumental o, como se denomina en la ley, cautelar). Prueba de ello es que dependiendo de si la incomparecencia se considera o no justificada, la

que acudir en el mismo día a una cita médica con la Cruz Roja–. Sin embargo, no puede servir de justificación de la incomparecencia el hecho de acudir espontáneamente al médico de cabecera el mismo día en el que tenía programada una cita con la mutua (STSJ Murcia 4 abril 2013 –RS nº 681/2012–, FD 3º).

[39] SSTSJ Castilla-La Mancha 6 junio 2012 (RS nº 454/2012), FD 3º –el día previsto para la comparecencia la actora tuvo que acudir a una urgencia hospitalaria con su hijo de 26 meses–; TSJ País Vasco 13 febrero 2007 (RS nº 2388/2006), FD 3º –en la misma hora el actor se hallaba acompañando a su esposa, aquejada de una esquizofrenia, a la consulta del centro de salud mental en el que era tratada. Además, el actor estaba dado de baja por trastorno ansioso-depresivo, cuyo estado se complicó por la necesidad de cuidar de su esposa–.

[40] STSJ Cataluña 9 julio 2007 (RS nº 2851/2006), FD 4º –la actora no pudo acudir a la cita convocada por la mutua porque el mismo día debía estar matriculándose en la Universidad de Tarragona–.

[41] SSTSJ Castilla-La Mancha 6 junio 2012 (RS nº 454/2012), FD 3º; TSJ Madrid 26 enero 2009 (RS nº 4141/2008), FD Único; TSJ Cataluña 9 julio 2007 (RS nº 2851/2006), FD 4º.

[42] SSTSJ Madrid 23 junio 2014 (RS nº 52/2014), FD 2º; TSJ Murcia 8 julio 2013 (RS nº 7/2013), FFDD 2º y 3º; TSJ Cantabria 10 marzo 2010 (RS nº 113/2010), FD 3º.

[43] SSTSJ Cataluña 18 marzo 2013 (RS nº 5205/2012), FD 3º –la actora fue citada por la mutua para el día 1 de septiembre, teniendo programada otra visita para el día 7, habiendo presentado un escrito a la mutua el día 6 alegando ese olvido o confusión, el cual se explicó por la medicación que toma de naturaleza psicotrópica, que produce somnolencia y cierta pérdida de memoria y, además, porque sus dolencias no son gratuitas como lo demuestra el hecho de que fue declarada en situación de incapacidad permanente–; TSJ Andalucía, Sevilla 16 abril 2009 (RS nº1299/2008), FD 2º –afirma que si bien en principio no puede considerarse suficiente para justificar la incomparecencia el error de fechas que se dice padecido, en el caso de autos debe tenerse en cuenta que el sujeto volvió a ser citado por la mutua a los cinco días, acudiendo a dicha revisión, así como a otros controles posteriores practicados durante meses, procediendo después la mutua, de un forma inexplicable y contra sus propios actos, a extinguir el subsidio en base a la primera incomparecencia–.

[44] Su introducción ha sido valorada positivamente por la doctrina, argumentando que la extinción directa del subsidio era una medida extremadamente severa. Véase TORTUERO PLAZA, J.L: "Nuevamente la incapacidad temporal a debate", *Revista de Derecho de la Seguridad Socia*l, Laborum, nº 1, 2014, página 39.

suspensión cautelar quedará sin efecto, reponiendo al trabajador en el derecho al subsidio o, por el contrario, se tornará en extinción con efectos desde la fecha inicial de la suspensión acordada. En todo caso, la suspensión deberá ser comunicada al interesado de inmediato, indicándole que dispone de un plazo de 10 días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma (recuérdese que en la citación efectuada al trabajador ya se le debía informar de que en caso de no acudir al reconocimiento se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio). Además, la suspensión se comunicará telemáticamente tanto a la empresa como a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). A la primera, para informarle de un hecho que normalmente repercutirá en su obligación de pago delegado, la cual quedará suspendida. A la segunda, para que conozca esta circunstancia incompatible con el hecho de que la empresa proceda a compensar unos pagos delegados que no habrá hecho.

Cuando el trabajador justifique su incomparecencia en plazo (apartado 5 del artículo 9 del RD 625/2014), el director provincial del INSS o del ISM dictará nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar, procediendo entonces a rehabilitar el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que quedó suspendida. Serán la propia entidad gestora o la mutua quienes pagarán directamente al trabajador el subsidio correspondiente al periodo de suspensión, pago que se deberá efectuar en el plazo de los 15 días siguientes a la fecha en la que se dicte la resolución o acuerdo. Asimismo, se prevé la obligación de comunicar –hay que suponer que telemáticamente– a la empresa y a la TGSS la resolución o el acuerdo por los que se deja sin efecto la suspensión, informando de la fecha a partir de la cual procede reponer el pago delegado por parte de la empresa. Aunque no se haya contemplado expresamente, parece obvio que también el trabajador deberá ser informado de inmediato sobre esta decisión de la entidad gestora o de la mutua por la que se deja sin efecto la suspensión, haciéndole saber dos cosas: 1) que en el plazo de los 15 días siguientes al de la resolución o el acuerdo en cuestión se procederá a rehabilitar en el pago del subsidio directamente por parte de la entidad gestora o la mutua; y 2) la fecha a partir de la cual se reactivará el pago delegado por parte de la empresa. La norma no concreta cuándo se reinstaura de nuevo la obligación de pago delegado, respuesta que en verdad está en función del periodo que se considere que debe ser cubierto directamente por la entidad gestora o por la mutua. Tampoco este extremo es abordado abiertamente en la norma, aunque todo parece apuntar que el pago directo se extenderá desde la fecha en que se activó la suspensión cautelar hasta la fecha en la que se dicta la resolución o se adopta el acuerdo que la deja sin efecto, pudiéndose concluir que será a partir del día siguiente a la finalización de este periodo cuando se reanude la obligación de pago delegado. Repárese, sin embargo, en que la norma no ha contemplado las distintas posibilidades que pueden darse en la práctica, pues si la relación laboral ya se hubiere extinguido cuando se decide la suspensión cautelar, la obligación de pago delegado de la empresa habría cesado, haciendo inviable la reactivación a la que se refiere la norma; y otro tanto hay que decir cuando a pesar de estar viva la relación laboral la empresa estuviera exonerada de la obligación de pago delegado en atención a las circunstancias concurrentes (por ejemplo, cuando tuviere concedido al aplazamiento o fraccionamiento de cuotas por problemas de tesorería; o cuando hubiere venido abonando a algún trabajador el subsidio de incapacidad temporal por un periodo superior a 6 meses, siempre que la empresa tenga menos de 10 trabajadores y solicite la puesta en marcha de esta medida).

Por el contrario, si el trabajador no aporta en plazo una justificación suficiente de su incomparecencia (apartados 6 y 7 del RD 625/2014), la entidad gestora dictará resolución, o la mutua adoptará un acuerdo, declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión (suspensión que de esta forma quedará también sin efecto, tornándose en extinción)[45]. Tal decisión se notificará (inmediatamente) al interesado y, vía telemática, a la empresa, a la TGSS y, como novedad, al servicio público de salud que dispensa la asistencia sanitaria al trabajador. De este modo, la empresa conocerá la extinción de la propia obligación de pago delegado de la prestación y la TGSS sabrá de esta nueva vicisitud impeditiva del descuento de los pagos de incapacidad temporal (no) realizados por la empresa. En cuanto a la notificación al servicio público de salud, hay que explicarla desde su posición preeminente en el control sanitario de la situación de incapacidad temporal, y a la vista de la trascendencia que posee el acto extintivo, para su conocimiento y efectos, seguramente en orden a extremar el control sanitario en la sede adecuada.

En este punto conviene remarcar que si bien la suspensión cautelar del subsidio opera con un cierto automatismo, asociado sin más al dato objetivo de la incomparecencia, no se puede decir lo mismo del acto extintivo, cuyo presupuesto de actuación es que la incomparecencia se considere injustificada: bien porque el interesado no aporta en plazo ninguna razón que explique la incomparecencia (la callada por respuesta), bien porque aportándola(s) la(s) misma(s) se considera(n) insuficiente(s). Se trata de una cuestión eminentemente valorativa, que exige un juicio de proporcionalidad a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso, realizado *prima facie* por la entidad gestora o por la mutua que resulte competente. Aunque naturalmente dicha decisión o acuerdo resulta revisable en sede judicial, previa interposición por parte del trabajador de la pertinente reclamación previa.

Como se ha enunciado brevemente, todos estos actos –suspensión, reposición y extinción del derecho al subsidio– deben ser comunicados a los interesados. En relación con el trabajador, beneficiario de la prestación económica de incapacidad temporal, estas comunicaciones revisten un carácter esencial. Téngase en cuenta sin más a este respecto que la disposición adicional 11ª LGSS, en su redacción dada por la Ley 35/2014, establece que los actos de reconocimiento, denegación, suspensión, anulación o extinción por parte de las mutuas del subsidio económico de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes *"serán motivados y se formalizarán por escrito, estando supeditada su eficacia a la notificación al beneficiario"*. Por otro lado, y aunque la norma reglamentaria exige también efectuar estas comunicaciones a la empresa, las mismas solo procederán si la relación laboral permanece viva al tiempo de decretarse tales actos (suspensión, reanudación o extinción), tal y como se matiza en la disposición adicional 11ª LGSS anteriormente citada.

[45] La falta de previsión legal sobre la fecha de efectos de la extinción del subsidio planteó algunos problemas aplicativos que tuvieron que ser corregidos por los tribunales. SSTSJ Cantabria 10 marzo 2010 (RS nº 113/2010), FD 3º –se afirma que si la actora fue citada para reconocimiento médico el día 19 de enero no existe causa alguna que justifique la extinción de la prestación con efectos retroactivos al día 1 de enero–; y mucho menos procede la retroacción de efectos a la fecha de inicio de la incapacidad temporal (TSJ Castilla y León, Valladolid 30 noviembre 2005 (RS nº 1681/2005), FD 2º.

Por lo que se refiere al objeto de estas actuaciones, ya se ha dicho que se trata del subsidio económico de incapacidad temporal durante los primeros 365 días de la baja, pues a partir de este momento el entero control del proceso de incapacidad temporal pasa a manos de las entidades gestoras. Concretando algo más esta cuestión, es claro que la suspensión, y la ulterior extinción o reposición del derecho, afectan a la prestación básica y, dentro de ella, a la que es responsabilidad de la Seguridad Social (entidades gestoras o mutuas) y se abona, normalmente, en régimen de pago delegado por parte de las empresas (recuérdese, todo el subsidio económico de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales y el subsidio económico de incapacidad temporal por contingencias comunes a partir del día 16º de la baja). Aunque, a mi juicio, a esta misma conclusión debe llegarse en relación con el subsidio económico de incapacidad temporal por contingencias comunes durante los días 4º a 15º de la baja, esto es, 12 días abonados directamente por el empresario sin posibilidad de repercutir el pago a la Seguridad Social. No hay ninguna razón para excluirlo y, mucho menos, a partir de la habilitación general a las mutuas y a las entidades gestoras, efectuada por el Real Decreto 625/2014 y por la disposición adicional 11ª LGSS, para que puedan controlar las situaciones de incapacidad temporal desde el primer día de la baja. En cambio, no parece que la solución general arbitrada en los casos de rehabilitación del derecho al subsidio (recuérdese, el pago directo de la prestación por las entidades gestoras o por la mutua del periodo de suspensión que se deje sin efecto como consecuencia de la justificación de la incomparecencia) sea la más adecuada en relación con este tramo de la prestación; los días 4º a 15º de la baja por contingencias comunes de responsabilidad exclusiva del empresario, de tal modo que el pago directo por las entidades gestoras o por la mutua obligaría a tener que repetir después frente a la empresa para resarcirse de un abono que no está dentro de la esfera de su responsabilidad[46]. En todo caso, conviene tener presente que las posibilidades de que este incipiente periodo de la prestación quede afectado en la práctica no serán muchas, teniendo en cuenta que el trabajador deberá ser citado a reconocimiento previo, habiéndose garantizado un plazo de preaviso entre el acto de notificación y la fecha del reconocimiento de al menos 4 días hábiles.

Más problemático es determinar si las mejoras voluntarias del subsidio económico de incapacidad temporal resultan afectadas o no por las medidas que se están analizando. En principio, parecería coherente que la pérdida temporal o definitiva de la prestación básica tuviera su reflejo también sobre la prestación complementaria. Sin embargo, es dudoso que la normativa aplicable ampare esta exégesis, pues solo desde una interpretación lata, y seguramente forzada, se podría concluir que las referencias legales y reglamentarias al subsidio de incapacidad temporal (artículos 131 bis y 132.3 LGSS, artículo 9 del RD 625/2014, y otras normas concordantes) integran también las mejoras voluntarias. Otra cosa es que el convenio colectivo o el acuerdo individual en el que se reconoce la mejora voluntaria contemple expresamente la posibilidad de suspenderla y extinguirla, como consecuencia de la incomparecencia a los reconocimientos médicos instados por las entidades gestoras o por las mutuas, así como por la falta de justificación de la incomparecencia en plazo, en cuyo caso a tales previsiones habría de estarse. De hecho, no creo que en estos casos resulte de aplicación el régimen jurídico previsto en el artículo 9 del RD 625/2014, sino el establecido directamente en el convenio colectivo o en el contrato de

[46] Quizás por ello el profesor TORTUERO ha apostado porque en estos casos la rehabilitación del pago corresponda en verdad a la empresa ["Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate", ob. cit., página 41].

trabajo en cuestión (así, por ejemplo, es impensable que las entidades gestoras o las mutuas asuman la obligación de abonar directamente la mejora voluntaria en los casos de rehabilitación en el pago del subsidio como consecuencia de la justificación de la incomparecencia del trabajador).

En cuanto a la obligación de cotizar se refiere, podría aventurarse que la suspensión y extinción de la prestación económica de incapacidad temporal determinan asimismo la suspensión y extinción de la obligación de cotizar[47]. Sin embargo, no creo que exista base normativa para sustentar esta exégesis. Tanto la Ley General de la Seguridad Social (artículo 106.4), como el Reglamento General de Cotización (artículo 6 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre), disponen que *"La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa"*, siendo precisamente esto lo que ocurre –el mantenimiento de la situación de incapacidad temporal– cuando se acuerda la suspensión y la extinción del derecho al subsidio por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos. Entenderlo de otro modo supondría efectuar una interpretación extensiva de los efectos aparejados a la suspensión y extinción de la prestación económica, la cual se compadecería mal con el carácter cuasi-sancionador de la figura que nos ocupa.

Como singularidad, se ha dicho ya que las entidades gestoras –no las mutuas–, a través de sus inspectores médicos, tienen reconocida la facultad adicional de expedir el alta médica por incomparecencia (artículo 9.6, párrafo 2º, del RD 625/2014 y Disposición Adicional 52ª LGSS). Aunque, a mi juicio, esta opción debe ser ejercida con cautela, partiendo de la premisa de que la incomparecencia injustificada no presupone que el sujeto haya recuperado su capacidad laboral. De ahí que, como regla general, resulte más correcto instar la extinción del subsidio, manteniéndose la situación de incapacidad temporal, con el contrato de trabajo suspendido, que proceder directamente al alta médica, cesando la situación de incapacidad temporal, con obligación del trabajador del trabajador de reincorporarse a su puesto de trabajo en el plazo de 24 horas.

7. UN NUEVO SUPUESTO EXTINTIVO: LA INCOMPARECENCIA A LOS RECONOCIMIENTOS INSTADOS POR LA INSPECCIÓN MÉDICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD EN EL MARCO DE LAS PROPUESTAS MOTIVADAS DE ALTA FORMULADAS POR LAS MUTUAS

El RD 625/2014 ha afectado al régimen jurídico aplicable a las propuestas motivadas de alta formuladas por las mutuas en relación con los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes, reduciendo considerablemente los plazos en los cuales los inspectores médicos del servicio público de salud y de las entidades gestoras debían resolver, en primera y segunda instancia, sobre el particular (artículo 6). Sin embargo, ha sido después, a través de la Ley 35/2014, que se ha introducido este nuevo supuesto extintivo al que me voy a referir, dejando desfasada, por incompleta, la flamante norma reglamentaria aprobada apenas tres meses antes. Así, el apartado 3 de la disposición adicional 11ª LGSS establece ahora que en aquellos casos en los que la inspección médica del servicio público de salud considere necesario efectuar un examen médico del trabajador, éste se realizará dentro de los escasos 5 días que la propia inspección médica tiene para resolver y notificar a la

[47] TORTUERO PLAZA, J.L: "Nuevamente la incapacidad temporal a debate", ob. cit., páginas 41 y 42.

mutua su decisión sobre la propuesta motivada de alta, remarcando la norma que no se producirá suspensión alguna del citado plazo por el hecho de instarse el reconocimiento médico del trabajador. Pues bien, en relación con el tema que nos ocupa la novedad estriba en que en caso de incomparecencia del trabajador el día señalado para la revisión, la inspección médica comunicará en el mismo día esta circunstancia a la mutua, al objeto de que ésta proceda a suspender el subsidio económico de incapacidad temporal, con efectos del día siguiente al de la incomparecencia, al tiempo que comprueba si aquélla estaba o no justificada, para lo cual dispondrá de un plazo –también muy perentorio– de 4 días. En el supuesto de que el trabajador justifique la incomparecencia, la mutua adoptará acuerdo levantando la suspensión y repondrá el derecho al subsidio. En caso contrario, la mutua adoptará el acuerdo de extinción del derecho, notificándolo al trabajador y a la empresa, y haciendo constar la fecha de efectos de la extinción que coincidirá con el primer día siguiente al de su notificación al trabajador.

Se trata de una nueva causa de extinción del subsidio de incapacidad temporal en manos de las mutuas, que ven así ampliadas sus competencias, y que tiene la particularidad de que su actuación se produce en relación con unos reconocimientos médicos instados por un tercero (la inspección médica del servicio público de salud). Este supuesto, además, posee plazos propios tanto para comparecer, como para justificar la eventual incomparecencia. También se ha previsto una regulación diferenciada sobre los efectos extintivos que, como se verá, repercute en la articulación entre las figuras de la suspensión y la extinción. Nada se establece, en cambio, en relación con las causas de justificación de la incomparecencia, debiéndose considerar aplicables, por analogía, las disposiciones establecidas sobre el particular en el artículo 9.5, párrafo 2º, RD 625/2014.

Así, como ya se ha adelantado, tanto la citación del trabajador como su comparecencia deberán producirse dentro de los 5 días de que dispone la inspección médica del servicio público de salud para resolver y notificar la propuesta motivada de alta instada por la mutua. El plazo es tan extremadamente breve que, salvo que se recurra a un medio de citación ultrarrápido (por ejemplo, localizando por teléfono al trabajador), lo normal será que el destinatario conozca su obligación de comparecer con posterioridad a la fecha prevista para ello. Cosa que por cierto podrá hacer valer después el trabajador para justificar su incomparecencia. También el plazo para justificar la incomparecencia es demasiado breve (4 días frente a los 10 días hábiles establecidos para cuando es la propia mutua quien efectúa el reconocimiento médico). De ahí que haya que concluir que en este punto la regulación no garantiza suficientemente los derechos de los trabajadores, además de convertir en ineficaces los nuevos mecanismos de control introducidos. A mi juicio, la citación del trabajador para reconocimiento médico debería haber suspendido el plazo de 5 días de que dispone la inspección médica del servicio público de salud para resolver y notificar la propuesta motivada de alta instada por la mutua, debiéndose haber garantizado además el mismo plazo de preaviso establecido en el supuesto general (recuérdese, 4 días hábiles entre el acto de citación y la comparecencia). Asimismo, el plazo para que el trabajador pueda justificar la eventual incomparecencia debería haber sido –como en el supuesto general anteriormente tratado– de 10 días hábiles, en lugar de 4 días; no se explica por qué esta reducción de un plazo, ya de por sí breve, cuando el mismo queda fuera del tiempo que tiene la inspección médica para resolver, que se mantiene incólume sea cual sea el plazo establecido para que la mutua compruebe si la incomparecencia estaba o no justificada.

Por otro lado, a diferencia de lo que sucede en el supuesto anteriormente analizado, el acuerdo de la mutua extinguiendo el subsidio de incapacidad temporal, por incomparecencia al reconocimiento instado por la inspección médica del servicio público de salud, no retrotrae sus efectos al momento de la suspensión previamente acordada (recuérdese, a partir del día siguiente a la incomparecencia) sino que, por el contrario, los efectos extintivos se materializan a partir del día siguiente al de la notificación del acuerdo extintivo al trabajador. De este modo, cobran una existencia autónoma la suspensión y la extinción del derecho, separándose del régimen establecido en el RD 625/2014; acaso inconscientemente, pues no es fácil encontrar una explicación razonable de esta diferencia.

Finalmente, tampoco se entiende bien por qué no se ha previsto esta misma facultad cuando son los inspectores médicos de las entidades gestoras quienes tienen que resolver las propuestas motivadas de alta formuladas por las mutuas. Tal vez la razón de ello estribe en que las entidades gestoras pueden extinguir directamente el subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia. Pero si esta fuera la explicación, considero que hubiera sido más respetuoso con las mutuas derivar en las mismas la facultad extintiva de una prestación gestionada por aquéllas.

8. CONCLUSIONES

La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos era una cuestión apenas enunciada a nivel legal (artículos 131 bis y 132.3 LGSS) y con una regulación reglamentaria completamente desfasada (el Real Decreto 575/1997), lo que se ha tratado de solventar con la aprobación del RD 625/2014. Otra cosa es la valoración que merezca esta nueva regulación.

El principal mérito del artículo 9 del RD 625/2014 estriba en haber introducido un procedimiento reglado sobre los pasos que deben seguir las entidades gestoras y las mutuas para proceder a extinguir el subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos: se prevé un plazo de preaviso mínimo para que el trabajador pueda organizarse de cara a la comparecencia (4 días hábiles), se informa al trabajador desde el principio de las consecuencias que se podrán derivar de sus propios actos (suspensión cautelar del derecho y, en su caso, extinción del mismo) y se concede un plazo (10 días hábiles) para efectuar alegaciones que puedan evitar las eventuales consecuencias anunciadas. Con anterioridad, existían algunas reglas de procedimiento, aunque se trataba de una regulación muy esquemática, para funcionamiento interno de las propias entidades gestoras y recogida, además, en normas de rango claramente insuficiente (instrucciones técnicas de la propia Seguridad Social). A mi juicio, la introducción de una suerte de expediente contradictorio resultaba completamente ineludible para garantizar los derechos del trabajador, a la vista de la naturaleza jurídica de la figura que nos ocupa (formalmente, acto de gestión, materialmente, actividad sancionadora). Por todo ello, es posible afirmar que tanto la seguridad jurídica como los derechos del trabajador salen reforzados en la nueva ordenación. Sin embargo, descendiendo a los pormenores de la regulación, considero que el plazo de preaviso de 4 días hábiles entre la citación del trabajador y el acto de la comparecencia es muy ajustado. También resulta mejorable, por incompleto, el catálogo de causas de justificación de la incomparecencia. Y, sobre todo, se echa en falta una regulación expresa del acto de citación que equipare las formalidades exigibles a las entidades gestoras y a las mutuas.

La normativa actual ha intensificado las competencias de control de las entidades gestoras y las mutuas a través de los reconocimientos médicos, que se pueden instar ahora desde el primer día de la baja médica del trabajador (artículos 8.1 y 9 del RD 625/2014 y disposición adicional 11ª LGSS). Paralelamente, también se han reforzado los reconocimientos médicos que realizan los facultativos del servicio público de salud, pues si bien se ha flexibilizado la periodicidad de los partes de baja y de confirmación de la baja, en función del periodo de duración que estime el médico que los emite (artículo 2.3 del RD 625/2014), se ha apostado claramente también porque la revisión médica del trabajador sea una realidad, debiéndose dejar constancia en los partes de la fecha del siguiente reconocimiento (artículo 2.2, párrafo 2º, del RD 625/2014). Sin embargo, no se ha aprovechado la ocasión para mejorar la coordinación entre estos dos tipos de exámenes médicos. Llama la atención que los controles básicos, en manos del sistema nacional de salud, estén pautados, mientras que los controles complementarios que realizan las entidades gestoras y las mutuas sigan sin estar sujetos a limitaciones temporales[48].

Por otro lado, conviene traer a colación el principio de proporcionalidad que debe presidir la valoración de la conducta del trabajador (la incomparecencia injustificada), puesta en relación con la consecuencia anudada a la misma (la extinción de la prestación económica de incapacidad temporal). En líneas generales, los tribunales vienen ofreciendo respuestas adecuadas a los problemas que se les plantean. Se trata de un análisis caso por caso. Sin embargo, interesa resaltar que este juicio de proporcionalidad debe realizarse a la luz de dos importantes constataciones, la naturaleza cuasi-sancionadora de la figura y el carácter complementario de este tipo de reconocimientos médicos, lo cual fuerza una interpretación necesariamente rigurosa y restrictiva.

Por último, es muy cuestionable la regulación que se ha hecho del nuevo supuesto extintivo, en manos de las mutuas, por incomparecencia a los reconocimientos instados por las inspecciones médicas de los servicios públicos de salud, en el marco de las propuestas motivadas de alta formuladas por las mutuas (disposición adicional 11ª LGSS). En primer lugar, porque se han establecido unos plazos tan exiguos –especialmente en relación con la comparecencia– que no creo que queden garantizados suficientemente los derechos de los trabajadores; me aventuro a decir que la excesiva celeridad del procedimiento va a convertirlo en ineficaz e inoperante. En segundo lugar, porque no se entiende bien la razón por la cual esta figura no se ha previsto también en el marco de las propuestas motivadas de alta formuladas por las mutuas ante los inspectores médicos de las entidades gestoras.

[48] Así lo ha venido denunciando reiteradamente la doctrina científica. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad laboral para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, página 393; FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 300-301; LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2014, página 305.

La gestión de la asistencia sanitaria en una encrucijada
Healthcare management at a crossroads

BRAULIO GIRELA MOLINA

MÉDICO INSPECTOR DE SERVICIOS SANITARIOS. JUNTA DE ANDALUCÍA

PROFESOR ASOCIADO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Este trabajo realiza un análisis y valoración de la gestión, directa e indirecta, de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud. Se estudian las innovaciones e implantación de nuevas formas de gestión, así como las controvertidas iniciativas externalizadoras llevadas a cabo en algunas Comunidades Autónomas. Se plantean los puntos fuertes y débiles del nuevo modelo de gestión clínica, como salida de la encrucijada en la que se encuentra la gestión sanitaria en nuestro país.

Palabras clave

Gestión; asistencia sanitaria; gestión directa; gestión indirecta; gestión clínica

Abstract

This paper analyses and assesses direct and indirect management of healthcare at the National Health System. Innovations and introduction of new management techniques will be analysed, as well as controversial outsourcing initiatives undertaken in some Autonomous Communities. Strengths and weaknesses of the new model of clinical management will also be proposed as a solution for the crossroads of healthcare management in our country.

Keywords

Management; health care; direct management; indirect management; clinical management.

1. INTRODUCCIÓN

La asistencia sanitaria está comprendida en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. No obstante, el concepto de asistencia sanitaria hay que enmarcarlo en el derecho a la protección de la salud –*ex* art. 43 CE– y su desarrollo legislativo posterior. Refiriéndonos a la gestión de ésta prestación, deben diferenciarse, la normativa de Seguridad Social, que integra la prestación de la asistencia sanitaria, y la normativa especifica reguladora del servicio público sanitario, cuyo conjunto nos da los posibles "modelos o sistemas de gestión de la Sanidad pública"; nunca han estado disociados esos dos ámbitos.

En las últimas décadas del siglo XX, para afrontar sus problemas, los Sistemas Sanitarios europeos, y el español en particular, participaron en el auge de las tres grandes estrategias de reforma de la gestión pública: el gerencialismo, los mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) y la privatización. Tras esos modelos, la nueva gestión pública es una cuarta vía que basada en un cambio de cultura y valores, y apoyada en los incentivos al profesionalismo, es decir, autonomía ligada a consecución de objetivos. Los modelos organizativos sanitarios son sólo herramientas de gestión, cuyo objetivo es hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria.

Estando aún en curso la implantación del Sistema Nacional de Salud (SNS) establecido en la Ley General de Sanidad (LGS), se puso en marcha otro proceso de reorganización de la gestión sanitaria con la Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

Esta Ley, de carácter básico, traía causa de las recomendaciones para la mejora de la eficacia y eficiencia de la gestión sanitaria, del "Informe Abril Martorell"[1] y del "Informe de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud"[2].

La Ley 15/1997, constituye un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, que amplió las formas de gestión establecidas en la LGS. Entre otras formas jurídicas, la Ley ampara la gestión directa, a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, buscándose una mayor autonomía de gestión –financiera y jurídica–, exigiendo que se mantenga la naturaleza o titularidad pública de los mismos, y se respete el carácter de servicio público de la asistencia. Ahora bien, con anterioridad a la Ley 15/1997, algunas Comunidades Autónomas, se adelantaron con innovaciones en la gestión.

Es preciso distinguir entre fórmulas jurídicas para la configuración de los Servicios de Salud y otras entidades gestoras de asistencia sanitaria, y fórmulas para la configuración de centros sanitarios.

Sin embargo, frente al carácter coherente y sistemático de la legislación básica estatal, contenido en la Ley General de Sanidad y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 15/1997, constituye un auténtico "verso suelto" dentro del modelo de regulación de la Sanidad pública en España. El consenso político fue menor en la reforma de las formas de gestión.

En el preámbulo del Real Decreto 840/2002, por el que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, se dio por culminada la búsqueda de fórmulas para lograr una mayor agilidad y calidad en la gestión sanitaria. Esta consideración no ha sido pacífica, por la controversia despertada con la implantación de las "nuevas formas de gestión" y con la externalización de la gestión de la asistencia sanitaria impulsada por algunas Comunidades Autónomas.

La profusión de diferentes fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria pública, en nuestro país, se ha llevado acabo en ausencia de herramientas de seguimiento e información que lograran visibilizar la gestión desarrollada en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

Además, no ha existido una evaluación sistemática y objetiva, en términos de eficiencia relativa, equidad e igualdad de acceso, de la gestión sanitaria del SNS.

El núcleo central de este trabajo consiste en analizar como se organiza actualmente la gestión de la asistencia sanitaria en el SNS, valorando las innovaciones organizativas, la implantación de nuevas formas de gestión y los avances en externalización, obteniendo

[1] Las propuestas gerencialistas y de MCM tuvieron su primera plasmación política en nuestro país en el Informe Abril. Este realiza el primer diagnóstico de situación del Sistema Sanitario, siendo fruto del trabajo realizado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, creada en 1991 por acuerdo parlamentario.

[2] El Acuerdo de la Subcomisión fue aprobado por la Comisión de Sanidad y Consumo en su sesión de 21 de octubre de 1997, siendo sus conclusiones asumidas en Pleno del Congreso de los Diputados, el 18 diciembre de 1997, por todos los grupos parlamentarios, excepto PSOE e IU. Sus recomendaciones son muy parecidas al Informe Abril.

conclusiones y formulando propuestas. En definitiva, se trata de buscar la mejor salida a la encrucijada en que se encuentra actualmente la gestión sanitaria[3].

La Administración, en cuanto titular del servicio público sanitario, ostenta en principio, un alto grado de discrecionalidad para optar entre las diversas alternativas de gestión. Desde el punto de vista jurídico, esta libertad se encuentra limitada por la técnica organizativa a emplear y el régimen jurídico al que debe someterse la prestación del servicio.

En cuanto a la primera –técnica organizativa a emplear–, la prestación de los servicios públicos sanitarios, puede efectuarse en régimen de gestión directa o indirecta (contractual).

Refiriéndonos al régimen jurídico al que debe someterse la prestación del servicio público sanitario, es decir, si dicho régimen debe, o puede ser, de Derecho público o de Derecho privado, existe confusión, siendo algo que tiene que determinar el legislador. En todo servicio, deben coexistir normas de Derecho público y de Derecho privado; el problema radica en qué proporción y a qué extremos deben extenderse unas y otras.

Los ámbitos más propicios a ser ocupados por el Derecho privado son los referentes a los aspectos instrumentales de la organización prestadora del servicio –personal, bienes, contratos y régimen financiero–.

Las reglas de funcionamiento del servicio y las relaciones con los usuarios, están llamadas a ser regulados por el Derecho Administrativo de forma mayoritaria, teniendo el Derecho privado un alcance residual.

La principal justificación, aunque no la única, del hecho de que la Administración Sanitaria acuda a formas de Derecho privado, son los principios de eficacia y eficiencia, que deben regir la totalidad de la actuación administrativa, y en concreto la sanitaria. No obstante lo anterior, existen límites o limitaciones que, derivados del Derecho público, se aplican a la actuación de la Administración bajo fórmulas jurídico-privadas.

Dadas las semejanzas de las opciones organizativas utilizadas en el sector sanitario, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, el régimen jurídico básico de las personas jurídico-públicas y jurídico-privadas, y la legislación de contratación administrativa del Estado, sirve como marco teórico de referencia común a todas.

La ordenación de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, principales protagonistas de la gestión, requiere conocer el régimen jurídico de la organización administrativa en la legislación de las Comunidades Autónomas. Este es el marco normativo en el que, dentro de los límites derivados de la legislación estatal, se han de insertar las opciones organizativas de configuración de sus Servicios de Salud respectivos y además, sirve para encuadrar la configuración de otras entidades gestoras.

El Sistema Nacional de Salud, es el modelo organizativo elegido por el legislador –LGS–, para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. Es un fiel reflejo de la

[3] GIRELA MOLINA, B., Tesis Doctoral "Gestión administrativa de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud", Universidad de Granada, 2014.

Teoría de Sistemas, quedando articulado en torno a un rasgo institucional clave: la integración de múltiples redes sanitarias públicas. Es un modelo descentralizado en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Como marco en el que se desenvuelve la gestión de la asistencia sanitaria, está sometido a tensiones institucionales y financieras.

El RD ley 16/2012, de 20 de abril –denominado por algunos sectores, contrarreforma sanitaria–, pretende, precisamente, garantizar la sostenibilidad del SNS y la mejora de la calidad, pero con las medidas que introduce, se inicia una senda contraria al lento avance experimentado en los consensos básicos, que han conformado su trayectoria histórica. Ahora bien, el RD ley 16/2012 de 20 de abril, no ha afectado a la gestión administrativa de la asistencia sanitaria.

2. GESTIÓN DIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La opción organizativa general del Sistema Nacional de Salud realizada por la LGS, es la gestión directa mediante formas sin personalidad diferenciada, es decir, mediante Órganos especializados no personificados: Áreas de Salud, Centros y Establecimientos Sanitarios; éstos gestionan la asistencia sanitaria, en régimen de desconcentración.

2.1. Gestión directa mediante formas sin personalidad diferenciada

Además de atribuir las funciones de gestión de asistencia sanitaria, en régimen de desconcentración, a órganos especializados, como son los centros y establecimientos sanitarios, también pueden asumir dichas funciones, a cualquier estructura específica que se cree por la Administración sanitaria, para la gestión de un establecimiento, un servicio público o el ejercicio de una función específica, pudiendo tener diversas denominaciones. En este grupo se incluirían, entre otras, las Áreas Clínicas (Comunidad Valenciana) y Unidades de Gestión Clínica (Castilla La Mancha, Comunidad Valenciana), las Estructuras de Gestión Integrada (Galicia) y las Áreas de Gestión Sanitaria (Andalucía). El régimen jurídico de estos órganos desconcentrados es íntegramente de Derecho público, pues al no tener personalidad jurídica propia, se integran en la estructura administrativa y se les aplican en su totalidad, las disposiciones relativas a la Administración Pública a que pertenecen.

2.2. Gestión directa mediante Organismos con personalidad jurídica pública

2.2.1. Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas

Surge el interrogante de saber, si la LGS, estableció ciertos condicionantes o limitaciones a la capacidad de organización de los Servicios de Salud por las Comunidades Autónomas. Junto al principio descentralización, la LGS establece el principio de gestión unitaria por Áreas de Salud. Estas son responsables de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud, en su demarcación territorial. Con ello trata de evitarse, lo que se denominó "neocentralismo regional frente a los municipios".

La gestión directa mediante Organismos públicos ha sido la forma elegida para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Por otra parte, la asistencia sanitaria comprendida en la acción protectora de determinados Regímenes Especiales de la Seguridad Social, está también integrada en el SNS, siendo gestionada por Organismos y Entidades del Estado. Es el supuesto de MUFACE (Mutualidad General Funcionarios Civiles

del Estado), ISFAS (Instituto Social de las Fuerzas Armadas), MUGEJU (Mutualidad General Judicial), configurados como Organismos autónomos. También es el caso del Instituto Social de la Marina –Entidad de Derecho público–. Finalmente, el INGESA (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) –Entidad Gestora de la Seguridad Social– gestiona las prestaciones sanitarias en el ámbito de las ciudades de Ceuta y Melilla.

Los Servicio de Salud se han constituido como principal gestor y proveedor de asistencia sanitaria de la respectiva Comunidad Autónoma. Se pueden clasificar en dos grupos:

1) Servicios de Salud gestores de asistencia sanitaria pública, siendo los principales proveedores de la misma, aunque pueden no ser los únicos. En este grupo se encuadrarían la mayoría de ellos.

2) Servicios de Salud que desarrollan funciones de autoridad sanitaria y también, funciones de gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Coexisten con otros proveedores, públicos y privados -vinculados por conciertos, convenios u otras fórmulas contractuales–. Es el caso de los Servicios de Salud Canario, Catalán y Madrileño. Por consiguiente, estos Servicios de Salud acumulan, quizás, demasiadas funciones, en las que se entremezclan contenidos típicos de la Autoridad Sanitaria con otras puramente prestacionales. En la realidad, no existe una separación efectiva funciones**.**

Al igual que la Consejería competente en materia de Salud/Sanidad, el Servicio de Salud, para el cumplimiento de sus fines, podrá emplear cuantas fórmulas contractuales se prevean en la legislación estatal u operar a través de entidades instrumentales que al efecto sean constituidas, o bien, mediante estructuras sin personalidad jurídica, de cara a la optimización de los recursos.

Los Servicios de Salud cuentan con cierta autonomía de actuación, aunque limitada, puesto que se adscriben a los órganos centrales de la Administración autonómica (Departamento o Consejería con competencias en materia de Sanidad), los cuales mantienen importantes facultades de dirección y control, en la medida que ostentan la condición de autoridad sanitaria. En todos los casos, son creados con la finalidad de ser el único o principal órgano autonómico encargado de prestar la atención integral de la salud en centros y servicios sanitarios autonómicos y de gestionar todos los recursos sanitarios del sistema sanitario autonómico respectivo.

Como se ha avanzado, y aunque no era un condicionante impuesto por la LGS, los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en todo caso, se han organizado, en régimen de descentralización funcional, a través de Organismos públicos –personificaciones jurídico-públicas–. En ningún caso se ha optado por personificaciones de Derecho privado para configurar los Servicios de Salud.

La personalidad jurídico-pública permite obviar los aspectos más engorrosos de la legislación mercantil: el control de la competencia desleal, legislación sobre abuso de posición dominante, que sí son de aplicación a las sociedades mercantiles; además le permite ostentar potestades administrativas.

La modalidad de personificación no responde a un único o idéntico patrón, dentro de las tipologías de los Organismos públicos. Optar por una de estas figuras o por otra, no es irrelevante sino que puede tener consecuencias importantes, en cuanto al régimen jurídico aplicable.

En términos generales, el régimen jurídico de cada Organismo será el establecido en su ley de creación, completada con sus estatutos y, supletoriamente, en la legislación administrativa general. En consecuencia, el legislador autonómico tiene una gran discrecionalidad para fijar el régimen aplicable a los Organismos personificados cuya creación autorice, si bien debería respetar los principios y criterios generales que presiden su regulación, aunque formalmente no esté obligado a hacerlo (ya que, por tratarse de una ley, puede excepcionar lo dispuesto en otras anteriores aunque sean de carácter general).

El Organismo autónomo autonómico es la tipología más utilizada para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Su régimen jurídico es de Derecho público. Se han constituido los siguientes Organismos autónomos: Servicio Cántabro de Salud, Servicio de Salud de Castilla la Mancha, Servicio de Salud de Castilla y León (Gerencia Regional de Salud), Servicio de Salud de las Islas Baleares, Servicio Riojano de Salud. Como Organismos autónomos de carácter administrativo están los siguientes: Servicio Aragonés de Salud, Servicio Canario de Salud, Servicio Extremeño de la Salud, Servicio Gallego de Salud, Servicio Navarro de Salud y, pese a su denominación, la Agencia Valenciana de Salud.

Las Agencias de las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, se rigen por el Derecho público en el supuesto de las Agencias administrativas y en el caso de las Agencias públicas empresariales, se rigen por el Derecho público y por el Derecho privado. En el sector sanitario, ha sido Andalucía la única Comunidad Autónoma que ha utilizado la forma jurídica de Agencia para la gestión de servicios sanitarios. Concretamente el Servicio Andaluz de Salud, se ha configurado como Agencia administrativa.

También se pueden configurar los Servicios de Salud como Entidades autonómicas de Derecho público cuya actuación se rige por el Derecho privado y por el Derecho público. En este supuesto, el régimen jurídico es dual, si bien la sujeción al Derecho público suele ser en un grado menor. Las modalidades que pueden distinguirse en el conjunto de las Comunidades Autónomas son las siguientes:

- Las denominadas *Entidades de derecho público cuya actividad se sujeta al derecho privado*, que mantienen el modelo anterior a la LOFAGE (el de la Ley General Presupuestaria de 1977):

  — Cataluña: Ente Público Servicio Catalán de la Salud/ Entidad de Derecho Público Instituto Catalán de la Salud.
  — Comunidad de Madrid: Ente de Derecho público Servicio Madrileño de Salud (Tiene actividad de asignación presupuestaria –compra de servicios sanitarios– y actividad asistencial –provisión de servicios sanitarios–).
  — País Vasco: Ente Público de Derecho Privado Servicio Vasco de Salud.

- Las Entidades de las Comunidades que han seguido el modelo LOFAGE en su integridad, y que adoptan la denominación de *Entidades públicas empresariales*:

  — Región de Murcia: Entidad Pública Empresarial Servicio Murciano de Salud

- Las Entidades de las Comunidades que han seguido solo parcialmente el modelo LOFAGE, y que mantienen la denominación de *Entidad de derecho público*. Es el supuesto de Asturias: Ente de Derecho Público Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Respecto a las Entidades autonómicas de Derecho público, hay que realizar la siguiente matización. En las diferentes normas autonómicas que las regulan, se someten al Derecho público cuestiones tales como todo lo relativo al ejercicio de potestades administrativas; la formación de la voluntad de los órganos administrativos; el régimen patrimonial; el régimen de responsabilidad patrimonial; el régimen financiero, hacendístico y contable; lo relativo a la impugnación de los actos administrativos; todo lo referente a las relaciones con los ciudadanos que tienen derecho a las prestaciones sanitarias ofrecidas por el correspondiente Servicio de Salud; las relaciones con las Administraciones Públicas, etc.

La calificación de Empresa pública con forma de Ente público, permite una huida de las leyes generales sobre la formación de la voluntad de la Administración y sus mecanismos de control; además, puede someterse, al menos parcialmente, al Derecho privado en cuanto a la contratación de bienes y servicios o de gestión de personal, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente.

Matizando lo anterior, no parece que la pretensión de «huir hacia el Derecho privado» esté tan claramente presente en la base de esa opción organizativa; aunque se parte del sometimiento al Derecho privado, inmediatamente se afirma que hay toda una serie de cuestiones que quedan sometidas, en todo caso, al Derecho público. Por ejemplo, no se recurre a las técnicas de Derecho privado ni siquiera en las materias de contratación y régimen del personal, que son los típicos ámbitos que se remiten al citado sector del Ordenamiento jurídico. En el caso del régimen de contratación, como ya se ha dicho, se remiten a lo previsto en la Ley de contratos del sector público. En materia de personal, aunque hay una preferencia por el régimen laboral, hay dos condicionamientos que, en bastantes ocasiones, acaban determinando la presencia de funcionarios: el ejercicio de las potestades administrativas, que requiere de su concurso, y las situaciones previas del personal estatutario que es incorporado a una Entidad pública.

En definitiva, el modelo organizativo aplicado por las Comunidades, además de por una gran uniformidad, se caracteriza porque ha existido un gran parecido respecto del modelo estatal previo –modelo Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)–.

2.2.2. Otras personificaciones jurídicas prestadoras de asistencia sanitaria

Junto al prestador principal, en algunas Comunidades Autónomas, se han constituido otras formas de personificación a las que se les encomiendan la prestación de servicios sanitarios. Es el caso de las Agencias Públicas Empresariales (Andalucía), Entidades públicas de Derecho privado (con diferente denominación), e incluso en algún caso, se ha recurrido al Organismo autónomo –Canarias–.

Se ha producido la extinción e integración en los respectivos Sistemas Sanitarios Públicos, de los Organismos públicos denominados “Fundaciones Públicas Sanitarias”, que gestionaban centros hospitalarios de las Comunidades Autónomas de Galicia e Islas Baleares. Ha sido muy corto el recorrido de estas entidades gestoras de asistencia sanitaria, impulsadas en las últimas etapas del INSALUD.

2.3. Gestión directa mediante Organismos con personalidad jurídica privada

En el SNS, se han utilizado personificaciones jurídico-privadas[4], como Fundaciones privadas en mano pública, para la gestión de ciertos centros o establecimientos sanitarios, o bien Sociedades mercantiles autonómicas**.**

2.3.1. Sociedades mercantiles autonómicas

El concepto que la normativa autonómica aporta de estas sociedades (calificadas genéricamente de empresas públicas, aunque este concepto es más amplio al incluir también otras entidades –Entidades de Derecho público[5], en Cataluña y Comunidad de Madrid–) es, en la mayor parte de los casos, idéntico al contenido en la legislación estatal: se trata de sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Comunidad o de sus Organismos públicos.

Aún partiendo de la similitud de la regulación autonómica, entre sí y con respecto a la legislación estatal, existen, no obstante, algunas singularidades o elementos que merecen ser significados individualmente que se han analizado en cada Comunidad Autónoma.

Hay que precisar que, salvo la mención a la posibilidad de una sociedad mercantil plural en el marco de la colaboración entre las Administraciones autonómicas y la General del Estado (Ley 30/1992, art. 6.5), no se ha promulgado una legislación básica que regule las sociedades mercantiles públicas. Quiere decirse con ello que, sin perjuicio del valor como referencia de la legislación aplicable a las sociedades mercantiles estatales, cada Comunidad Autónoma deberá regular en su propia legislación las determinaciones relativas a sus sociedades, habiéndolo hecho todas las Comunidades Autónomas. No obstante, la legislación autonómica está inspirada en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), aplicándose ésta como legislación supletoria –régimen previsto en la LGP para las sociedades mercantiles estatales–.

En cuanto al régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas, no existe diferencia alguna con la normativa estatal. Todas las leyes autonómicas, ordenan su sometimiento, sin excepciones, a las normas del Derecho mercantil, civil o laboral. Para su constitución y actuación tales sociedades mercantiles se someten al Derecho privado, si bien les resultan aplicables también determinaciones contenidas en normativas presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero, contratación –Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)– u otras propias del Derecho público –Ley de Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma– . En los ámbitos de personal y de contratación se afirma la necesidad de la observancia de los principios de publicidad y concurrencia.

[4] DOMINGUEZ MARTIN, M., "Formas de gestión de la sanidad pública en España", Ed. La Ley, Madrid, 2006.

[5] La mayor diferencia entre el modelo organizativo sociedad mercantil y el Ente de Derecho público, se produce en la regulación de ambos. Los Entes de Derecho público se rigen por su ley de creación, mientras que las sociedades mercantiles, al ser fruto de un contrato de sociedad mercantil, se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el Código de Comercio; además le son de aplicación las reglas presupuestarias, contables y de control financiero que prevé la LGP –Ley de Hacienda en las Comunidades Autónomas– y las específicas de contratación.

Como notas características comunes a las sociedades mercantiles, tanto públicas como privadas, resaltamos las siguientes:

- La vinculación existente entre la Administración –estatal/autonómica– y las Sociedades mercantiles creadas por ella misma, es de carácter patrimonial, al participar total o parcialmente en el capital de estas Sociedades. Aunque existan elementos de vinculación y dependencia entre la Administración Pública y Sociedades mercantiles, estas no pueden subsumirse en el concepto de Entidad de Derecho público (art. 2.2 LRJPAC); esos elementos servirán para justificar el principio del "levantamiento del velo", pero no para considerar a estas sociedades Administración Pública.

- La utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como socio único, excede el funcionalismo propio de esta forma de personificación. En vez del principio corporativo, se pone en marcha el principio institucional de personificación, apareciendo la sociedad como una simple forma o método para encubrir la creación de un ente filial en el sentido de los entes institucionales, esto es, una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas. Esta realidad subyacente a la forma mercantil de personificación obliga a una necesaria regulación de aspectos de la misma por el Derecho público.

- Las Empresas públicas, y en concreto las sociedades mercantiles públicas, pueden gestionar un servicio público como el sanitario, de forma directa o indirecta. La gestión directa se refiere a los casos en que el capital pertenece íntegramente a la entidad fundante. Por el contrario, hay gestión indirecta, cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y esto, aunque haya otros partícipes públicos. En este último caso, se deberá celebrar para ello, un contrato administrativo de gestión de servicios públicos –sociedad de economía mixta–.

- Debe resaltarse la distinción entre las sociedades de capital totalmente público, cuyas operaciones terminarán computando en las cuentas de la Administración Pública titular, y la creación de una empresa mixta, o a través de la toma de control de una empresa pública existente por parte del sector privado, modificando una entidad existente, en las que la consolidación depende del cumplimiento de los criterios establecidos por Eurostat y SEC-95 para la modalidad de colaboración público-privada institucionalizada (CPPI).

La Ley 15/1997, de 25 de marzo, de habilitación de nuevas formas de gestión, concreta para el ámbito sanitario, lo que el TRLCSP contempla con carácter general, en referencia a las empresas públicas –sociedades mercantiles–, en los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

En el sector sanitario, las sociedades mercantiles autonómicas han tenido un uso muy restringido en relación con la gestión de urgencias, emergencias y transporte sanitario: Canarias (Sociedad mercantil autonómica: Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias S.A.); Cantabria (112 Cantabria S.A.); Cataluña (Empresa pública con forma de sociedad mercantil autonómica que colabora con el Servicio Catalán de la Salud: Sistema de Emergencias Médicas, S.A. y Energética de Instalaciones Sanitarias S.A.).

En todo caso, la utilización de la forma societaria para llevar a cabo la prestación de los servicios sanitarios públicos no implica que exista un "mercado de la sanidad". Más parece que optar por esta figura persigue, únicamente, una vez más, la flexibilización de las formas jurídicas y del Derecho por el que se rige, sin más. En nuestra doctrina, se ha defendido que la forma societaria mercantil debería quedar reservada a los supuestos en que exista una actuación sometida a real y efectiva competencia, dado que las sociedades públicas mercantiles son, con carácter general, inadecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado.

2.3.2. Fundaciones públicas autonómicas (en mano pública)

El auge experimentado por las fundaciones de iniciativa pública en el sector público, y en concreto, en el sanitario, se debe a que gozan de gran flexibilidad, capacidad de adaptación a distintas situaciones, facilidad de organizar el control posterior de sus actividades y, finalmente, por su prestigio social, son un instrumento idóneo para la obtención de recursos ajenos. La ventaja que supone la elusión de determinados controles, el establecimiento de cajas especiales, y la personificación de fines concretos para lograr su mejor consecución, es lo que ha llevado a los sujetos públicos a utilizar la institución fundacional, en especial, en su forma privada. Su uso también se ha visto incentivado por la "empresarialización" que de las fundaciones hizo, primero la Ley de Fundaciones de 1994 y después, la vigente Ley de Fundaciones de 2002.

A diferencia de las sociedades y los consorcios, la utilización de las fundaciones con una pretensión instrumental por las Administraciones públicas es relativamente reciente. Pero esa nueva práctica no pasará inadvertida, y la utilización de las fundaciones por las Administraciones será objeto de fuertes críticas por la doctrina jurídico-administrativa, que mayoritariamente la descalificará como último episodio del fenómeno de huída del Derecho administrativo.

Fuera por las manifestaciones críticas o por el auge que estaban experimentando, lo cierto es que al promulgarse la citada Ley 50/2002, de Fundaciones, se establecieron ya una serie de previsiones específicas para la fundaciones del sector público estatal, que introducían en su actuación algunos de los principios propios de las Administraciones públicas (publicidad y concurrencia en la contratación administrativa y selección de personal, además de otros). Tales previsiones no son de aplicación directa a las Comunidades Autónomas, pero es indudable que las pautas recogidas en dicha Ley han de ser observadas también por ellas, por el resto de Administraciones y por las fundaciones que todas ellas creen o en las que tengan una posición mayoritaria, y todo ello en razón del hecho de participar de esa naturaleza pública común.

Por consiguiente, en términos análogos a los de las sociedades y consorcios autonómicos, alcanzan a las fundaciones las exigencias derivadas de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia en los ámbitos de contratación administrativa y selección de personal, y ello sin perjuicio de que se extienda su aplicación a la concesión de subvenciones u otras actuaciones.

No obstante lo anterior, hay que realizar una serie de matizaciones:

- Titularidad dominical versus Titularidad organizativa

Las fundaciones no tienen titular dominical, porque a nadie pertenecen, a diferencia de las sociedades mercantiles. No son, ni de naturaleza ni de titularidad pública, tal y como exige la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud. Para poder salvar la posibilidad de crear fundaciones privadas por entidades públicas en el ámbito sanitario al amparo de ésta Ley, habría que forzar la interpretación del texto legal para entender que no se refiere a titularidad dominical, sino organizativa, referida por ello no a la propiedad sobre la fundación, sino a la capacidad/competencia para su creación o a la iniciativa en constituir la fundación. Por tanto, las fundaciones han quedado, implícita e impropiamente habilitadas en el sector sanitario por la Ley 15/1997, por lo que parece que ésta, las subsume en la categoría de entes de titularidad pública. Sucesivas leyes han avalado esta interpretación. Al ser financiadas y controladas por el sujeto fundante y exigirse una presencia decisiva pública en su patronato por órganos de la Administración Pública, entran dentro de la amplia expresión "entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho", a que se refiere el artículo único de la citada Ley, admitiéndose la creación de fundaciones privadas en mano pública en el ámbito sanitario.

- Titularidad patrimonial versus Titularidad política

No se entiende tampoco que el organismo que cree una fundación, continúe siendo titular de la misma, cuando el fundador, sea persona física o jurídica, en ningún caso aparece como titular de la fundación, ya que ésta es un sujeto independiente, con vida propia. Si se admitiera que el organismo público que las constituye pasa a ser titular de la fundación una vez creada, estaríamos diciendo que la fundación no es autónoma en la práctica. Frente a esto, puede defenderse la superación de una concepción puramente patrimonialista de las fundaciones, que identifica titularidad con titularidad patrimonial, y se podría defender un concepto de titularidad que se identifique con titularidad política, por la que se permite el control de la fundación por parte de un tercero (en este caso, una Administración Pública), a través de su patronato y de la manifestación sucesiva de la voluntad del fundador.

- Autonomía de la voluntad *versus* heteronomía normativa

Otra diferencia es que cualquier persona jurídico privada, en base a la autonomía de la voluntad, puede decidir libremente, en el marco de la Ley de Fundaciones, constituir una fundación. Pero en relación con las entidades de Derecho público, se plantea el problema de que están sujetas a la heteronomía normativa y no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que actúan con sometimiento pleno al Derecho y persiguiendo el interés general, nunca en ejercicio de una “voluntad propia”.

- No separación entre patronato y protectorado

En la organización de las fundaciones de competencia estatal, el protectorado se ejercerá por la Administración General del Estado. Al ostentar en esos supuestos el protectorado potestades directivas sobre el patronato, que es una entidad meramente instrumental, su naturaleza queda alterada, pues debería ser una función externa e independiente de la fundación. En las fundaciones del ámbito sanitario, constituidas por el INSALUD, para la gestión de los Hospitales de Alcorcón y la Calahorra, el Ministerio de

Sanidad y Consumo asumió el ejercicio de las funciones de protectorado. Recordemos que al INSALUD –el fundador–, le competían las funciones de administración y gestión de servicios sanitarios, bajo la dirección y tutela del Ministerio de Sanidad y Consumo. No existía, pues, una separación o alteridad entre patronato y protectorado, entre gobierno y control, que está detrás de la estructura organizativa, creada por la fundaciones. Esto entra en contradicción con el Derecho de fundaciones, cuestión que tiene encaje difícil en los supuestos en el que el fundador es una entidad pública. Pero además, choca también con el nuevo modelo de gestión, ya que con este tipo de figuras se pretende la separación entre funciones de autoridad –regulación, control e inspección–, financiación y compra del servicio sanitario, y las de provisión por otro.

Vemos que en este contexto, la separación entre instancia de gobierno –patronato– y de control –protectorado– es meramente formal. En caso de discrepancias entre ellos, parece que el protectorado optaría por ejercer esas potestades, que incluyen la facultad de cesar y sustituir a los miembros de sus órganos de gobierno. La relación de protectorado se confunde e identifica con la función de dirección y control propia de la relación de instrumentalidad a que están sometidas las entidades institucionales públicas.

Por tanto, cuando el fundador es la Administración Pública, el esquema organizativo general se altera, por confusión entre la instancia de gobierno y la de control, sobre todo si coinciden el fundador y el protectorado, provocando una incompatibilidad clara entre ambas funciones. Concluimos de lo anterior, la dificultad de encajar a los sujetos públicos en un esquema organizativo de Derecho privado, como son las fundaciones.

La Administración, no se limita al ejercicio del protectorado, sino que los entes públicos aparecen como promotores o patronos de fundaciones, empleando la segregación de recursos patrimoniales como técnica habitual de gestión de actividades incluidas dentro de sus esferas competenciales.

- Personal

Es importante resaltar, que el personal de la fundación, lo es de ella y no de la entidad pública fundadora, por lo que no es coherente que la fundación se nutra de personal al Servicio de las Administraciones Públicas (funcionario o estatutario).

- Fundación creada por persona, física o jurídico, privada: puede prestadora de servicios sanitarios

La fundación creada por persona, física o jurídico, privada, puede, y en muchas ocasiones así sucede, ser prestadora de servicios sanitarios. Puede hacerlo a título privado o como provisor de servicios públicos mediante la vinculación a la Administración pública mediante concierto o convenio u otra modalidad de contrato administrativo. El régimen jurídico de las fundaciones es el mismo, independientemente de que la fundación la constituya una persona pública o privada, con las siguientes salvedades, si es constituida por persona privada: 1) La LF exige que la persona física tenga capacidad general de obrar y capacidad especial para disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la donación; 2) Si la fundación se constituye por persona física, puede hacerse intervivos o mortis causa; 3) Cuando la fundación es creada por una persona jurídica privada que tenga la

forma de sociedad (civil, mercantil, laboral, cooperativa), la ley exige acuerdo expreso de su junta general o de su asamblea de socios.

- Semejanzas de las fundaciones públicas de las Comunidades Autónomas

Como idea inicial debe significarse que las fundaciones públicas autonómicas guardan semejanzas con las sociedades mercantiles autonómicas, en tanto que personificaciones instituidas con arreglo al Derecho privado y atendido a que pueden ser creadas únicamente por la Comunidad Autónoma o en concurrencia con otras Entidades, públicas (fundaciones o sociedades mercantiles plurales) o privadas (fundaciones o sociedades mixtas o participadas). También mantienen identidades con los consorcios autonómicos, en aquellas modalidades de fundaciones plurales en que concurran otras personas jurídicas, públicas o privadas, o físicas.

- Designación de representantes de la Comunidad Autónoma en las fundaciones autonómicas

Si calificábamos de elevada la complejidad que rodeaba a la designación de representantes de la Comunidad Autónoma en las sociedades, en razón de la cierta opacidad de su regulación, debemos reiterarlo, incluso con perfiles aumentados, en el caso de las fundaciones autonómicas, pues ni las pocas reglas fijadas para aquéllas se contienen en relación con éstas. Con todo, hay que reseñar que la incorporación del representante en el órgano de gobierno de la fundación como patrono debe seguir las prescripciones de la legislación civil respectiva, que, entre otros, prevé los trámites de aceptación del cargo en documento formalizado y su anotación en el Registro de Fundaciones correspondiente.

- Relaciones entre la fundación y la Comunidad Autónoma

Una característica peculiar de esta personificación instrumental que estamos analizando es que las relaciones entre la fundación y la Comunidad Autónoma se establecen, además de a través de la Consejería de Hacienda y la que la vincula por razón de la materia, mediante la que tenga atribuido el protectorado si es que no corresponde a ninguna de las otras dos Consejerías. Pese a ello, no parece que se ejerzan muchos controles sobre las fundaciones más allá de los de carácter formal (remisión de presupuestos y cuentas, entre otros).

- Difuminación de sus señas de identidad: Ausencia de ánimo de lucro y carácter gratuito del cargo de patrono

Los principios que en el pasado constituían sus señas de identidad –ausencia de ánimo de lucro y el carácter gratuito del cargo de patrono–, con la nueva legislación tanto estatal como autonómica han sido, cuando menos, matizados al admitirse tanto que desarrollen actividades económicas, participen en sociedades mercantiles y obtengan ingresos destinados al cumplimiento de los fines que le son propios; así como que los patronos sean reembolsados de sus gastos o retribuidos si prestan servicios distintos de los que implica el desempeño como miembro del patronato, previa autorización del protectorado. Estas previsiones, unidas al hecho de que se admita con normalidad la existencia de cargos directivos de la fundación (gerentes o administradores, obviamente retribuidos), la han

homologado como instrumento de gestión y de ahí el recurso a utilizarla como personificación instrumental autonómica.

- Posibilidad de externalización de la gerencia de la fundación

La última modificación de los Estatutos de la Fundación Hospital de La Calahorra, abre la posibilidad de que la gerencia de la Fundación pueda ser encomendada a una persona física como se regulaba en los Estatutos o, como nueva opción, a una persona jurídica. Con ello, se abre la posibilidad de transferir la gestión de la Fundación Hospital de Calahorra a una entidad privada. Esta transferencia se realizaría recurriendo a la Ley de Contratos del Sector público. Los representantes de los trabajadores, han mostrado su desacuerdo con lo que denominan "privatización de la Gerencia".

Al ser la fundación la última de las personificaciones que las Comunidades Autónomas han adoptado con ese propósito de instrumentalización, su normativa en conjunto es de una densidad menor que las otras personificaciones instrumentales autonómicas, si bien la tendencia a su regulación es creciente.

Del análisis efectuado de las fundaciones públicas autonómicas, en relación con la normativa especificada para las Comunidades Autónomas, pueden diferenciarse dos grupos:

- Comunidades Autónomas que siguen el modelo estatal de la Ley 50/2002 y regulan con carácter general los aspectos esenciales de las fundaciones públicas autonómicas en el marco de la propia legislación civil sobre fundaciones. En este grupo se incluyen, Andalucía, Canarias, Castilla y León (se regula el régimen de autocontratación de la fundación y se regula la absorción de fundaciones por otra fundación), Cataluña (de todas las Comunidades Autónomas que han regulado las fundaciones, es la que se ha mostrado más restrictiva con la posibilidad de la constitución de éstas por los sujetos públicos), Galicia (es donde la figura de la fundación ha tenido más predicamento, siendo pionera en su uso para gestión de servicios sanitarios, pero hay que diferenciarlas de las fundaciones públicas sanitarias), Madrid (su legislación autonómica establece la exclusión de las fundaciones del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y se remite a la responsabilidad de los sujetos privados; la extinción y liquidación de las fundaciones establece la posibilidad de reversión de los bienes al fundador), País Vasco, La Rioja y Comunidad Valenciana. Dentro de éste grupo, en el ámbito sanitario se han creado las siguientes:

  - *Castilla y León:* Fundación de Hemoterapia y Hemodonación
  - *Cataluña:* Fundación Hospital de la Santa Cruz i San Pau
  - *Galicia:* Fundación Pública Instituto Galego de Oftalmoloxía, Centro de Transfusión de Galicia (Fundación Pública dependiente de la Conselleria de Salud), Fundación Pública Urxencias Sanitarias de Galicia 061, Fundación Galega de Medicina Xenómica
  - *Madrid:* Fundación Hospital de Alcorcón, adscrita a la Consejería de Sanidad, y dependiente del Servicio Madrileño de Salud.
  - *La Rioja:* Fundación Hospital de Calahorra, Fundación Rioja Salud

- Comunidades Autónomas que regulan sucintamente aspectos generales de las fundaciones autonómicas, específicamente, pero desde la perspectiva del Derecho público. No han dictado leyes autonómicas de fundaciones. Estarían en este grupo la regulación de

Asturias, Aragón, Cantabria, Castilla la Mancha, Extremadura, Islas Baleares (las fundaciones del sector público se pueden fusionar con otras fundaciones y pueden ser absorbidas por otros entes de Derecho público integrados en el sector público autonómico, incluida la integración en la Administración de la Comunidad Autónoma. También se pueden transformar en cualquier otro tipo de ente de derecho público que se integre en el sector público autonómico. La fusión, la absorción, la integración o la transformación de las fundaciones del sector público no conllevan la apertura del procedimiento de liquidación, pero si requieren el acuerdo previo del Consejo de Gobierno), Región de Murcia, Navarra. En el ámbito sanitario se han creado las siguientes:

— *Cantabria:* Fundación Marqués de Valdecilla. Como órgano dependiente de la Fundación Marqués de Valdecilla, está el Banco de Sangre y Tejidos de Cantabría.
— *Islas Baleares:* Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares

Por consiguiente la utilización de las fundaciones públicas autonómicas –en mano pública– como forma de gestión de centros sanitarios hospitalarios ha sido muy escasa (Fundación Marqués de Valdecilla, Fundación Hospital de la Santa Cruz i San Pau, Fundación Hospital de Alcorcón, Fundación Hospital de Calahorra), utilizándose también, en algunas Comunidades, en aspectos colaterales de la asistencia sanitaria –gestión de Bancos de Sangre y Tejidos, investigación, etc.–.

Las formas de personificación de Derecho privado, ya sean sociedades mercantiles de titularidad pública o de fundaciones privadas en mano pública, se utilizan, preferentemente, para llevar a cabo funciones accesorias a las típicamente prestacionales, aunque también existen ejemplos en este último sentido como se ha visto.

Valorando en conjunto los Sistemas Sanitarios públicos/Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se concluye que dejando aparte la personificación mediante Organismos públicos de los Servicios de Salud, la utilización de organismos, entes y entidades jurídico-públicos –con personalidad jurídica–, y órganos administrativos –sin personalidad jurídica– para la gestión directa de la asistencia sanitaria, ha sido muy escasa; siendo aún menor la utilización de personificaciones jurídico-privadas como las Fundaciones públicas autonómicas –en mano pública– y Sociedades mercantiles autonómicas.

Podríamos hablar por tanto, del mito caído de la personificación jurídica de centros sanitarios, al haberse utilizado poco esta fórmula.

En consecuencia, el debate de la gestión de la asistencia sanitaria pública, se centra actualmente, en la gestión indirecta –externalización–.

3. GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La opción por formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria, se plantea en los casos en los que la Administración necesite la colaboración de los sujetos privados para el cumplimiento de sus obligaciones o bien, por decisión política, se pretenda dejar más espacios a los agentes privados proveedores de asistencia sanitaria.

La LGS admite la vinculación de centros sanitarios carácter privado mediante convenios singulares y conciertos para la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos, dándose prioridad a los centros sin carácter lucrativo. La forma de vinculación de los medios ajenos, se amplió, a otros contratos y acuerdos, con la Ley 15/1997.

Las Comunidades Autónomas, además de prever con carácter general la posibilidad de acudir a la colaboración de la iniciativa privada para la prestación de servicios sanitarios, usualmente se han ocupado de regularla específicamente, en el marco de la legislación básica del Estado. Esta regulación es muy similar para todas ellas, estableciendo unas previsiones muy genéricas e incluyendo exigencias de la obtención de homologación o acreditación de los centros o entidades que deseen colaborar con la iniciativa pública. La colaboración, en todo caso, se ha de realizar teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización, necesidad de atención en cada momento y adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados. Las Comunidades Autónomas de Valencia, Madrid y Cataluña, son las que más han utilizado las fórmulas de colaboración público-privada para la realización de infraestructuras sanitarias y gestión de la asistencia sanitaria.

Actualmente en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se regulan tres contratos, que encajan en el género de colaboración público-privada. Dos son de tipo concesional –el de gestión de servicios públicos en la modalidad concesión y el de concesión de obras públicas–, y uno, el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, más próximo a los PFI anglosajones (Iniciativa de Financiación Privada).

Entre esos contratos puede existir un solapamiento, no estando claras las fronteras. Los tres tipos, concurren en buena medida, cuando el objeto del contrato es la construcción y posterior gestión de infraestructuras o equipamientos públicos sanitarios, y en este caso, estaríamos ante opciones alternativas, y la elección dependerá de la idoneidad de cada contrato para los objetivos del interés público que pretenda la Administración.

No obstante, los contratos de colaboración público-privada son problemáticos para la gestión indirecta, por su complejidad para cumplir con los criterios de estabilidad presupuestaria, y porque en los procesos de su configuración, suele estar muy involucrado el sector privado.

Otras desventajas comunes a la utilización de los tres tipos de contratos, está la relativa "pérdida de patrimonio" de los bienes y servicios de la Administración al encomendarle íntegramente al sector privado durante un largo periodo de tiempo, su gestión. Se corre el peligro de enmascarar niveles elevados de deuda pública y sobre costes al erario público. Los compromisos de gastos de futuros ejercicios limitan la financiación de nuevos proyectos en un marco de estabilidad presupuestaria, así como el encarecimiento relativo que la financiación privada puede suponer, en relación con la financiación tradicional mediante deuda pública.

Tiene gran interés diferenciar entre conciertos, convenios –previstos en la Ley General de Sanidad–, y la concesión administrativa, para la gestión indirecta de la asistencia

sanitaria. En palabras del Tribunal Supremo[6], "la concesión administrativa implica cesión de la gestión a la empresa privada adjudicataria; ni en el concierto sanitario ni en el convenio singular existe gestión por la empresa privada, sino mera prestación". En consecuencia, no cabe equiparar la figura privatizadora de la concesión con los contratos aludidos en la LGS.

En el ámbito sanitario, algunas Comunidades Autónomas han utilizado dos fórmulas concesionales: Los modelos PFI (Iniciativa de Financiación Privada) y las concesiones de gestión de servicio público –modelo Alzira–; éstas últimas, externalizan por completo la gestión, incluyendo la asistencia sanitaria. Las dos fórmulas difieren del modelo tradicional de concesión.

El contrato de concesión presenta dificultades para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria. Inicialmente, se aceptó expresamente por el Tribunal Supremo[7]. Sin embargo a raíz de las reformas externalizadoras emprendidas por la Comunidad de Madrid, el problema que se plantea, es saber si la concesión de servicios sanitarios de hospitales y centros de salud, encaja en nuestro Ordenamiento jurídico y con los principios esenciales del Sistema Nacional de Salud. El debate jurídico ha llegado al propio Tribunal Constitucional y se han producido importantes movilizaciones de oposición a la reforma.

Entre los principios jurídico-constitucionales posiblemente infringidos por la Ley externalizadora de la Comunidad de Madrid[8], estaría la alteración del sistema competencial en materia de regulación de la contratación pública y concesiones, en relación con la libre competencia. También acarrearía una vulneración de la legislación básica relativa a la contratación de las Administraciones Públicas Sanitarias. Además, el establecimiento de este tipo de concesiones administrativas, genera un modelo económico dual de aseguramiento de la prestación: contractual y presupuestario, que desencadena dinámicas económicas, financieras y de asistencia sanitaria ineficientes, y que comportan desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma Comunidad.

La polémica se ha zanjado en parte, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril 2015[9].

El verdadero problema, en los supuestos de externalización de la gestión de la asistencia sanitaria, no está en los costes, sino en la garantía de la calidad asistencial.

[6] Sentencia, de fecha 20 de diciembre 2000 (JUR\2001\160009).

[7] Sentencia de 20 de diciembre de 2005 (RJ\2006\4212).

[8] Cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista, con fecha 27 de marzo de 2013, interpusieron el recurso de inconstitucionalidad número 1884-2013, contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM 29.12.2012). La base de ese recurso está en el Informe elaborado por los Equipos Técnicos de la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) y López Rodó & Cruz Ferrer Abogados, de 19 de marzo de 2013 (http://www.asociacionfacultativos.com/images/comunicados/inconstitucional.pdf).

[9] El Pleno del Tribunal Constitucional, por unanimidad, ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad nº 1884-2013 contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid. La sentencia declara conforme a la Constitución el artículo 62, que habilita al Servicio Madrileño de Salud a "adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada" en seis hospitales de la región; y declara inconstitucional el art. 63, que modifica la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid y otorga a determinadas sociedades médicas preferencia para ser adjudicatarias de la gestión.

4. EL CONSORCIO

El consorcio no es una forma de gestión ni directa, ni indirecta, sino un organismo público personificado. Este, podrá utilizar cualquiera de las formas de gestión previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas, para garantizar la eficaz prestación de los servicios. No obstante, aunque en abstracto puedan resultar idóneas las formas de gestión, directas o indirectas, parece en principio, que las primeras se adecuan mejor al ámbito sanitario. Con carácter general, las formas de gestión indirecta no se adaptan bien al consorcio, ya que no parece muy lógico, que las Administraciones Públicas con un objetivo común, vayan a constituir una entidad instrumental de carácter corporativo, para después encargar la prestación del servicio a un particular.

Aunque no es una entidad muy utilizada en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, el consorcio se ha empleado en algunas Comunidades Autónomas –Andalucía, Aragón, Cataluña, Islas Baleares, Comunidad Valenciana–, siendo con diferencia Cataluña, la que más la ha utilizado, al disponer históricamente de muchas instituciones sanitarias de titularidad municipal –Administración local–.

La institución del consorcio, parece tener mayor sentido en el ámbito sanitario, para el desarrollo de actividades de investigación y docencia, en cuya realización están interesados, desde sus competencias respectivas, diversos organismos o instituciones. Resulta común en la legislación sanitaria autonómica, una habilitación para la constitución de Consorcios de naturaleza pública o, de manera innominada, de otras fórmulas de gestión integrada o compartida con Entidades de naturaleza o titularidad pública o, privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes. Hoy por hoy, no se ha producido una regulación generalizada de los consorcios por las Comunidades Autónomas.

El consorcio puede ser útil para favorecer el principio de "integración de todos los servicios en una organización única", tal como dice la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad (LGS), aunque hay dificultad en ocasiones, para diferenciarlo de los convenios de colaboración, recogidos en la propia LGS, que pueden celebrarse entre la Administración sanitaria y otras Administraciones titulares de centros sanitarios. No tiene sentido la constitución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad. A su vez, las figuras consorciales, pueden dotarse de organismos instrumentales, con todas las variantes admitidas en Derecho.

La efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un Sistema público de Seguridad Social implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente –con o sin personalidad jurídica propia–, sin perjuicio de la colaboración de los centros privados, fundamentalmente mediante fórmulas de concertación. También es admisible la concesión y alguna otra fórmula análoga, como el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado, pero estas deben ser excepciones a la regla de la gestión directa, y por ello necesitadas de justificación concreta, sin que sea suficiente la genérica previsión legal de su admisibilidad. No puede interpretarse la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión del SNS, como una habilitación general que permita ignorar por completo todo el marco de garantías de nuestro modelo de Sanidad

pública y de contratación del sector público. Por consiguiente, la doctrina jurídica[10] ha señalado el carácter excepcional del recurso a la técnica concesional.

5. ¿ES LA GESTIÓN CLÍNICA, LA SALIDA DE LA ENCRUCIJADA?

La nueva gestión pública trata de aplicar en la práctica los modelos gerencialistas que pretenden emular los procesos de descentralización interna de la moderna empresa privada, acercando la toma de decisiones a las unidades organizativas inferiores, dotándolas así, de capacidades de gestión. De esta manera se liberarían recursos de las unidades superiores, concentrándose éstas en la evaluación y asignación de recursos. Permitirían además, introducir mecanismos de incentivos al explicitar objetivos en la formalización de los contratos, alejándose de los modelos burocráticos. Las principales experiencias han sido los Institutos Clínicos y las Unidades de Gestión Clínica (UGC), vinculadas éstas a la gestión de procesos clínicos (por ejemplo, el proceso diabetes, el proceso cáncer de piel, etc).

5.1. Concepto de Gestión Clínica

Pero, ¿qué es la Gestión Clínica?. Se trata de un modelo asistencial integrador, colaborativo y multidisciplinario, que busca la mejora de la eficiencia y calidad de la práctica clínica mediante la responsabilización de los profesionales sanitarios en la gestión de los recursos utilizados en su ejercicio profesional, organizando y coordinando las actividades que se generan en torno a cada proceso asistencial. Es un modelo gestión contractual, apoyada en la profesionalización.

Así pues, la GC se define[11] como el uso de los recursos, intelectuales, humanos, tecnológicos y organizativos, para el mejor cuidado de los enfermos y están en relación con el conocimiento clínico, la mejora de los procesos asistenciales y la organización de las unidades clínicas. Es decir, practicar GC es integrar la mejor práctica clínica y el mejor uso de los recursos disponibles.

El modelo de gestión clínica pretende:

- Impulsar una forma de organización que oriente la actividad hacia el proceso asistencial y la atención integral del paciente.

- Motivar a los profesionales sanitarios mediante su implicación en la gestión de los recursos de la unidad o servicio al que pertenecen.

- Fomentar nuevos valores y competencias esenciales para impulsar un renovado profesionalismo sanitario.

El consenso sobre la necesidad de la Gestión Clínica (GC) es prácticamente unánime. Si el profesional es quien decide el proceso productivo en el hospital o centro de salud, al

[10] MENENDEZ REXACH, A., "La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad", Revista de Administración Sanitaria, 2008/2.
[11] PEREZ, J.J., GARCÍA, J., TEJEDOR, M., "Gestión Clínica: conceptos y metodología de implantación", Rev. Calidad Asistencial, 2002; 17 (5): 305-11.

tomar decisiones con o en nombre del paciente, parece razonable que participe en la gestión de los recursos de las unidades clínicas si se quieren mejorar los resultados. Se pretende que la toma de decisiones esté allí donde hay más información, es decir, en los médicos y profesionales sanitarios en general.

Los médicos siempre han hecho gestión clínica, pero este nuevo planteamiento supone, por una parte, un nuevo abordaje de la dirección de las organizaciones sanitarias con consecuencia sobre el propio diseño organizativo y, por otra, la evaluación permanente de la actividad asistencial y la implicación de los profesionales en la gestión de los recursos utilizados en la atención de sus enfermos.

La gestión clínica se acompaña de una descentralización de la organización. El objetivo es que los profesionales tengan capacidad para organizarse y diseñar estrategias para la mejora de los resultados de la atención a los pacientes. Puede implicar una transferencia de riesgos a las unidades clínicas con la posibilidad de ganar o perder en función de los resultados.

Existen numerosos condicionantes de la actividad sanitaria que han dado lugar a nuevos planteamientos en la organización de los centros sanitarios. Entre los más importantes destacan: la variabilidad en la práctica clínica, las crecientes expectativas ciudadanas, la gran innovación de tecnologías y el marco económico en los servicios públicos.

Para hacer GC, es necesario investigar y mejorar la eficacia y efectividad de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, analizar y optimizar los procesos de atención a los enfermos y dotarse de la estructura organizativa y de control adecuada.

La metodología de implantación incluye el análisis de la práctica clínica, el estudio de la producción asistencial de la unidad y de utilización de recursos, el análisis organizativo, el desarrollo de un sistema de evaluación y la elaboración de criterios de atención ética y de calidad.

Este concepto entronca con los fundamentos éticos de la medicina, puesto que persigue el máximo beneficio para el paciente y la sociedad en su conjunto.

5.2. Niveles en la Gestión Clínica

En la Gestión Clínica se delimitan tres niveles:

- *Gestión de la asistencia sanitaria individual.* Se refiere a la elección de un determinado tratamiento o de una indicación quirúrgica. Es sin duda el aspecto más relevante de la GC, puesto que ésta se basa en la eficacia –mejorar el diagnóstico, el tratamiento y el cuidado de los pacientes– de esta primera decisión profesional. Se entiende por eficacia los beneficios obtenidos por un paciente cuando sobre él se aplican, en condiciones ideales, los conocimientos clínicos. En este nivel se puede decir que "la mejor gestión es una buena medicina". La Medicina Basada en la Evidencia, la epidemiología clínica y las técnicas de evaluación clínica aportan información para la selección de la pauta más adecuada para el enfermo.

Es importante considerar, en este nivel de decisiones, el aumento de la demanda de cuidados de enfermería motivado por la evolución demográfica y los cambios en los patrones epidemiológicos que han modificado el perfil de pacientes del hospital. Las características de los ancianos y de los pacientes crónicos hacen que la eficacia de la terapia individual

dependa, junto a una buena medicina, de un buen plan de cuidados de enfermería elaborado a partir de información sobre la capacidad de autocuidado del paciente, necesidades básicas, de los aspectos educativos y de las características de las redes de apoyo familiares.

- *Gestión de los procesos asistenciales*. Este segundo aspecto de la GC tiene que ver con la efectividad clínica –mejora de los resultados de la práctica clínica– y con la mejora en la gestión de los procesos tanto asistenciales como administrativos. La efectividad mide los beneficios obtenidos por un paciente, o un conjunto de pacientes, cuando los conocimientos o la tecnología se aplican en condiciones reales, es decir, la medida en que se consiguen los objetivos deseados. Lo esencial es garantizar la atención integral al paciente. De nada sirve aplicar una técnica quirúrgica correctamente en una patología oncológica si el diagnóstico se ha retrasado en la atención desde Atención primaria o el hospital. El análisis y la mejora continuada de los procesos asistenciales (lo que viene denominándose "reingeniería") es una herramienta esencial. La ventaja de la gestión por procesos es que refuerza la continuidad asistencial al integrar, actividades asistenciales como no asistenciales, de Atención primaria y especializada.

- *Gestión de la unidad o de la utilización de los recursos*. Dentro de la gestión clínica es imprescindible asumir este nivel de decisiones para poder hablar de responsabilidad sobre la eficiencia –optimización de costes–. Se entiende por eficiencia la relación entre los beneficios obtenidos y los costes que se han empleado en obtenerlos. Es un término relativo y, por tanto, debe analizarse en términos comparativos. En este momento existen suficientes experiencias sobre presupuestos clínicos, sistemas de control de gestión, medida de la actividad de los servicios asistenciales, sistemas de información de costes, etc., que pueden ayudar a la gestión de la unidad. Independientemente de los instrumentos que se utilicen, la unidad puede optar por modelos organizativos innovadores como las cooperativas sanitarias u otras formas de asociación profesional que puedan mejorar la capacidad de gestión.

Las decisiones que se toman en cualquiera de estos niveles tienen un reflejo en los costes de la asistencia que se ponen de manifiesto en la cuenta de resultados de la unidad, así como en los estándares de calidad del servicio. Los profesionales que se incorporen a una unidad con autonomía de gestión tendrán que plantearse de qué forma consiguen optimizar la eficacia, la efectividad y la eficiencia de sus decisiones para lograr mejores resultados.

El proyecto de descentralización a través de la gestión clínica pretende maximizar la calidad. No se trata simplemente de ahorrar, sino de optimizar los recursos y mejorar la calidad de los servicios.

Como hemos visto, existen métodos y sistemas de información para mejorar la toma de decisiones en cada uno de los niveles delimitados para la gestión clínica. La unidad debe desarrollar guías de actuación para mejorar la eficacia, la efectividad y la eficiencia. En un primer momento, las comparaciones sólo podrán hacerse con los resultados de la misma unidad en otros períodos, pero cada vez más será posible compararse con unidades similares y con estándares publicados.

5.3. Las dificultades en la implantación del Modelo de Gestión Clínica

¿Cuáles son los puntos débiles en la implantación de las Unidades de Gestión Clínica?

La creación de las Unidades de Gestión Clínica (UGC), se inicia hace mas de 30 años con la "Clinical Governance" en el NHS inglés; posteriormente en el INSALUD, apareció una guía de gestión clínica, precursora del desarrollo posterior llevado a cabo por las Comunidades Autónomas. En el plano teórico, son indudables las ventajas del modelo de Unidades de Gestión Clínica, liderado por profesionales y centrado en el paciente. No obstante lo anterior, existen puntos débiles para su implantación y generalización en el Sistema Nacional de Salud:

- El modelo es más fácil de implantar en Atención primaria. Los intentos de implantación en Atención especializada –hospitales– choca con las viejas estructuras existentes de Servicios asistenciales, jerarquizados y con parcelas de poder en la organización del centro, muy definidas tanto formalmente como informalmente. Es complicado cambiar de un modelo organizativo compartimental –vertical– a uno horizontal, existiendo dificultades por las pérdidas de "poder fáctico" de determinados Jefes de Servicio con el correspondiente nombramiento –con "plaza en propiedad"–. Así mismo, las UGC, coexisten con las estructuras paralelas de Enfermería, y personal no sanitario; estas tipologías de personal, adscritas funcionalmente a las UGC, conservan, superiores jerárquicos diferentes a los responsables de las nuevas Unidades, quedando como estructuras en paralelo con funcionamiento independiente, en lo referente a la gestión de personal (turnos, absentismo, sustituciones….), produciéndose muchas disfunciones.

Las dificultades surgen de la coexistencia de estos nuevos modelos –UGC–, caracterizados por la transversalidad, con la estructura jerárquica tradicional, en departamentos y servicios, propia de los centros sanitarios –hospitales–, especialmente en cuanto al personal sanitario se refiere.

- El modelo de Gestión Clínica pretende mayores cotas de autonomía para el profesional en la toma de decisiones de gestión, vinculadas a la eficiencia, eficacia y mejor evidencia clínica. Sin embargo en la práctica, se ha demostrado la escasa autonomía de los profesionales, que inicialmente pactan objetivos de gestión, pero progresivamente se produce un deslizamiento, acabando siendo impuestos por la dirección gerencia de los centros sanitarios, quedando la supuesta autonomía de los profesionales en un plano casi testimonial.

- Se parte de la idea de incentivar a los profesionales, ligando el cumplimiento de los objetivos "pactados" entre la UGC y la dirección del centro sanitario, con una parte de variable de la retribución –Complemento al Rendimiento Profesional (CRP)–; sistema que en principio pretendía discriminar entre Unidades de Gestión Clínica y entre profesionales, dentro de las mismas, creando competencia. Sin embargo, este sistema incentivador cambió, apartándose de sus objetivos, hasta irse convirtiendo en un complemento retributivo casi lineal, llegando casi a desaparecer con los ajustes presupuestarios relacionados con la crisis económica.

- Se construye un modelo de competencias necesarias para desempeñar cada uno de los puestos que componen la UGC, pero no hay herramientas reales para mejorar las competencias de los profesionales a través de formación. La selección de los profesionales de nueva incorporación, sigue siendo ajena los responsables de la UGC, al seguir reguladas por las normas del personal estatutario (bolsas de empleo, etc.), ajenas a los planteamientos del modelo.

- La oposición de las organizaciones sindicales a la implantación de las UGC, ha ido minando el impulso inicial dadas a las mismas por los Servicios Públicos de Salud, hasta casi homogeneizar la mayor parte de las UGC con los Servicios asistenciales tradicionales. En materia de prestación de servicios se han ido diluyendo gran parte de las ventajas de la Gestión Clínica, al retornar a encuadrar al personal en el Estatuto Marco, que no ha sufrido las modificaciones legislativas suficientes para mantener el impulso, más entusiasta que efectivo, de los responsables de las políticas sanitarias, en los últimos años. La precariedad laboral de los profesionales de los Servicios de Salud, sobre todo el personal de nueva incorporación –eventuales–, con un progresivo recorte salarial y jornadas porcentualmente reducidas, y la no reposición –cobertura– de las pérdidas de personal (jubilaciones, incapacidades, temporales y permanentes, etc.), dificulta una reforma organizativa de tal calado, no existiendo suficiente masa crítica para su implantación.

- El nombramiento de los directores de las UGC, ha sido de dudosa legalidad, habiéndose utilizado, en muchos casos, de manera arbitraria para sustituir a Jefes de Servicio, que eran vistos como un obstáculo a los intereses de la dirección de los centros. Incluso se llegó a mantener, en algunos casos en paralelo, las UGC y los Servicios Asistenciales originales, pero ya, residuales.

- Hasta ahora no ha existido un impulso legislativo en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Pocas de éstas, han regulado en su legislación sanitaria el Modelo de Gestión Clínica. Como ya se dijo al abordar la gestión directa mediante formas sin personalidad diferenciada, las funciones de gestión de asistencia sanitaria, pueden atribuirse, en régimen de desconcentración, además de a los órganos especializados –los centros y establecimientos sanitarios–, a cualquier estructura específica que se cree por la Administración sanitaria, para la gestión de un establecimiento, un servicio público o el ejercicio de una función específica.

La Ley 3/2003, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana, en sus arts. 41 a 45 se refiere a las fórmulas organizativas de integración de recursos asistenciales; así, la Agencia Valenciana de Salud podrá autorizar en sus centros la creación de nuevas unidades/fórmulas organizativas como son las áreas clínicas y las unidades de gestión clínicas. No tienen personalidad jurídica.

Otras Comunidades Autónomas, aunque no regulen este tipo de unidades en sus Leyes de Salud, han iniciado mediante normativa de rango menor, la implantación de las mismas, habiéndose traducido la resistencia a su implantación por ciertos colectivos, en recursos ante los Tribunales de Justicia.

El IV Plan Andaluz de Salud 2013, publicado por la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, establece como "Compromiso 5: Situar el Sistema Sanitario Público de Andalucía al servicio de la ciudadanía con el liderazgo de los y las profesionales". Este compromiso, en uno de sus puntos de desarrollo, se refiere a la Organización del Sistema Sanitario Público de Andalucía (SSPA); dice "Así el SSPA debe incorporar ya, formas de organización más horizontales, que cuente con la ciudadanía como parte del modelo y que faciliten estos retos. Esta organización consolidada en el SSPA, se articula en base al modelo denominado Gestión Clínica……. La nueva organización estará basada en las unidades de gestión clínica que serán el elemento nuclear. Estas unidades se conciben como el mejor escenario de confluencia de las expectativas y necesidades de la ciudadanía con el

desempeño y el desarrollo de profesionales……. El SSPA orientará la organización de las unidades de gestión clínica como estructuras nodales que permitan el desempeño en redes de conocimiento, y establecerá la metodología y las herramientas que faciliten su descentralización y autonomía para la gestión de los recursos disponibles contribuyendo a la sostenibilidad del sistema sanitario".

La reconversión del actual modelo organizativo en el nuevo Modelo de Gestión Clínica, desde el punto de vista de su legislación básica, deberá constar de dos áreas fundamentales: una sobre creación, constitución, financiación y estructura de las Unidades de Gestión Clínica y la segunda, sobre incorporación de recursos humanos al nuevo modelo de gestión clínica.

En el ámbito estatal, es necesario, la modificación y/o adaptación de los preceptos correspondientes que son parte de la legislación básica estatal. En las Comunidades Autónomas, facilitando las modificaciones normativas en el ámbito de sus competencias, para hacer viable la propuesta.

6. CONCLUSIONES

Las opciones organizativas de la gestión de la asistencia sanitaria, no son en absoluto excluyentes, sino que en la realidad se produce una combinación de las mismas. Pueden y deben combinarse estas, para distribuir las funciones prestación de asistencia sanitaria de la forma que se considere más eficiente.

No habiendo tenido éxito la gestión directa de la asistencia sanitaria mediante personificaciones –públicas o privadas– de titularidad pública, y siendo muy controvertidas las opciones de externalización iniciadas en algunas Comunidades Autónomas, está alcanzando altos niveles de consenso la denominada "Gestión Clínica", la cual se enmarca en la nueva gestión pública –aplicación de los modelos gerencialistas–.

La gestión clínica plantea una descentralización de la organización. El objetivo es que los profesionales tengan capacidad para organizarse y diseñar estrategias para la mejora de los resultados de la atención a los pacientes. Puede implicar una transferencia de riesgos a las unidades clínicas con la posibilidad de ganar o perder en función de los resultados. En ella se delimitan tres niveles: Gestión de la asistencia sanitaria individual, gestión de los procesos asistenciales, y gestión de la unidad o de la utilización de los recursos.

Es preciso plantear propuestas legislativas para la implantación del Modelo de Gestión Clínica, sobre el que actualmente existe un mayor consenso como alternativa de gestión.

Las claves están en mejorar la Gobernanza del Sistema Nacional de Salud y su financiación, manteniendo la senda marcada por la LGS.

"Lo público, cuando se gestiona honestamente y con profesionalidad, es lo único que ampara y socorre a los más débiles –todas las personas enfermas–".

En definitiva, este estudio pretende contribuir al debate sobre la gestión de la asistencia sanitaria, aportando propuestas de modificaciones de la actual normativa reguladora de la misma, advirtiendo además, de los riesgos inherentes a ciertas formas de externalización de la asistencia sanitaria.

Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social
Supplements up to the minimum pension on System of Social Security

JUAN RAMÓN RIVERA SÁNCHEZ
CATEDRÁTICO ESCUELA UNIVERSITARIA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Resumen

La existencia de una normativa sobre complementos a mínimos constituye el reconocimiento expreso de que nuestro Sistema de Seguridad Social, fuertemente inspirado en un modelo contributivo, genera pensiones de cuantía inferior respecto a las que el propio Sistema califica como cuantía mínima y, por tanto, a tales beneficiarios les reconoce unos niveles de renta que les sitúa entre los umbrales que se califican como situación técnica de pobreza.

A fin de amortiguar los efectos sociales de esa situación, se reacciona con los complementos a mínimos que, en realidad, suplementan la cuantía de la pensión inicialmente reconocida, suplementos que para determinar su cuantía toman en consideración otras fuentes de ingresos compatibles con la pensión base.

Por tanto, en este trabajo se afronta el análisis técnico jurídico de la dinámica de esta institución, sus principales elementos y su dinámica. Todo ello actualizado con los contenidos incorporados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2015, y, desde una perspectiva crítica, se enjuicia el grado de extensión de la acción protectora de los complementos a mínimos en las que se detecta lagunas en su acción protectora de difícil justificación.

Palabras clave

pensión; rendimiento adicional y complementos a mínimos.

Abstract

The legislation provides that the supplements pensions to the express recognition the social security system, strongly inspired by a contributory model, generates lower pension amount with respect to which the system itself qualifies as the lowest level and therefore provides a level income beneficiary, to fall between the poverty lines.

To improve this situation, it reacts with add-ons that supplement the minimum amount initially recognized, supplements to determine their amount takes into account other sources of income consistent with the pension base.

Therefore, it focuses legal analysis on this institution, its main elements and its dynamic is facing. This updated with the Act incorporated by the State Budget 2015 levels and, from a critical perspective, the degree of extension of the benefit of the supplements to minimum where hard to explain gaps detected prosecuted.

Keywords

Widow's pension, reconciliation, legal separation, marriage, divorce

1. INTRODUCCIÓN

Aquí se va a efectuar una aproximación al estudio de las "pequeñas cifras"[1] de la pensiones, aunque para sus beneficiarios resulten ser vitales pues, con independencia de que la serie histórica de las cantidades presupuestadas para hacer frente a tales complementos sea

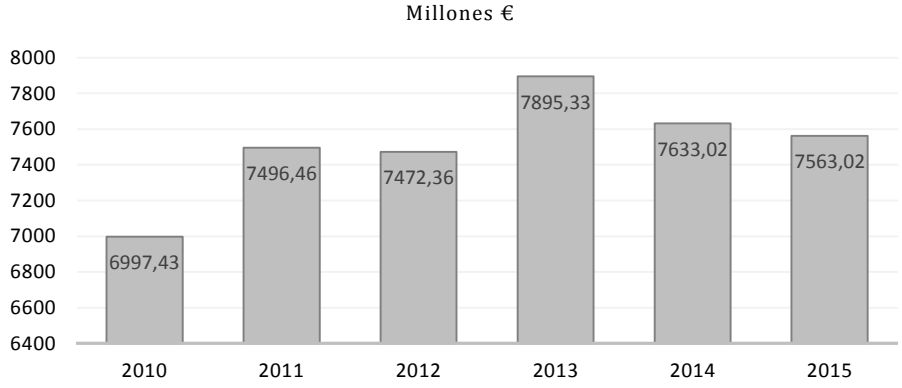
[1] De hecho, en la nómina del mes de agosto de 2014, la cuantía media mensual en euros pagada en concepto de complementos por mínimos fue, según el tipo de pensión, la siguiente: Incapacidad Permanente: 140,28 €; Jubilación: 208,39 €; Viudedad: 249, 82 €; Orfandad: 119,83 €; Favor Familiares: 105,98 €. Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: "*Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social. Ejercicio 2015*", Madrid (Ministerio de Empleo e Inmigración), 2014, pág. 203.

de una envergadura considerable[2], una de las principales preocupaciones de la regulación de estos complementos, o, en realidad, suplementos de las pensiones, es la búsqueda de unos criterios equitativos de reparto mediante la comparación y asignación de límites cuantitativos en las distintas circunstancias y contingencias que pueden encontrarse los pensionistas. Para ello, se presta especial atención a que la cuantía máxima de los complementos a mínimos no supere la cuantía de una pensión de carácter no contributivo de análoga naturaleza, esto es, respecto a lo que perciben aquellos beneficiarios cuyo historial de cotización no les permite acceder a una prestación de naturaleza contributiva.

Aunque pueda parecer una paradoja, la regulación prevista en el art. 50 de la Ley General de la Seguridad Social sobre los complementos para pensiones inferiores a la mínima constituye el reconocimiento de que el método de cálculo de la pensión y la cuantía resultante de la misma, extraída del historial de cotizaciones del beneficiario, puede ofrecer como resultado una cuantía de la pensión inferior a la mínima aplicable, según cual sean las circunstancias personales del pensionista[3]. Es más, seguramente, existirá un porcentaje importante de pensionistas que, aunque su pensión resulte inferior a la cuantía mínima, éstos no perciben complementos a mínimos pues disponen de otras fuentes de renta alternativa que les excluyen de la percepción de complementos a mínimos.

En este sentido, los preceptos 41 y 50 de la Constitución de 1978, que establecen un mandato para que los poderes públicos aprueben una legislación que reconozca pensiones suficientes y adecuadas, han dado pie a que la institución de los complementos a mínimos se extienda al Régimen General y a los Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social, aunque quedan excluidas, en mi opinión de forma discutible, aquellas prestaciones de la acción protectora que sustituyen al salario con ocasión de la enfermedad, la maternidad, la

[2] Financiación de los complementos a mínimos de las pensiones. Fuente Secretaría de Estado de la Seguridad Social (2014) , en http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/192944.pdf, (Visitado 28/10/2014)



[3] En concreto, en cifras cerradas en agosto del año 2014, un 27,14 por ciento del porcentaje total de pensiones perciben complementos a mínimos. Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: "*Informe Económico-financiero que contiene el Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el año 2015*". Madrid, 2014, Vol. V, Tomo 1, pág. 198, en http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/192944.pdf, (Visitado 28/10/2014)

paternidad o el riesgo por el embarazo, sin que se justifique su exclusión con la mínima argumentación jurídica.

En cuanto a su denominación, los complementos para las pensiones inferiores a la mínima constituyen, en realidad, un suplemento que mejora al alza la cuantía inicial de la pensión pero de manera diferenciada, esto es, sin confundirse con la pensión base y, desde luego, no admite procedimiento alguno de absorción o compensación que permitiera consolidar su percepción. Seguramente, por otorgarle a las palabras su significado más apropiado, se ha optado por un título que explica mejor esta Institución, denominación que cuenta con el aval de la doctrina científica[4] que estudió con rigor los complementos a mínimos, aunque el legislador prefiere el término "complementos" y, de ahí que, en el texto sea la terminología más empleada.

En cuanto a su naturaleza jurídica, cabe señalar que tales complementos deben garantizar unos ingresos suficientes, "*por bajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, a toda persona que dedicó su vida al trabajo…"*[5], ocurrida la contingencia prevista que lo separa de la actividad o, en algunos casos, hasta que pueda generar sus propios recursos, como sucede en algunas de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Es bajo este prisma, el modo en que se puede explicar el expreso pronunciamiento del legislador acerca de la naturaleza jurídica asistencial de estos complementos de las pensiones mínimas en el art. 86.2.b) LGSS, aunque sea una cuestión aún debatida por algún sector de la doctrina[6]. Por otra parte, en el marco de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, también, se abrieron interrogantes sobre el carácter asistencial de los complementos a mínimos, aunque limitado a los efectos del asunto allí enjuiciado[7].

[4] Fue una propuesta del Profesor GETE CASTRILLO que, en relación con los complementos a mínimos, dijo: "*Al fin y al cabo se trata de suplementar prestaciones sustitutivas de salarios….".* Cfr. GETE CASTRILLO, P.: "*El nuevo derecho común de las pensiones públicas*". Valladolid, (Lex Nova), 1997, pág. 545.

[5] Así, es como lo interpreta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10197) y 21 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5052) (recursos 5031 y 5090/04).

[6] Para ver la argumentación en sentido crítico con este pronunciamiento del legislador en materia de complementos a mínimos, a pesar de la clara dicción legal, cfr. LÓPEZ CUMBRE, L: "*Pensiones mínimas y complementos para mínimos*". Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social". Libro Homenaje al Prof. Antonio Ojeda Avilés. Murcia, (Laborum), 2014, págs. 214 y ss.

[7] Haciendo uso de un ejercicio de lógica jurídica, a propósito del reparto de competencias entre lo contributivo y lo asistencial, *mutatis mutandis*, el Estado y la Comunidad Autónoma, respectivamente, afirma el Tribunal Constitucional que si la asistencia social es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, por definición, los complementos a mínimos que los legisla y ejecuta el propio Estado, no puede ser de una naturaleza meramente asistencial, aunque para salvar esa falta de competencia, el Tribunal constitucional no duda en hablar de una asistencia social interna a la Seguridad Social, de competencia estatal y otra asistencia social externa, de competencia exclusiva de las Comunidades Autónoma. Tal actuación de Estado se efectuaría en ejercicio de su competencia exclusiva de Seguridad Social prevista en el art. 141 y 147 CE. Cfr. STCO 239/2002, de 11 de diciembre, f.j. 8º y 9º.

2. RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 EN LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS COMPLEMENTOS A MÍNIMOS

2.1. Constitución y complementos a mínimos

Podrían ser vanos los esfuerzos interpretativos que pretendieran encontrar todas las respuestas a los interrogantes que rodean la actividad del legislador ordinario en materia de Seguridad Social, específicamente, en aquellos preceptos constitucionales referidos a la acción protectora de la Seguridad Social, esto es, los arts. 41 y 50 CE. Todo ello, con independencia del valor que le otorga su ubicación sistemática en el Texto Constitucional, esto es, entre los "Principios Rectores de la Vida Social y Económica" contenidos en el Capítulo III de su Título I, Principios que encomiendan el desarrollo de sus contenidos a la actuación del poder legislativo y que convierten al legislador ordinario en el auténtico artífice del diseño de la Seguridad Social y de la extensión de su acción protectora.

En este sentido, resulta ser muy clarificadora la posición mantenida por la Jurisprudencia Constitucional en materia de Seguridad Social, especialmente, cuando ha de enjuiciar un posicionamiento del Legislador ordinario no duda en afirmar que debe abstenerse "*de formular otro juicio que el de reconocer que la opción cuestionada, al igual que la contraria, son compatibles con un precepto que ha querido otorgar una amplia discrecionalidad al legislador*"[8].

Quizá por ello, esto es, por estas dificultades propias de la arquitectura constitucional, el contenido de estos artículos en materia de Seguridad Social no alcanza a efectuar un mínimo diseño de la estructura básica del sistema de seguridad social, sistema que además ya estaba básicamente configurado con anterioridad a la entrada en vigor del Texto Constitucional. De hecho, la entrada en vigor del texto de la Constitución no supuso una modificación sustancial en los contenidos de la acción protectora[9] y, como se ha afirmado, tampoco podría responder a todas las preguntas que sobre este tema suscita el régimen jurídico de la acción protectora del mismo[10].

Entre esos contenidos de la acción protectora, es preciso resaltar la de los llamados complementos a mínimos de las pensiones contributivas sobre los que no constan pronunciamientos expresos acerca de los mismos ni en el texto constitucional, y apenas existen por parte del Tribunal Constitucional pronunciamientos expresos sobre la relevancia de los complementos a mínimos, sin perjuicio de las sentencias que resuelven los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas a propósito de unos complementos

[8] Cfr. SSTC 184/1990; 126/1994 y SSTCO 78/2004, de 29 de abril; 197/2003, de 30 de octubre

[9] A mediados del siglo pasado numerosos ordenamientos jurídicos, con intención de aproximarse al modelo teórico propuesto por Lord Beveridge, configuraron un campo de la acción protectora que esencialmente ha permanecido hasta nuestros días. A título de ejemplo, por lo que se refiere al ordenamiento español, cfr. Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE de 30 de diciembre de 1963).

[10] Cfr. STCO 37/1994, de 10 de febrero. Entre esas cuestiones sin resolver se encuentra, precisamente, la problemática que gira alrededor de las prestaciones "complementarias" (STCO 239/2002, de 11 de diciembre).

"atípicos" reconocidos puntualmente a los pensionistas perceptores de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez en la Comunidad Autónoma Andaluza[11].

Por ello, en esta sede la pregunta apropiada en relación con el objeto de estudio podrían ser la siguiente: ¿Los complementos a mínimos constituyen una manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social establecida en el Texto Constitucional, o, por el contrario, dispone de un carácter contingente y su previsión procede exclusivamente del legislador ordinario cuando, al margen de consideraciones estrictamente jurídicas, estime que la cuantía de la pensión, a pesar de la revalorización anual, resulta ser insuficiente?

En resumen, ¿la Constitución española contiene un mandato dirigido al poder legislativo para que establezca una acción protectora específica en relación con la cuantía mínima de las pensiones y, por ende, de una regulación específica en materia de complementos a mínimos de las pensiones contributivas o, por el contrario, la implantación de los complementos a mínimos constituye una decisión discrecional del legislador ordinario ajena a un control de constitucionalidad?

2.2. Fundamento constitucional y sucinta evolución de los complementos a mínimos

Como sucede en tantas otras instituciones del ordenamiento de la Seguridad Social, no sería riguroso afirmar que el origen y, por tanto, el fundamento jurídico original de los complemento a mínimos reside en el Texto Constitucional de 1978 pues, con anterioridad, ya existían en el Derecho español, aunque con una configuración diferente a la existente en la actualidad. En su origen, la regulación entonces vigente perseguía la misma *ratio* que la de los actuales complementos a mínimos, esto es, asegurar un umbral mínimo de renta a aquellos pensionistas que, a resultas del conjunto de aportaciones o cotizaciones, se le reconocía una pensión por debajo de lo que, en cada momento, se consideraba el soporte vital de renta.

En cuanto a esos inexcusables precedentes, se debería considerar dos regulaciones que, aunque de alcance limitado, porque sólo se aplicaba a los trabajadores por cuenta ajena, ya dejaban entrever su proximidad con lo que hoy en día se entiende por los complementos a mínimos.

En este sentido, la O.M de 14 de marzo de 1963, dirigido a las pensiones derivadas de la actividad de la minería asturiana, ya fijaba lo que se denominada "límites mínimos" que constituía un infranqueable límite inferior de la cuantía de las pensiones de los trabajadores por cuenta ajena. Con más claridad, la O.M. de 26 de abril de 1974 (B.O.E. de 30 de abril) se aproxima con lo que actualmente entendemos por complementos a mínimos porque, en primer lugar, en esa norma se declara que se pretende configurar un "*sistema de cuantías mínimas de las pensiones…en la acción protectora de la Seguridad Social*" como justo corolario al establecimiento de cuantías máximas de las pensiones, aunque sigue estando reservado su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena.

[11] En este sentido, cfr. STCO 239/2002, de 11 de diciembre.

Asimismo, sería conveniente resaltar que esta política legislativa tendente al establecimiento de cuantía mínima en las pensiones de la Seguridad Social pretende ofrecer un tratamiento análogo al que ya se establecía con los complementos a mínimos en el Sistema de Clases Pasivas pues, como ha señalado la doctrina que estudió exhaustivamente esta institución, pretendía "*unificar mecanismos y sistemas diferentes de protección social públicos*"[12].

A mayor abundamiento, junto a los antecedentes históricos, tras la entrada en vigor del Texto Constitucional, el legislador era conocedor de la existencia de numerosos Tratados Internacionales que serían ratificados por el Estado español y que preveían cuantías mínimas de la acción protectora de la Seguridad Social. Así, el art. 12.2 de la Carta Social Europea[13] y, con mayor precisión, el Convenio número 102 de la OIT de 1952 en el que se afirma que el recurso económico "*deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66*"[14].

En cuanto al Legislador Constitucional, se esperaba que el tenor literal de la Constitución de 1978 incorporara pronunciamientos expresos que sirvieran de pauta interpretativa obligada para que el legislador ordinario estableciera parámetros que coadyuvarán en la determinación de la cuantía económica apropiada de las pensiones y, en efecto, así lo hizo, aunque con una terminología poco comprometida con la finalidad perseguida por el complemento a mínimos de las pensiones públicas.

En efecto, es preciso detener la atención en dos preceptos, esto es, en primer lugar, el artículos 41 CE[15] que, como es sabido, constituye el engarce constitucional que da pie al legislador ordinario abordar una regulación específica sobre la cuál ha de ser la cuantía apropiada de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social una vez ya revalorizadas, en general, y en segundo lugar, el art. 50 CE[16] para las pensiones de los ciudadanos durante la llamada tercera edad o vejez.

[12] Cfr. GETE CASTRILLO, P.: "*El nuevo derecho común de las pensiones públicas*", op. cit., pág. 543-544.

[13] Que obliga a las Partes Contratantes a "mantener el Régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social". Como es sabido, la ratificación por España de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 fue ratificada por España en 1980 (BOE 26 de junio).

[14] Este Convenio aprobado por la Asamblea OIT en 1952 fue ratificado por España el 29 de junio de 1988 y entró en vigor un año después (BOE 6 de octubre de 1988).

[15] En cuanto al art. 41 CE, precepto de carácter general, establece: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garanticen la asistencia y prestaciones sociales *suficientes* ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres"

[16] En relación con el art. 50 CE, precepto especializado en las prestaciones de las personas de la tercera edad, estipula que "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la *suficiencia económica* a los ciudadanos de la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio". Ya se lamentaba la mejor doctrina que estudió esta cuestión de la indefinición constitucional: "Ahora bien, al no contenerse especificación concreta de cuál sea el parámetro de la "suficiencia" de las pensiones a que aluden los arts. 41 y 50 CE,…" Cfr. GETE CASTRILLO, P.: "El nuevo derecho común de las pensiones públicas", op. cit., pág. 528.

Como se puede apreciar, el mandato constitucional alcanza a exigir que se garanticen unas prestaciones que se califican como "suficientes". Tal suficiencia o, por el contrario, lo que podríamos denominar "suficiencia" de las pensiones es una calificación que corresponde efectuar en exclusiva al legislador ordinario. En realidad, la Constitución de 1978 configura en materia de Seguridad Social una "función del Estado"[17], esto es, el mandato constitucional está dirigido al diseño de un sistema legal que no es el resultado de acuerdos de voluntades, sino de reglas del orden jurídico "*que está sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca*"[18].

En este punto, la exigencia constitucional que explica y justifica la regulación de los complementos a mínimos, esto es, que se garantice una cuantía mínima de las pensiones más allá de la reconocida inicialmente por la entidad gestora, cuando la cuantía de la misma constituye el resultado de la aplicación estricta del historial de cotización del beneficiario de la Seguridad Social, es una técnica jurídica que no compromete al legislador constitucional, a salvo que se produjeran situación de violación de derechos fundamentales como el derecho de igualdad, en su vertiente de discriminación indirecta por razón de sexo o por otra de las condiciones expresamente contempladas en el art. 14 CE[19], sino que deriva de una decisión del bloque de legalidad ordinaria y, por ello, contingente en función de variables como el crecimiento económico, la sostenibilidad del sistema de pensiones etc[20].

Es más, se podría afirmar que podrían plantearse otras técnicas, aunque procedentes más bien de la asistencia social, que pudieran sustituir la acción protectora de la Seguridad Social mediante la entrega de prestaciones "en especie" a los pensionistas que garantizara la mencionada suficiencia de las pensiones públicas.

De modo empírico, esto es, comprobando, año a año, cuál ha sido la cuantía que el legislador ordinario ha estimado que satisfacía la cuantía "suficiente" que propone el Texto Constitucional en su art. 41, cuantía que ofrece una considerable oscilación entre el porcentaje del 91% y el 98% del salario mínimo interprofesional neto, esto es, descontando las aportaciones a la Seguridad Social que debe efectuar el trabajador que percibe

[17] Expresión contenida en la STCO 103/1983, de 22 de noviembre, f.j. 3º.

[18] Cfr. CARDENAL CARRO, M.: "*La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional*". Revista Doctrinal Aranzadi Social. Vol. V, parte Tribuna, versión westlaw BIB 1999/2063, en pág. 12.

[19] Cfr. QUESADA SEGURA, R.: "*Derechos fundamentales inespecíficos y Seguridad Social*". Ponencia Presentada al Congreso Nacional AEDTSS, Pamplona, 2014, en http://fundacion.usal.es/aedtss/images/03_Rosa_Quesada.pdf, págs. 45 y ss. (Visitada 2/11/2014) y en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen la figura de la discriminación indirecta por razón de género en materia de pensiones. Cfr. SSTCO 71/2013, de 8 de abril, 72/2013 de 8 de abril, 116/2013 de 20 de mayo y 117/2013 de 20 de mayo.

[20] No parece que sea casualidad que, en el actual contexto socio-económico, se ponga el acento en cuestiones sobre la sostenibilidad del conjunto del sistema de pensiones más que en la garantía de una cuantía mínima de las mismas. Por ello, el legislador apuesta por una regulación como la aprobada a finales del año 2013. Cfr. Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social BOE 26/12/2013 y la interpretación que ha merecido para la doctrina científica. Cfr. TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "*La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y su constitucionalidad*". Relaciones Laborales, núm. 2, 2014, tomo I, portal la Ley en http://revistas.laley.es/.

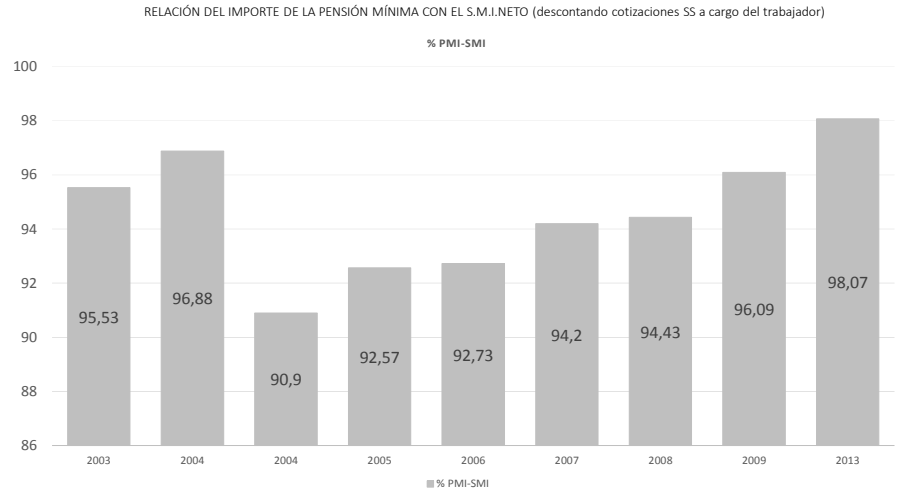
estrictamente la cuantía del SMI[21]. Se trata de un dato objetivo extraído de la actividad legislativa del legislador y, al mismo tiempo, esa oscilación que relaciona la cuantía de la pensión mínima y la del salario mínimo interprofesional carece de garantías acerca de si seguirá repitiéndose en un futuro inmediato. En cualquier caso, parece un dato cuantitativo objetivo, y que nunca se ha cuestionado su adecuación constitucional, de lo que considera el legislador ordinario que se debe considerar como pensión suficiente, cuantía a partir de la cual se excluye el derecho a la percepción de complementos a mínimos.

Por ello, sólo si a juicio del legislador ordinario las pensiones resultantes del cálculo de la pensión en términos exclusivamente contributivos resultaran ser insuficientes, entonces, el legislador debería prever una regulación que permita incrementar la cuantía de tales pensiones insuficientes mediante la aplicación de un complemento que suplementa la cuantía de la pensión en los términos inicialmente reconocidos.

Ahora bien, cuando del debate jurídico sobre la cuantía de las pensiones, basado en el uso de técnicas jurídicas, pretende extraer consecuencias jurídicas sobre si los complementos a mínimos forman parte integrante del bloque de constitucionalidad, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene una posición racionalizadora de la sostenibilidad de la Seguridad Social, con las lógicas limitaciones para esa discrecionalidad del legislador en tanto no incurra en situaciones contrarias a derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y no discriminación.

En efecto, la jurisprudencia ordinaria y constitucional apunta meridianamente que el legislador dispone de una amplia libertad para la ordenación de la acción protectora de la

[21] Cfr. el gráfico que, a continuación, se muestra extraído de la serie de datos publicados anualmente en los RR. DD. de S.M.I. y en los RR.DD. sobre Revalorización de las Pensiones.



Seguridad Social, acción protectora que se ha de entender incluida la que despliegan los complementos a mínimos de las pensiones[22].

Sin duda, los complementos a mínimos modulan el ámbito de esta acción protectora y es complicado a afirmar que la actual regulación constituye una condición de constitucionalidad del Sistema de la Seguridad Social y, por ende, que su hipotética eliminación supusiera una actuación inconstitucional. En este sentido, se viene afirmando "*la libertad del legislador para modular la acción protectora… a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél*"[23].

Por fin, el alcance de la suficiencia de las pensiones constituye una cuestión de mera legalidad, en relación con la cual la invocación a los arts. 41 y 50 de la Constitución puede servir como guía inspiradora de la actuación de los poderes públicos, especialmente al poder ejecutivo, para obtener una determinada interpretación pues, de conformidad con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, la "suficiencia de las pensiones" no alcanza a predeterminar que deba existir un determinado tipo de regulación acerca de los complementos a mínimos. En corto, sin dejarse guiar por interpretaciones meramente voluntaristas, sino con una argumentación sostenida en criterios técnicos-jurídicos, la existencia de una regulación sobre los complementos a mínimos de las pensiones inferiores a la mínima no constituye una condición de constitucionalidad de la normativa que regula el sistema de pensiones[24].

3. EL MARCO NORMATIVO DE LOS COMPLEMENTOS PARA PENSIONES INFERIORES A LA MÍNIMA

3.1. Ámbito de aplicación de los complementos a mínimos

A los efectos de delimitar el objeto de estudio, no se detendrá el análisis en pensiones que disponen de una regulación específica en materia de complementos a mínimos. En concreto, las pensiones procedentes de las clases pasivas disponen de una regulación distinta de la aplicable a las pensiones del Sistema de la Seguridad Social[25].

Como se puede comprobar, el marco normativo de los complementos a mínimos se caracteriza por su complejidad, no sólo por el diverso rango de las normas jurídicas que participan en su regulación sino, también, por la diversidad de colectivos a los que resulta aplicable, esto es, existe una regulación formalmente diferenciada, por un lado, para los beneficiarios del sistema de la seguridad social y, por otro, para los pensionistas incluidos en las Clases Pasivas del Estado que, por cierto, no serían objeto de análisis en este estudio.

[22] "*Ya hemos tenido ocasión de destacar la inexistencia de un modelo único en el Texto Constitucional, con referencia a numerosas instituciones, siquiera porque la Constitución deber ser un punto de convergencia de numerosas opciones legislativas no opuestas a ellas.".* Cfr. STC 11/1981, en f.j. 7.

[23] Cfr. SSTCO 128/2009, de 1 de junio; 205/2011, de 15 de diciembre.

[24] Cfr. STCO 121/1984, en f.j. 3.

[25] Cfr. artículo 44 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (BOE 30/12/2014) y el R.D. 1103/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones para el año 2015 y otras normas en materia de Clases Pasivas (BOE 31/12/2014).

3.2. La compleja regulación de los Complementos a mínimos en el Sistema de la Seguridad Social

A pesar de la ausencia de un pronunciamiento expreso del Legislador acerca de la conexión entre los "principios rectores de la política social y económica", que contiene la Constitución española de 1978, especialmente de aquellos que configuran el sistema de la Seguridad Social y el sistema de pensiones,[26] el establecimiento del régimen jurídico existente en materia de complementos a mínimos, esto es, de aquél que suplementa la cuantía inicial de las pensiones hasta la que se considera como pensión mínima, en mi opinión, parece sencillo admitir que la presencia de ese bloque normativo de rango legal se inspira y aproxima al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos en los artículos 41 y 50 CE.

En este sentido, la de mayor rango y más reciente regulación de los llamados "complementos a mínimos", esto es, la regulada en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social contiene, en su artículo 1, una modificación del art. 50 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la que según justifica en su Exposición de Motivos, esta regulación permite reforzar el principio de suficiencia y la garantía de solidaridad mediante una adecuada coordinación de las esferas contributiva y no contributiva de protección social en materia de complementos a mínimos[27].

Por tanto, es preciso resaltar que la referencia al principio de suficiencia para justificar la reforma operada en el año 2011 de las pensiones y, especialmente, de la modificación del régimen jurídico de los complementos a mínimos parece que entronca con lo dispuesto en el art. 41 CE en tanto ordena a los poderes públicos que garanticen "*prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*" y, precisamente, ése es el mandato constitucional al que el legislador atiende, aunque se resista a reconocerlo expresamente[28].

Junto a esta regulación legal que configura la teoría general de los complementos a mínimos, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado repiten, año tras año, la regulación básica para el reconocimiento de estos complementos a las pensiones mínimas. En efecto, de un modo reiterativo las LPGE aprueban anualmente no sólo la cuantía mínima de las

[26] Con carácter general, sobre el establecimiento por parte de los poderes públicos de un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE) y, más específicamente para los pensionistas de la tercera edad, el art. 50 del Texto Constitucional obliga a los poderes públicos a que garanticen "*mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad*".

[27] En extenso, la Exposición de motivos señala: "de acuerdo con la Recomendación 15 del Informe parlamentario, refuerza el principio de suficiencia y la garantía de solidaridad mediante una adecuada coordinación de las esferas contributiva y no contributiva de protección. En este sentido, modifica el régimen jurídico de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas, de manera que, en ningún caso, el importe de tales complementos sea superior a la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas vigentes en cada momento, de conformidad, así mismo, con las recomendaciones del Pacto de Toledo, estableciéndose algunas excepciones en lo que se refiere a las pensiones de gran invalidez, así como a las pensiones de orfandad que se incrementen en la cuantía de la pensión de viudedad, dadas las particularidades que concurren en ambos supuestos. También se exige la residencia en territorio español como requisito para percibir estos complementos".

[28] En este sentido, su acción normativa procede a garantizar la suficiencia de las pensiones mínimas en cumplimiento de un precepto constitucional que, como es sabido, informa la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE).

pensiones, en atención a las distintas circunstancias personales del beneficiario, sino, también la cuantía máxima que cada perceptor puede percibir de rendimientos adicionales[29].

Además, de forma inesperada, se publicó un nuevo Real Decreto Ley 29/2012, de 28 de diciembre (BOE 31/12/2012), de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, que incluye en sus artículos 6 y 7 una regulación coyuntural que, aparentemente, constituye un desarrollo reglamentario de lo establecido en el art. 50 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, regulación con rango formal legal pero que en el futuro podría ser modificada por futuras normas de rango reglamentario[30].

Como desarrollo reglamentario del art. 1 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que, como se dijo anteriormente, dio nueva redacción al art. 50 del R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), es preciso reseñar al art. 10 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, que define con más precisión el alcance y significado de la nueva exigencia de "residencia en territorio español" para proceder al reconocimiento de los complementos a mínimos.

Por último, en el marco del desarrollo reglamentario de las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en materia de pensiones para el año 2015, se publicó el R.D. 1107/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2015. Éste contiene una regulación específica para los complementos a mínimos, en sus artículos 5 a 7.

4. LA DINÁMICA DE LOS COMPLEMENTOS A MÍNIMOS DE LAS PENSIONES

4.1. La pensión a complementar

Como ya se vio anteriormente, el bloque normativo que regula los complementos para pensiones inferiores a la mínima no ofrece un régimen jurídico permanente para que el operador jurídico, de manera sencilla, pueda determinar en qué condiciones los beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones.

De entrada, es preciso desterrar el equívoco de que el complemento a mínimos sea una cuantía suplementaria que se incorpora automáticamente a todos los pensionistas que se les reconoce una pensión con una cuantía inferior a la que, en cómputo anual, se cuantifica como mínima en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En efecto, existen requisitos adicionales que desvirtúan esa idea intuitiva de los complementos a mínimos. Por un lado, según el art. 50.1 LGSS, la pensión inferior a la

[29] En relación con el año 2015, cfr. art. 45.Uno de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, que establece que los rendimientos adicionales, excluido el importe de la pensión, no podrá exceder de 7098,43 euros al año.

[30] En este sentido, la Disposición Final quinta. Modificación de disposiciones reglamentarias del Real Decreto Ley 29/2012, de 28 de diciembre establece: *"Las determinaciones incluidas en normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real decreto-ley podrán ser modificadas en el futuro por normas del rango reglamentario correspondiente a la norma en que figuran".*

mínima debe ser una manifestación de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, esto es, de aquéllas que se reconocen tras haber efectuado un mínimo de aportaciones en la vida laboral del beneficiario. Además, sería incierto afirmar que todas las prestaciones de carácter contributivo pueden percibir complementos a mínimos pues, como ya se pudo comprobar anteriormente, el orden jurídico mantiene ciertas lagunas para algunas prestaciones, entre otras, las prestaciones por maternidad, paternidad, prestación por riesgo de embarazo e incluso la incapacidad temporal quedan al margen de la acción protectora derivada de los complementos para pensiones mínimas, regulación que perjudica, especialmente, a los trabajadores que prestan servicios a tiempo parcial con un historial de cotización que genera prestaciones de cuantía inferior.

Además de su naturaleza contributiva, otro elemento esencial de la pensión a complementar es su cuantía, esto es, constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, que la cuantía de la prestación contributiva reconocida inicialmente por la entidad gestora, incluida la correspondiente revalorización, esté por debajo de los umbrales establecidos anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada tipo de pensión[31].

Desde luego, cuando la cuantía de la pensión sea inferior a los mínimos previstos, de conformidad con el art. 50.1 LGSS, el reconocimiento de los complementos a mínimos se condiciona a la no percepción de rendimiento adicional alguno o, también se podrán percibir, en el supuesto de que declare rendimientos adicionales, si éstos no superen la cuantía máxima de los mismos para el correspondiente año natural en los términos indicados en el Reglamento de revalorización de pensiones[32].

Por otro lado, la cuantía mínima de la pensión a complementar puede presentar diferentes cuantías mínimas atendiendo a las diferentes situaciones personales en las que se pueden encontrar los beneficiaros de las mismas, fijando cuantías mínimas en función de las cargas familiares existentes, esto es, elevando la cuantía mínima cuando se constata la existencia de personas a cargo del sujeto beneficiario de la pensión de la Seguridad Social y, finalmente, de la edad del beneficiario[33].

Así, en el caso de las pensiones de jubilación, el legislador contempla tres posibles situaciones personales, a saber, los que tienen cónyuge a cargo; los que teniendo cónyuge, no está a su cargo, y, finalmente, la situación del pensionista que constituye una unidad económica unipersonal por no tener cónyuge.

[31] En este sentido, cfr. art. 45.5 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (BOE 30/12/2014).

[32] En concreto, según el artículo 6 del art. R.D. 1104/2014, de 26 de diciembre, para el año 2015, los rendimientos adicionales no han de superar los 7098,43 euros. En cuanto al art. 50.1 LGSS, este precepto establece: *1. Los beneficiarios de pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, que no perciban rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, siempre que residan en territorio español, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.*

[33] Sobre un cuadro completo sobre la incidencia de estas variables en la cuantía mínima de la pensión, cfr. art. 45.Cinco de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2015.

A estos efectos, la posición jurídica que permite unas pensiones mínimas de superior cuantía es la que existe cónyuge a cargo, situación que, a su vez, presenta diversos supuestos en función de la situación de dependencia económica del cónyuge y de la cuantía de los ingresos que éste perciba.

En primer lugar, existirá dependencia económica cuando el cónyuge del pensionista no sea, a su vez, titular de una pensión a cargo de un régimen básico público de previsión social, entendiendo comprendidos entre esas pensiones el subsidio de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos y las pensiones asistenciales.

En según lugar, en lo supuestos de cónyuge a cargo, cuando los rendimientos computables del pensionista y de su cónyuge, resulten inferiores a 8.280,40 euros anuales, esto es, cuando la suma de los rendimientos adicionales y del importe de la pensión que se vaya a complementar, en cómputo anual, resulte inferior al importe fijado anualmente como límite de ingresos, para los casos en los que el pensionista tenga cónyuge a cargo, en relación con la cuantía anual de la pensión mínima con cónyuge a cargo de que se trate, se reconocerá un complemento igual a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades que corresponda[34].

En tercer lugar, se ha descrito la situación de "cónyuge no a cargo" del titular de una pensión, cuando aquél se halle conviviendo con el pensionista y, sin embargo, no se encuentra en situación de dependencia económica por no darse las condiciones anteriores.

Por último, se entiende que el pensionista constituye una unidad económica unipersonal cuando, acreditando su derecho al complemento por mínimos en atención a la cuantía de sus ingresos, no esté comprendido en ninguno de los supuestos anteriores (con cónyuge a cargo o cónyuge no a cargo).

4.2. El juego de los rendimientos adicionales

Una vez reconocida la pensión y ya revalorizada, si ésta es inferior a la cuantía mínima en los términos expuestos en el epígrafe anterior, el beneficiario está en condiciones de acreditar que reúne el presupuesto básico, aunque no sea el requisito definitivo, para acceder a la obtención del complemento de su pensión.

En efecto, de acuerdo con lo estipulado en el art. 50 LGSS, la dinámica del reconocimiento de estos complementos requiere incorporar la presencia de los llamados rendimientos adicionales, esto es, es preciso que el beneficiario no perciba rendimientos de trabajo, de capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales. En este caso, esto es, cuando carezca de rendimiento adicional alguno, percibiría como complemento a mínimo el equivalente a la diferencia entre la correspondiente pensión mínima y la cuantía de la pensión percibida por el beneficiario de la Seguridad Social.

[34] Cfr. art. 45.Dos, b) de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (BOE 30/12/2014) y art. 7 del R.D. 1104/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2015.

Además, según el mismo precepto de la Ley General de Seguridad Social, aunque el beneficiario perciba rendimientos adicionales, tendrán derecho a percibir los complementos a condición de que estos rendimientos adicionales no excedan de la cuantía que anualmente se establezca en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado[35]. Por ello, dado que el legislador permite que el beneficiario sea titular de una pensión y, al mismo tiempo, perciba rendimientos adicionales resulta inexcusable que, año tras año, la Ley de Presupuestos Generales del Estado fije la correspondiente cuantía máxima de la pensión y, además, de esos rendimientos adicionales.

Así pues, si tiene reconocida una pensión inferior a la mínima y, además, es perceptor de rendimientos adicionales, cualquiera que sea su naturaleza (capital, trabajo, patrimonial…etc.), la cuantía de tales rendimientos no podrá exceder la cuantía fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado que para el año 2015 será de 7098,43 euros. En corto, aunque el legislador no resulta muy preciso al respecto, si la cuantía de la pensión es inferior a la mínima, y la suma de los rendimientos, excluida la pensión, no supera el límite máximo de los mismos, se tendrá derecho a percibir los complementos a mínimos (art. 50.1.2 LGSS) hasta equiparar la cuantía de la pensión a la de la pensión mínima correspondiente. Por el contrario, cuando la cuantía de los rendimientos adicionales supera el umbral máximo previsto, no se tiene derecho a complemento a mínimos alguno, aunque la cuantía de la pensión base sea inferior a la mínima.

De ese modo, el legislador reconoce la compatibilidad de la percepción simultánea de la pensión y de los rendimientos adicionales procedentes de otras fuentes de ingresos ajenos al Sistema de la Seguridad Social, a condición de que la cuantía de los mismos no rebase el límite máximo expuesto anteriormente.

Por consiguiente, tanto la cuantía de la pensión como la cuantía de los rendimientos adicionales, cuya percepción simultánea es perfectamente compatible, son los factores determinantes del reconocimiento de los complementos a mínimos. Veamos cómo se articula esta situación.

Como ya se vio anteriormente, según el art. 50.1.2 de la LGSS y del art. 45.Uno de la LPGE 2015, los beneficiarios del sistema de pensiones que perciban una pensión inferior a la mínima tendrán derecho a percibir los complementos necesarios hasta alcanzar la cuantía mínima de pensiones, cuando no perciban rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o que, percibiéndolos, dichas rentas no excedan de 7.098,43 euros al año.

Es preciso resaltar, que siendo muy complicado obtener una regulación que reparta de modo equilibrado los complementos a mínimos, la vigente regulación que, aparentemente, no ha sido objeto de una reflexión serena del Legislador desde hace algún tiempo porque, como se puede comprobar, se repite miméticamente la misma redacción año tras año como un "corta y pega" de la ley de presupuestos generales del Estado del año anterior sin que se

[35] De conformidad con una interpretación literal del art. 50.1 LGSS y del art. 45 de la LGPE para el año 2015. Esta cuantía máxima de los rendimientos adicionales no debe superar los 7098,43euros.

haya incorporado alguna mejora que la doctrina y jurisprudencia vienen anunciando. Desde luego, la redacción de la LPGE 2015 respecto de la LPGE 2014 y anteriores es una confirmación de dicha afirmación.

En este sentido, sería conveniente efectuar un análisis detenido acerca de si existe fundamento adecuado, desde una óptica de justicia material, de alguna paradoja que ocasiona la regulación actual.

En esta línea, se reconoce que nos encontramos con aquellos situaciones jurídicas que afectan al conjunto de beneficiarios más desfavorecidos del Sistema de la Seguridad Social pero, precisamente por ello, no se alcanza a entender qué argumentación justifica la denegación del complementos a aquéllos que disponen de una pensión superior a la mínima y carecen de rendimientos adicionales y, sin embargo, se concede a aquellos con pensiones inferiores y con rendimientos adicionales que no alcanzan a superar el límite máximo. Lamentablemente, ésa es la consecuencia jurídica a la que da pie la redacción actual del bloque normativo.

En este sentido, parece difícil justificar que aquellos beneficiarios con pensiones inferiores a la mínima, pero con más elevados rendimientos ajenos a la pensión, les quede un nivel de renta disponible superior (pensión + rendimientos adicionales) respecto a aquellos pensionistas que carecen de rendimientos adicionales y se les deniega la percepción de los complementos a mínimos por el hecho de que su pensión apenas supera la cuantía de la pensión mínima.

De lege ferenda, esto debería hacer reflexionar al Legislador para obtener una regulación que afinara esas situaciones e incorporara parámetros que aumentan los repartos en equidad mediante instrumentos de solidaridad intrageneracional que corrija esas posibles inequidades del sistema.

En cuanto al modo de cómputo de tales rendimientos, se hará de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 50.1.4.del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, esto es, se deberán deducir del importe de los rendimientos aquellos gastos que la legislación fiscal considera imprescindibles para la obtención del ingreso[36].

Aunque importantes sectores de la jurisprudencia descartan la aplicación de los criterios propios del Derecho fiscal o tributario para interpretar el significado y alcance de los rendimientos adicionales o del término "renta". En este sentido, se afirma que para la

[36] En concreto serán gastos deducibles: a) En los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal. b) En los rendimientos íntegros procedentes de actividades económicas, los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal. c) En los rendimientos íntegros procedentes de bienes inmuebles, los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal. Estas reglas se ha interpretado por la jurisprudencia señalando que no es rendimiento la mera titularidad de un inmueble que no está arrendado (TSJ Cataluña [Sala de lo Social, Sección 1ª], sentencia núm. 2478/2004 de 24 marzo. AS 2004\2266); se computa como ingreso las subvenciones que se perciben por hijo minusválido (TSJ Cataluña [Sala de lo Social, Sección 1ª], sentencia núm. 5706/2004 de 22 julio. JUR 2004\283292) y, por fin, se computan, incluso las pérdidas patrimoniales derivadas de trasmisiones de acciones o participaciones negociadas en mercados oficiales por imposibilidad de efectuar deducciones con arreglo a la legislación fiscal. (TSJ Cataluña [Sala de lo Social, Sección 1ª], sentencia núm. 3587/2013 de 23 mayo. JUR 2013\260590).

rama social del Derecho el término deber ser interpretado desde los parámetros del Derecho civil, esto es, la naturaleza de las "rentas" debe suponer un ingreso periódico que provoca un enriquecimiento "relativo" al perceptor. Bajo este prisma, no se puede considerar rentas los "ingresos del capital inmobiliario de la vivienda habitual" porque constituyen rendimientos ficticios que, en realidad, no aumentan la renta del beneficiario de la Seguridad Social[37].

Otra cuestión relevante, a los efectos de determinar la cuantía exacta de los rendimientos adicionales, es la determinación de los efectos jurídicos del régimen económico matrimonial del beneficiario de la Seguridad Social. Lógicamente, el principal foco de atención se centra en aquellos pensionistas que tienen legalmente establecido o han pactado, mediante las correspondientes capitulaciones matrimoniales, un régimen de sociedad de gananciales. En estos casos, se plantea la duda de si los rendimientos adicionales procedentes de bienes de titularidad ganancial se han de imputar al 50% a cada uno de los cónyuges o, por el contrario, sólo se ha de imputar al pensionista que sea el titular formal del mismo.

En este sentido, la jurisprudencia se pronunció en sentido negativo al fraccionamiento de las rentas procedentes de bienes gananciales, imputándolas, por tanto, en su totalidad a la persona física que resultara ser el titular formal del mismo[38].

Sin embargo, esa doctrina jurisprudencial se ha visto superada por la vigente redacción del art. 50 LGSS que expresamente remite expresamente tal cuestión a la legislación sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. Por ello, toda la problemática que gira alrededor del cómputo de las rentas procedentes de bienes gananciales se ha de resolver imputando un cincuenta por ciento a cada uno de los cónyuges, salvo pacto en contrario.

Por fin, es preciso atender situaciones excepcionales en que, pese a recibir un determinado rendimiento, éste no se ha de computar para determinar la cuantía máxima de los rendimientos adicionales. En esto supuestos, es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo que declara que los efectos de la normativa fiscal no son extrapolables al campo de la Seguridad Social. Este es el caso de las indemnizaciones que se reciban por pacientes o familiares afectados por síndrome tóxico[39] y los rendimientos obtenidos mediante el reconocimiento de la correspondiente subvención al pensionista para adecuar su vehículo a la silla de ruedas[40]; o la compatibilidad del complemento a mínimos con la subvención por rehabilitación de viviendas, por no constituir éstas una manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social[41].

[37] Una doctrina que no ha sido ampliamente seguida pero que, en mi opinión, supone una interesante reflexión sobre la autonomía del Derecho de la seguridad social para calificar el término renta. Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Social) (Sentencia 8294/2001) de 29 de octubre, en f.j, 5º.
[38] Cfr. STS (Sala 4ª) Sentencia de 6 abril 2004. RJ 2004\4706 y S TSJ (Santa Cruz de Tenerife-Canarias) de 25 de octubre de 2005 Sentencia núm. 893/2005 de 25 octubre. JUR 2005\272587.
[39] Cfr. SS TS (Sala de lo Social) de 21 de enero de 2003 (Rec. 1150/2002) y .30 de marzo de 1994 (RJ1994\2661).
[40] Cfr. S TSJ (Sala delo social-Extremadura), sentencia núm. 292/2014, de 22 de mayo. JUR 2014\168032.
[41] Cfr. S TSJ (Sala de lo Social-Cataluña) sentencia núm. 3891/2014, de 28 de mayo. JUR 2014\222677.

4.3. La integración de pensión, rendimientos adicionales y cuantía mínima como determinante del reconocimiento del complemento a mínimos

Como ya se dijo anteriormente, la cuantía a percibir en concepto de complemento a mínimos depende de la revisión y comprobación de la situación patrimonial del beneficiario, comprobación que se centra, en un primer momento, en que la cuantía sea inferior a la de la pensión mínima y de la inexistencia o existencia limitada de rendimientos adicionales procedentes de otras fuentes de ingresos. Tales comprobaciones se efectúan mediante la obligatoria declaración del beneficiario y la presentación ante la entidad gestora de la correspondiente autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[42].

En cuanto al primero de los presupuestos básicos, esto es, la naturaleza y la cuantía de la pensión que se vaya a complementar se ha acomodar, como ya se vio en el epígrafe anterior, hay que seguir las previsiones legales del art. 50 LGSS y su desarrollo reglamentario.

En segundo lugar, como también se anunció, es necesario que no se perciban rendimientos, o, en caso de percibirlos, que no superen la cuantía máxima autorizada por la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado.

Por consiguiente, una vez conocida la cuantía de la pensión a complementar y, en su caso, de los rendimientos adicionales que perciba el pensionista se ha comprobar que la suma de ambos conceptos (pensión y rendimientos) del beneficiario sea inferior a la suma de las cuantías de los umbrales máximos de protección previstos en la normativa. Sólo en el supuesto de que la pensión y los rendimientos resulte una cuantía inferior al de los límites o umbrales de protección se tendrá derecho al correspondiente complemento. La cuantía del complemento se prorrateará a lo largo del año en función del número de mensualidades.

Con un ejemplo, de un beneficiario sin cónyuge a cargo, se podrá observar con más claridad la dinámica de estos complementos:

Importe de la pensión a percibir 2015:	5960,60 € (equivale a 425,75x14)
Rendimientos adicionales 2015:	5300,00 €
Total:	11.260,60 €

Dado que el importe de los rendimientos adicionales no llega al límite de ingresos para el año 2015 (7098,43€), se cumple un requisito del acceso a los complementos a mínimos.

Pensión mínima análoga año 2015	6999,25 €
Umbral máximo rendimientos adicionales 2014	7098,43 €
Total	14.097,68 €

[42] Sobre el significado y alcance de estas obligaciones de naturaleza formal del perceptor de complementos a mínimos, cfr. RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: "*Revisión y reintegro de los complementos a mínimos indebidos de las pensiones". Los Retos Financieros del Sistema de Seguridad Social*". Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés. Murcia, (Laborum), 2014, pág. 231 y ss.

Como se puede observar, el siguiente paso ha de ser la comprobación de que la suma de la pensión y de los rendimientos adicionales del interesado sea inferior al de los límites máximos legales.

11260,60 € < 14097,68 €

- CaMn= Límites - Pensión
- CaMn= 14.709,98 € - 11.260,60 €
- Cuantía del CaMn: 3449,38 €/14 (mensualidades) = 246,38 €

Cuantía de la Pensión + Complementos a mínimos= 425,75 €+ 246,38 € = 672,13 €

Tal resultado, 672,13 € excedería del importe de la pensión mínima análoga para 2015 que sería de 599,92 €. Por consiguiente, la cuantía del importe del complemento a mínimos deberá reducirse para que no se superara la cuantía de la pensión mínima

599,92 € - 425,75 € = 174,17 € en cada una de las 14 pagas de la pensión en concepto de complemento a mínimos.

Asimismo, es preciso destacar la presencia de un límite adicional previsto en el art. 50.2 LGSS. En efecto, como se indica en el apartado 2 del art. 50 LGSS, el importe de los complementos a mínimos que perciba el beneficiario no podrá superar en ningún caso la cuantía prevista anualmente de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez[43], cuantía a la que se ha de añadir, en su caso, el complemento, previsto en el art. 46.Dos de la LPGE 2015 de *"ausencia de titularidad de vivienda como residencia habitual*" que ascenderá durante el año 2015, complemento que, por cierto, ya estaba recogido en la misma cuantía en la LPGE de 2014, esto es, quinientos veinticinco euros (525€)[44].

Otro de los límites preventivos de los complementos a mínimos, establecido en el mismo apartado de la LGSS, pretende limitar la cuantía de los complementos en el supuesto de que exista cónyuge a cargo del pensionista, límite que asimismo se eleva hasta la cuantía de la pensión no contributiva (art. 145.1.1º LGSS).

Indudablemente, el legislador pretende limitar la cuantía del complemento evitando que supere la cuantía de una pensión no contributiva: en primer lugar, por la autoexigencia del legislador de una búsqueda de la justicia material en cuanto a los criterios de aquellos recursos económicos que permiten elevar la cuantía de las pensiones que inicialmente son inferiores a la mínima. Se trata de una opción de política legislativa al prevenir que en los

[43] De conformidad con el art. 46 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, la determinación inicial y revalorización de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social queda del siguiente modo: "*Uno. Para el año 2015, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en 5.136,60 euros íntegros anuales*".

[44] Cfr. art. 46.Dos de la LPGE 2015: *"Para el año 2015, se establece un complemento de pensión, fijado en 525,00 euros anuales, para el pensionista que acredite fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y tener, como residencia habitual, una vivienda alquilada al pensionista cuyo propietario no tenga con él relación de parentesco hasta tercer grado, ni sea cónyuge o persona con la que constituya una unión estable y conviva con análoga relación de afectividad a la conyugal. En el caso de unidades familiares en las que convivan varios perceptores de pensiones no contributivas, sólo podrá percibir el complemento el titular del contrato de alquiler o, de ser varios, el primero de ellos".*

supuestos que exista cónyuge a cargo, sea más ventajoso percibir los complementos mínimos que solicitar la pensión no contributiva por parte de la persona que se encuentre en situación de "cónyuge a cargo".

4.4. La exigencia de residencia en territorio español: una cuestión controvertida

Seguramente, una de las principales modificaciones del art. 50 LGSS, en materia de complementos a mínimos, ha sido la incorporación de la exigencia de que el beneficiario del complemento resida en territorio español.

En efecto, en el art. 1 de la Ley 27/2011, de 1de agosto, que incorporaba una nueva redacción al art. 50 LGSS de 1994 establece que además, de todos los requisitos, ya conocidos anteriormente, relacionados con la naturaleza jurídica de la pensión; cuantía de la pensión y de los rendimientos adicionales etc., se incorpora un nuevo requisito consistente en la exigencia de que el beneficiario de aquellas pensiones que no alcancen la cuantía mínima, si aspira a percibir el complemento a mínimos, "*debe residir en territorio español, en los términos que legal o reglamentariamente se determine*".

En cumplimiento de ese previsible desarrollo reglamentario, se publicó el R.D. 1716/2012, de 28 de diciembre, en desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1-8-2011, sobre actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. Pues bien, en su capítulo III, bajo la rúbrica de los Complementos para pensiones inferiores a la mínima, se incluye un precepto que aclara el significado y alcance de la exigencia sobre residencia en territorio español.

En relación con esta cuestión, la exigencia de la residencia en territorio español constituye, en opinión de algún Autor bien conocedor de la cuestión, el más convincente argumento para indicar que el legislador ya toma partido claramente sobre la naturaleza asistencial y, por tanto, en atención a esta modificación se "*inclina la balanza a favor de ser considerados los complementos por mínimos como prestaciones no contributivas*"[45], pues, a propósito de las fuentes de financiación de las prestaciones, ya dejó meridianamente claro que los complementos a mínimos constituyen la expresión de una prestación asistencial[46].

En este sentido, la incorporación de esta exigencia, ciertamente, típica de las prestaciones no contributivas tiene más sentido relacionarlo con la autorización o la prohibición de que se puedan exportar este complemento fuera del territorio español. En cambio, no parece que aporte argumento técnico jurídico adicional sobre la auténtica naturaleza jurídica de dicho complemento.

---

[45] Cfr. en este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "*Condiciones incorporadas al complemento por mínimos de las pensiones contributivas a partir de 2013*". Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 6/2012 parte Estudio. Westlaw.es, BIB 2012\2921. (Visitada 3/11/2014).

[46] Por lo que interesa a este tema, el art. 86.2.b) LGSS estipula lo siguiente: "*b) Tienen naturaleza no contributiva:*
Las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social y los correspondientes a los servicios sociales, salvo que se deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
Las pensiones no contributivas por invalidez y jubilación.
Los complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social…".

En efecto, sin duda la exportación de las pensiones a otros países distintos respecto al Estado donde se ha generado constituye un derecho ampliamente asentado y reconocido en la mayoría de los tratados internacionales en materia de seguridad social a las prestaciones contributivas y, en cambio, no se contempla la extensión de tal reconocimiento respecto del derecho a la exportación para las llamadas prestaciones asistenciales[47].

No obstante, este amplio reconocimiento y los principios que inspiran el derecho a la exportación de las pensiones quedan en tela de juicio cuando se detiene la atención en las peculiaridades que acompañan el reconocimiento de los complementos a mínimos, esto es, en aquella parte alícuota de pensión que persigue complementar el umbral mínimo de ingresos a aquellos pensionistas cuya pensión reconocida inicialmente es inferior a la mínima, de conformidad con las condiciones de vida, precios de los productos básicos, gratuidad de servicios públicos básicos[48]. Todos esos aspectos, que influyen en el reconocimiento y la cuantía de los complementos a mínimos, son los que toman en consideración para el reconocimiento del suplemento tomando como el nivel de vida existente en el territorio español.

De ahí que, cuando no se reside en territorio español, el nuevo lugar de residencia y sus circunstancias socio-económicas puede que no se ajuste a las circunstancias del territorio español, por defecto de rentas o por exceso de renta necesaria para subsistir, y el legislador ha optado por exigir la condición de residencia, condición que en caso de incumplir por parte del beneficiario puede llevar como efecto jurídico el mantenimiento de la pensión, pero la pérdida de la cuantía del complemento a mínimo en consonancia con la finalidad de la misma, esto es, evitar incurrir en los umbrales de la pobreza, en los términos economicistas que aparece definida en el territorio español y únicamente mientras se reside en el mismo.

En caso, de incumplimiento del requisito de residencia, la extinción del derecho al complemento por mínimos tendrá efectos a partir del día 1 del mes siguiente en que se produzca dicha circunstancia[49].

En cuanto a la definición de residencia, a los efectos de percibir los correspondientes complementos a mínimos, el beneficiario de la pensión a complementar se entenderá que reside en territorio español "*cuando sus estancias en el extranjero sean iguales o inferiores a*

[47] Incluso es un derecho que "*...se extiende asimismo a la aplicación de los Convenios Bilaterales o Multilaterales en los que se suele incorporarse una cláusula de exportabilidad si bien su campo de aplicación contemple únicamente a las pensiones contributivas*". Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L.: "*Pensiones mínimas y complementos*…", op. cit., pág. 219.

[48] Desde hace tiempo, la doctrina científica que con más detenimiento había estudiado esta cuestión, no dudaba en afirmar la "*no exportabilidad" de los complementos a mínimos, sin que ello entorpezca su calificación jurídica como componente contributivo de la pensión*". Cfr. GETE CASTRILLO, P.: *"El Nuevo Derecho Común*…", op. cit., pág. 583. En mi opinión, la exigencia de la residencia en territorio español como requisito determinante de la percepción del mínimo supone que quien reside fuera no podrá percibir el complemento a mínimo. Así, se deniega el derecho de exportar la cuantía del complemento, derecho a la exportación que no se puede limitar en relación con la cuantía de la pensión de naturaleza contributiva.

[49] Cfr. los apartados 3 y 4 del art. 10 del R.D. 1716/2012, de 28 de diciembre.

90 días a lo largo de cada año natural o estén motivadas por causas de enfermedad del beneficiario, debidamente justificadas mediante el correspondiente certificado médico"[50].

Por lo que se refiere al modo de acreditar la condición de residente en España, ésta se probará de conformidad con lo previsto en el R.D. 523/2006, de 28 de abril, que, como es sabido, suprimió la exigencia de aportar certificado de empadronamiento, como documento con fuerza probatoria suficiente en los procedimientos ante la Administración General del Estado y de sus organismos públicos dependientes[51].

Asimismo, es preciso resaltar el carácter no retroactivo en el tiempo de esta exigencia relacionada con el lugar de residencia del beneficiario de la correspondiente pensión. En efecto, tal exigencia entró en vigor, solamente, a aquellas pensiones inferiores a la mínima cuyo hecho causante se produzca a partir del 1 de enero de 2013, con independencia de cuál sea la legislación aplicable para el reconocimiento de la correspondiente pensión[52].

Por fin, es preciso resaltar que esta exigencia de residencia no sería exigible a los pensionistas que les fuera aplicable el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. En opinión de este sector doctrinal, dado que a efectos del Reglamento 883/2004, "*las pensiones contributivas son exportables, los complementos de dichas pensiones también han de ser exportados cuando el Regl. 883/2004 pueda ser invocado por los pensionistas beneficiaros de dichos complementos*"[53]. Sin embargo, en la doctrina de los tribunales parece pesar más la naturaleza jurídica de estos complementos, naturaleza reconocida por la propia Ley General de la Seguridad Social, en su art. 86.2.b), para ofrecerles un tratamiento semejante al reconocido a las prestaciones no contributivas, esto es, el carácter no exportable de las mismas cuando el perceptor deja de residir legalmente en territorio español.

5. SITUACIONES PARTICULARES DE LA PENSIÓN Y DE LOS COMPLEMENTOS A MÍNIMOS

5.1. Una compleja y diversa realidad

Una vez expuesto el esquema básico de la dinámica de los complementos a mínimos, se podrá comprobar que la normativa reguladora, a pesar de las variadas fuentes del derecho que participan en este bloque normativo, no alcanza a contemplar la complejidad que entraña el fenómeno de suplementar la cuantía de las pensiones mínimas en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva.

Por ello, la resolución de esta intensa casuística ha tenido que ser objeto de análisis y resolución por parte de Juzgados y Tribunales, especialmente, la jurisprudencia de

[50] Cfr. apartado 2 del art. 10 del R.D. 1716/2012, de 28 de diciembre.
[51] No obstante, la aportación del certificado de empadronamiento será necesaria cuando el interesado no preste su consentimiento para que sus datos puedan ser consultados a través del Sistema de Verificación de Datos de Residencia previsto en el apartado 3 del artículo único del R.D. 523/2006, de 28 de abril.
[52] Cfr. apartado 6 del art. 10 del R.D. 1716/2012, de 28 de diciembre.
[53] Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "*Pérdida de residencia habitual en España y prestaciones de Seguridad Social*". A.L., núm. 10, 2014, en http://laleydigital.laley.es/ (Visitado 17/10/2014).

unificación de doctrina del Tribunal Supremo que, a la vista del expedito acceso a los recursos en materia de prestaciones de la Seguridad Social, ha facilitado el contraste de sentencias y la formación de un cuerpo de doctrina estable que ha proporcionado una considerable dosis de seguridad jurídica en una institución tan sensible como los complementos a mínimos.

Junto a la circunstancia más habitual, esto es, cuando los complementos a mínimos suplementan una única pensión que despliega la acción protectora de la Seguridad Social para un único beneficiario, también es preciso detener la atención en otros supuestos de hecho en los que, a pesar de que se acumulen varias prestaciones de la seguridad social en un único beneficiario, se planteará si ello constituye un obstáculo para el reconocimiento de un complemento a mínimos que suplemente una de las pensiones que, en todo caso, ha de disponer de naturaleza contributiva.

A diferencia del anterior, es también posible que una única pensión contributiva del Sistema de la Seguridad Social haya de fraccionarse entre varios beneficiarios. En estos casos, es posible que el resultado de cada una de las fracciones de la pensión original que han de recibir los distintos beneficiarios constituya una cuantía inferior a la que se califica como pensión mínima. A pesar de ello, los criterios jurisprudenciales deben ofrecer unos criterios que, principalmente, estén basados en la equidad de sus resultados y la sostenibilidad del sistema. A continuación, se destacan aquellos aspectos más relevantes por la problemática que se plantea.

5.2. La concurrencia de pensiones en un solo beneficiario

En aquellos supuestos en que un mismo beneficiario perciba varias pensiones, compatibles entre sí, procedentes del sistema de la seguridad social, o también, cuando la pluralidad de las pensiones traen causa de la aplicación de otros bloques normativos ajenos al esquema contributivo de la Seguridad Social, el hecho de que se haya reconocido varias pensiones no constituye una causa legal para la denegación del reconocimiento de los complementos a mínimos cuando tal pluralidad de pensiones no supera los umbrales mínimos de protección, pensiones que pueden derivarse del mismo o distinto ámbito de la acción protectora, esto es, podrán ser el resultado de la concurrencia de dos o más pensiones de jubilación, o, la concurrencia de una pensión de viudedad con otra de incapacidad permanente.

En el supuesto que se trate de pensiones internas del sistema de la Seguridad Social, se deberá proceder a comprobar la suma de todas y cada una de las prestaciones, una vez que se hayan revalorizado, y procederá el complemento a mínimos en el supuesto de que la suma de todas pensiones sea inferior a la cuantía de la pensión mínima de mayor cuantía[54] y, por ende, aplicando el mismo tratamiento a los llamados rendimientos adicionales como si de una única pensión se tratara.

En otro sentido, cuando concurren pensiones de la seguridad social y otras pensiones ajenas al sistema de la seguridad social, éstas se deberían considerar como rendimientos

[54] En este sentido, cfr. Circular nº 1/1996, de 6 de febrero (BISS, núm. 2, 1996) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección Única) Sentencia núm. 226/2003 de 31 enero. AS 2003\1269.

adicionales con los límites específicos previstos para ello y, por tanto, en aquellos casos que la suma de la pensión y del "rendimiento adicional" fuera inferior al umbral de protección sería procedente la percepción del complemento. Por el contrario, si la cuantía de la pensión de la Seguridad Social y la procedente ajena al sistema superara la cuantía mínima, se debería denegar la aplicación del complemento a mínimo.

Excepcionalmente, la pensión concedida por una entidad extranjera, con aplicación exclusiva de su legislación y cotizaciones ingresadas en la misma, sin cómputo de cotizaciones españolas ni aplicación de Convenio bilateral de Seguridad Social, no computa como concurrente con una pensión de jubilación con prorrata a temporis a cargo de la Seguridad Social Española a los efectos de reducir el complemento a mínimos[55].

En conclusión, la concurrencia de las pensiones y los complementos a mínimos se le aplican las reglas generales para su determinación y cuantía, a excepción de los supuestos de la concurrencia de pensiones ajenas al sistema de la Seguridad Social. En este último caso, parece razonable propugnar que la pensión extra-Sistema se habría de considerar como un rendimiento adicional de los que prevé el art. 50 LGSS.

5.3. La pensión compartida entre diversos beneficiarios

Especial atención, desde la óptica del acceso a los complementos a mínimos, merece aquella situación jurídica en el que una única pensión, como acontece en numerosas ocasiones con motivo de la actualización de la contingencia prevista con motivo de las pensiones de muerte y supervivencia, esto es, cuando se ha de repartir entre varios cónyuges o parejas de hecho una única pensión siguiendo un criterio en proporción al tiempo de convivencia con el cónyuge fallecido.

Aunque la doctrina, ya tuvo oportunidad de relatar las iniciales discrepancias jurisprudenciales acerca de si, aunque procediera el reparto de la pensión entre varios convivientes, sin embargo, en cuanto al complemento a mínimos se debería otorgar tantos complementos a mínimos completos como convivientes sobrevivieran, con independencia del tiempo de convivencia o, por el contrario, con una posición más restrictiva, si el tratamiento de los complementos a mínimos debería ser el mismo que el de la pensión de viudedad, esto es, un único complemento a mínimo a repartir entre los diferentes cónyuges o convivientes en proporción al tiempo de convivencia[56].

Sin necesidad de excesivas reflexiones y con un incontestable sentido común, se ha afirmado por el Tribunal Supremo que"…*la distribución de esta prestación (viudedad) entre diversos beneficiarios con arreglo al tiempo vivido con el causante no multiplica las prestaciones de viudedad, sino que distribuye una sola prestación entre varios beneficiarios, por lo que los mínimos garantizados en los diversos decretos, mientras éstos no dispongan*

[55] Cfr. S TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 3 noviembre 2011. RJ 2012\1225

[56] Como ya se dijo anteriormente, la doctrina científica y la jurisprudencia de unificación de doctrina ya afirmaron con meridiana claridad que la solución correcta era que, en los supuestos de reparto de la pensión de viudedad, el resultado es una sola pensión y un único complemento a mínimos repartido entre los cónyuges supervivientes. Cfr. GETE CASTRILLO, P.: "*El nuevo derecho…",* op. cit, pág. 581-582 y, por todas, STS de 27 de abril de 1994 (Recurso núm. 2017/1993).

otra cosa, afectan a la prestación y no a cada uno de los beneficiarios, pues la garantía de los mínimos es una garantía que afecta las prestaciones contributivas, y éstas siempre han de tener una vinculación a las cotizaciones del causante y al sistema de prestaciones reguladas, no pudiendo multiplicarse éstas en función de los mínimos vitales garantizados, pues éstos no tienen un carácter asistencial, aunque se vinculen a la falta de otros ingresos y no se consoliden"[57].

5.4. Los rendimientos adicionales procedentes de los planes de pensiones y los complementos a mínimos

Es preciso cuestionarse si las cantidades percibidas por un beneficiario de complementos a mínimos, con ocasión del rescate de su plan de pensiones, son computables como rendimientos adicionales, equivalentes a los rendimientos de trabajo[58] del año en que se efectúa el rescate y, por ende, si el mencionado incremento de renta al superar los umbrales de renta protegible originan la revisión y el reintegro de las cantidades percibidas en concepto de complementos a mínimos a la correspondiente Entidad Gestora.

Desde luego, no se trata de una cuestión prevista expresamente por la regulación de los complementos a mínimos y ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ofrecido soluciones con ocasión de la pretensión de la Entidad Gestora de obtener el reintegro de los complementos percibidos indebidamente.

Como se puede comprobar, el debate se centra en determinar si la cuantía del rescate del plan de pensiones es computable en el año que se generó la aportación y el correspondiente interés a favor del partícipe del Plan de Pensiones, o, por el contrario, si los rendimientos derivados del plan de pensiones, esto es, aportaciones más intereses, son computables y han de contabilizarse en el año de su percepción, sin dividirse por el número de años en que se generó.

De ahí que, la raíz de esta controversia descansa en un discutible entendimiento derivado del distinto tratamiento fiscal entre los planes de pensiones individuales[59] y de los llamados planes de empleo[60].

En relación con los planes individuales, los ingresos procedentes de un plan individual constituyen un patrimonio indisponible hasta que se produce la contingencia prevista, coincidente con la percepción del complemento a mínimo, que al ser rescatados se convierten las aportaciones y los intereses en un incremento patrimonial del beneficiario de la Seguridad Social[61].

En cambio, la conclusión podría ser distinta si se considera los llamados planes de empleo en los que las principales aportaciones las realiza el empresario, en su condición de

[57] Cfr. STS de 27 de abril de 1994 (Recurso núm. 2017/1993), en f.j. 3º.
[58] Cfr. art. 12.2 del Real Decreto 1307/1988 (RCL 1988, 2216).
[59] Cfr. art. 8.7 de la Ley 8/1987 (RCL 1987, 1381).
[60] Cfr. art. 3 del Real Decreto 1307/1988 (RCL 1988, 2216).
[61] Cfr. STS de 15 de junio de 2009 (RJ\2009\4284).

promotor, siendo considerado como si se tratara de un salario diferido o indirecto que se abona cuando se produce la contingencia prevista por el propio Plan.

Sin embargo, la doctrina unificada y ampliamente repetida no duda en afirmar que los beneficios producidos por el rescate los planes de pensiones han de incorporarse como el equivalente a un rendimiento del trabajo y han de contabilizar, en la misma medida que la cuantía del rescate, en el año de su percepción, "*sin dividirse por el número de años de su percepción…*"[62].

En resumidas cuentas, como se advierte en estas sentencias, el importe obtenido por rescate de Plan de Pensiones ha de considerarse renta y contabilizarse en el año de su percepción, siendo así que el patrimonio de la unidad familiar se incrementa con un elemento nuevo, no sustitutorio de otro anterior, consistente en el importe del Plan de Pensiones que el beneficiario ha optado por recibir en la modalidad de «prestación en forma de capital» [art. 8.5. R.D. Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE 13/12/2002)]; y ese importe constituye, en la normativa rectora de las pensiones no contributivas, un ingreso de naturaleza prestacional «equiparable a renta de trabajo» [art. 10 del RD 304/2004] que sí es computable para determinar el nivel de la unidad económica de convivencia. De otro lado, el referido ingreso no puede considerarse renta irregular, aunque así lo disponga el art. 28.2 de la R.D. Legislativo 1/2002 a los efectos del IRPF [art. 57], porque es doctrina unificada de la Sala Cuarta [STS 17/09/01, RCUD 2717/00 Ar. 8087] que la calificación que proceda a efectos impositivos "*no trasciende a otros campos del Derecho y, concretamente, al de la Seguridad Social*"[63].

[62] Cfr. SSTS de 16 de mayo de 2003 (Rec. 2238/2002); 13 de octubre de 2003 (Rec. 4258/2002); 11 de octubre de 2005 (Rec. 3399/2004); 20 de febrero de 2007 (Rec. 4025/2005) y 16 de noviembre de 2010 (Rec. 1125/2010).
[63] Cfr. Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 (JUR\2014\109603) (RCUD 1210/2013), en razonamiento jurídico núm. PRIMERO.

Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014 de 18 de julio

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ
PROFESOR EN EL ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

Resumen

En este trabajo se recogen las principales modificaciones que introduce el nuevo texto normativo en relación a la gestión y el control en los procesos de incapacidad temporal, inferiores a 365 días. Para ello, se abordan los antecedentes legislativos a la nueva Ley, al ser ésta una materia que ha experimentado numerosas modificaciones en nuestro ordenamiento. Y a partir de ahí, se hace especial hincapié a la nueva regulación de los partes médicos, en especial a los partes de baja y confirmación de la baja, sobre los cuales han recaído las modificaciones más importantes. Igualmente, centramos nuestra atención sobre las novedades introducidas en las propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, así como en el establecimiento del nuevo procedimiento para la determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal. Por último, se analizan las modificaciones introducidas, de un lado, en la revisión de las declaraciones de altas médicas dictadas por las mutuas en la IT derivada de contingencias profesionales y, de otro lado, en las actividades de seguimiento y control de la situación de incapacidad temporal y de la prestación económica.

Palabras clave

incapacidad temporal, parte de baja, mutua, control y reforma.

Abstract

In this paper the main changes introduced by the new rules text in relation to the management and control processes for temporary disability, less than 365 days are shown. For this, legislative history to the new law are addressed, as this is a matter which has undergone numerous changes in our system. And from there, special emphasis is made to the new regulation of medical parts, especially the medical leave form and confirmation of the medical leave, on which have fallen the most important modifications. Similarly, we focus on innovations in medical discharge proposals made by mutual processes of temporary disability due to common contingencies, as well as in establishing the procedure for determining the cause contingency of temporary disability. Finally, as amended, on one side, in reviewing medical discharge statements issued by the mutual in IT derived from professional contingencies are analyzed and on the other hand, in the monitoring and control of the situation temporary disability and economic benefit.

Keywords

temporary disability, medical leave form, mutual, control, change.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Debemos partir de la base de que la situación de incapacidad temporal es la que mayor número de modificaciones ha experimentado en relación con la gestión y control de la misma, habida cuenta de la diversidad de organismos y entes intervinientes, esto es, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Instituto Social de la Marina (ISM), Mutuas de accidentes de trabajo, empresas colaboradoras y Servicios Públicos de Salud (SPS). Igualmente, debe advertirse que el objetivo perseguido por las distintas reformas operadas sobre la misma se ha ido modificando, atendiendo a una realidad específica existente en cada momento. De este modo, desde mediados de los 80 periódicamente la gestión de la IT se ha modificado, con una doble finalidad, por un lado, con la idea de contener el gasto y, por otro lado, con la idea de atajar el uso indebido o fraudulento en el acceso a la prestación. No obstante, a este respecto, debemos tener en cuenta que desde la irrupción de la crisis

económica y el mantenimiento de sus consecuencias se ha producido una desaceleración del gasto en incapacidad temporal[1].

Aquellos objetivos iniciales vinieron siendo modificados en las sucesivas reformas por otros bien distintos, centrándose los mismos, de un lado, en la idea de dar un mayor protagonismo a las entidades responsables de la prestación, en detrimento del control de las instancias sanitarias. Y de otro lado, en la intención de mejorar la gestión de la prestación con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Por tanto, paulatinamente, se ha producido una progresiva retirada de las funciones de los entes sanitarios, concretándose su actuación en la verificación del estado de salud del trabajador, y una mayor presencia de las entidades responsables del reconocimiento y pago de la prestación, las cuales incorporan funciones de verificación de si el estado de salud del trabajador incide en la capacidad laboral. Hasta la reforma de 2006, el incremento de las funciones de control de la entidad responsable, vendrá a atravesar por dos fases: La primera de ellas se concreta en la posibilidad de las entidades responsables del pago de la prestación de realizar reconocimientos médicos a los beneficiarios, a través de sus servicios médicos, y proponer el alta a los servicios de salud. La segunda, vendrá determinada por el hecho de que la falta de efectividad del procedimiento de propuestas de alta supuso un mayor control de la IT por el INSS, facultándose a éste para expedir altas médicas a los exclusivos efectos económicos de la prestación, precisando la conformidad de los Servicios de Salud.

Por su parte, la disposición Adicional 48º de la Ley 30/2005, de Presupuestos Generales para 2006, vino a modificar la gestión y el control de la prestación económica por incapacidad temporal[2], profundizando en los mecanismos de control anteriores, puesto que aquella norma amplia las competencias de la entidad responsable del pago de la prestación (INSS, ISM) en detrimento de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y las mutuas. Ya que se vino a alterar la competencia de emisión de bajas en el proceso de incapacidad temporal, toda vez que transcurrido el periodo de 365 días de baja, la misma pasa a residenciarse en el INSS, a través del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI). Asimismo, dicha actuación del INSS tendrá un alcance general, dado que no queda limitada a los procesos sobre los que tiene responsabilidad de pago, afecta a los procesos de trabajadores de alta en el Régimen Especial del Mar o los gestionados por las Mutuas, cualquiera que fuese la contingencia.

[1] El gasto en incapacidad temporal en los últimos ejercicios ha moderado el comportamiento que tenía en el periodo 1995-2005, tal como se recoge en los datos ofrecidos por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Así, en 2000 el gasto era de 3.784,36 millones de euros, en 2002 el gasto fue de 4.754,48 millones de euros, en 2004 el gasto fue de 6.655,68 millones de euros, en 2006 el gasto fue de 6.850,48 millones de euros, en 2008 el gasto fue de 7.534,98 millones de euros, en 2009 se produjo ya un descenso del gasto, situándose el mismo en 7.176,03 millones de euros, en 2010 continuando con esta tendencia de reducción del gasto el mismo se situó en 6.732,98 millones de euros, igualmente en el ejercicio 2011 el gasto fue sensiblemente inferior ascendiendo a 6.241,07, en el ejercicio 2012 se produjo un pronunciado descenso del gasto en relación a la situación de incapacidad temporal, rebajándose el mismo en casi 900 millones de euros, situándose la cifra en 5.360,16 millones de euros. Volviendo a descender la cifra de gasto en los dos últimos ejercicios, en 2013, de acuerdo con la previsión de liquidación, el gasto se situó en 5.027,61 millones de euros y, de acuerdo con el gasto presupuestado para 2014 asciende a 4.878,37 millones de euros. Ver RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", Temas Laborales, nº 118, 2013, págs. 113 y ss.

[2] PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. Y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: "La gestión y el control de la incapacidad temporal", Aranzadi Social, nº 5, 2006, págs. 1.341 y ss.

La aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, vino a establecer un procedimiento específico que residencia en el INSS todo el control de los procesos de IT una vez agotados los 12 meses de duración, con efectos tanto en la prestación económica de la Seguridad Social como en los ámbitos laborales, aun cuando el INSS puede reconsiderar su decisión inicial cuando se proponga desde los Servicios de Salud, a instancia previa del trabajador disconforme con el alta del INSS[3]. Asimismo, agotado (por duración del plazo máximo) el proceso de IT, sin que el trabajador hubiese sido calificado como incapacitado permanente, solo podía producirse una nueva baja, si tenía lugar alguna de las siguientes circunstancias, que hubiesen transcurridos más de 6 meses desde la finalización del proceso anterior o sin transcurrir dicho plazo, sea otra patología o cuando lo autorice el EVI.

Por otro lado, la Ley 35 2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, extendió a los inspectores médicos adscritos al INSS las facultades establecidas para la inspección médica de los servicios de salud, con lo que los inspectores médicos del INSS podían expedir partes de alta en los procesos de IT antes de los 365 días. Esta nueva competencia del INSS hizo desaparecer las propuestas de alta y las iniciativas de alta desde el INSS hacia los Servicios Públicos de Salud, por lo que gran parte de los mecanismos de control establecidos por el RD 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, quedaban sin efecto[4].

Una vez analizado el panorama legislativo por el que ha venido atravesando la incapacidad temporal en lo que a los mecanismos de control y gestión se refiere, nos detendremos a examinar las principales reformas que ha venido a introducir la nueva regulación en relación a aquellos mecanismos, al objeto de poder determinar las modificaciones de mayor calado en esta materia.

2. EL NUEVO PANORAMA EN EL CONTROL DE LOS PROCESOS DE IT CON DURACIÓN INFERIOR A 365 DÍAS

2.1. Aspectos generales

Tal y como ya se ha apuntado, los mecanismos de control de la IT se habían modificado antes de la promulgación del RD 625/2014, en relación a una serie de cuestiones básicas, de un lado, tal y como ha quedado reflejado en este mismo trabajo, se atribuye al INSS, a través de sus servicios médicos, la facultad de expedir altas médicas, asignándoles a aquellos las mismas facultades que a las inspecciones médicas de los Servicios Públicos de Salud. De otra parte, se han ido mejorando los mecanismos de coordinación entre los agentes intervinientes en la gestión y el control de la IT. Y, por último, se ha ido implantando el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en aras a lograr esa mayor coordinación entre los sujetos intervineintes en los procesos de incapacidad temporal.

[3] TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos", Aranzadi Social, nº 5, 2008, págs. 71 y ss.

[4] SIRVENTE HERNÁNDEZ, N.: "Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (LMURMT)", Actualidad Laboral, nº 16, 2011, pág. 1. Asimismo, sobre la evolución legislativa descrita ver PANIZO ROBLES, J. A.: "Un nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal: el Real Decreto 625/2014", RTSS. CEF. nº 377-378, 2014, págs. 99 y ss.

Por lo que se refiere al reseñado RDL 625/2014, el mismo viene a regular la gestión y el control de los procesos de IT en los 365 días primeros de duración, puesto que, tal y como se recordara, el control de la IT, rebasados los 365 días, se ejerce solo por la entidad gestora (INSS/ISM). Además, dicha disposición normativa implica la total derogación del RD 575/1997, recogiendo toda la materia relativa al control de la prestación, debiendo tenerse en cuenta dos particularidades, por un lado, que debe tratarse de procesos de IT que no superen los 365 días de duración, y, por otro lado, quedan excluidos los procesos de IT de los regímenes de funcionarios, esto es, Régimen Especial de los Funcionarios civiles del Estado, Régimen Especial de las Fuerzas Armadas y Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración de Justicia[5].

Además, el RD 625/2014 completa la regulación de la prolongación de los efectos de la prestación económica por incapacidad temporal en los casos contemplados en el art. 131 bis 2.2º de la LGSS, según el cual el EVI puede determinar la conveniencia de no proceder de inmediato a la calificación de incapacidad permanente, atendida la situación clínica del interesado y su capacidad laboral, sin que la demora de la calificación pueda sobrepasar los 730 días naturales siguientes a la fecha en que se haya iniciado la situación de IT[6].

2.2. La nueva regulación de los partes médicos en los procesos de IT derivados de contingencias comunes y profesionales

2.2.1. La nueva regulación de los partes de baja y confirmación de la baja

El artículo del 2 RD 625/2014 viene a establecer una nueva regulación de los partes de baja, ajustándose la misma a las siguientes previsiones. Como punto de partida se afirma que la declaración médica de baja debe constatarse mediante la emisión del correspondiente parte médico. A tal efecto, se atribuye la competencia para su emisión, con carácter general, al facultativo del Servicio Público de Salud que reconoce al trabajador, salvo que la baja tenga origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional de un trabajador que preste servicios en una empresa asociada, para la gestión de la prestación por aquellas contingencias, a una mutua o se trate de un autónomo adherido a ella para la gestión de la prestación por incapacidad temporal derivada de las referidas contingencias, en cuyo caso, la expedición del parte médico de baja corresponderá a los servicios médicos de la entidad colaboradora.

[5] En relación al mismo, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: "La regulación de la gestión y el control de la incapacidad temporal en el RD 625/2014, de 18 de julio", Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2014 o FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el RD 625/2014, de 18 de julio", REDT, nº 168, 2014.

[6] El artículo 131 bis en su aparatado 2 viene a regular la prolongación de los efectos de la incapacidad temporal para aquellos casos, en los que tras permanecer de baja médica 545 días y siendo necesario continuar con el tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de incapacitado permanente, pudiendo ésta retrasarse por el periodo necesario, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal. Ver, GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: "Problemas y consecuencias en la calificación de la incapacidad permanente del trabajador que ha permanecido en incapacidad temporal y es previsible (aunque incierta) su recuperación. Una crítica a la práctica habitual de la entidad gestora en la aplicación del artículo 131 bis.2 TRLGSS", Aranzadi Social nº 18, 2004.

Por otro lado, se afirma en el referido precepto, a fin de procurar la mejora de la gestión de la prestación con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, que los partes médicos de incapacidad temporal deben realizarse en un modelo que permita su gestión informatizada, figurando un código identificativo del centro de salud emisor. Además, tal y como ya sucediera en la legislación anterior, se afirma que la expedición del parte de baja debe ir precedida de un reconocimiento médico del trabajador, al objeto de llevar a cabo la determinación objetiva de la IT para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico ha de requerir al trabajador los datos necesarios para precisar la patología objeto de diagnóstico y su posible incapacidad para realizar su trabajo.

Una de las novedades introducidas por el RD 625/2014, en relación a los mecanismos de control, consiste en que una vez emitido el parte de baja, el Servicio de salud o la mutua han de remitir al INSS por vía telemática y dentro del primer día hábil siguiente a la emisión del parte médico, los datos personales del trabajador, así como los datos obligatorios del parte de baja, los cuales se vienen a concretar en los siguientes extremos: la fecha de baja, la contingencia causante, el código de diagnóstico, el código nacional de ocupación del trabajador, la duración probable del proceso, y, en su caso, la aclaración de que el proceso es recaída de uno anterior y, en este caso, la fecha de la baja del proceso que lo origina. Por último, debe hacerse constar la fecha en que se realizará el siguiente reconocimiento médico. Asimismo, se afirma que el INSS transmitirá al ISM y a las mutuas, en el primer día hábil siguiente al de su recepción, los partes de baja y de confirmación de la baja por contingencia común relativos a los trabajadores respecto de los que gestionen la incapacidad temporal cada una de ellas.

Poro otro lado, tal y como ya sucedía con la normativa anterior, se prevé, a fin de que las actuaciones médicas de control de la IT cuenten con mayor respaldo técnico, que se pongan a disposición de los médicos tablas de duraciones medias, tipificadas para los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, y tablas sobre el grado de incidencia de dichos procesos en las diversas actividades laborales[7].

En relación con la expedición de los partes de confirmación de la baja, se introduce, igualmente, una importante novedad al respecto, ya que frente a la rigidez del RD 575/1997, en el que se establecía, para todos los supuestos, la expedición de los partes de confirmación cada 7 días desde la fecha de expedición del parte anterior, se prevé ahora que los partes de baja y confirmación se extiendan en función del periodo de duración que prevea el médico que lo emite, considerándose que la IT ha de tener una duración diferente en función de la patología, la edad y ocupación del trabajador, por lo que ante una misma patología pueden estimarse duraciones diferentes del proceso de IT en trabajadores de distinta edad o que realicen diferentes actividades, se prevén, a tal efecto, cuatro grupos diferentes:

1) Procesos de duración estimada inferior a 5 días naturales. En este supuesto, el facultativo puede emitir el parte de baja y alta en el mismo acto médico,

[7] El INSS ha editado un manual de tiempos estándar de IT, con la finalidad de homogeneizar criterios en las actuaciones médicas de seguimiento y control de IT. Los tiempos estándar constituyen duraciones tipificadas por patologías, ordenadas siguiendo la clasificación Internacional de Enfermedades. PANIZO ROBLES, J. A.: "Un nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal…", op. cit; págs. 115.

consignando en el parte la fecha de alta, que puede ser la misma que la baja o cualquiera de los 3 días siguientes[8].

2) Procesos de entre 5 y 30 días naturales de duración. En estos supuestos, en el parte de baja inicial debe constar la fecha de la próxima revisión médica, sin que pueda diferir en mas de 7 días naturales desde la baja inicial, en la revisión el facultativo puede o expedir el alta médica o emitir el parte de confirmación de la baja, y a partir de éste, en los sucesivos partes de confirmación, en caso de que sean necesarios, no puede existir una diferencia de más de 14 días naturales entre si.
3) Procesos de entre 31 y 60 días naturales de duración. En estos supuestos, en el parte de baja inicial debe constar la fecha de la próxima revisión médica, sin que pueda diferir en más de 7 días naturales desde la baja inicial, tras cuya revisión el médico o bien emite el alta o bien emite el primer parte de confirmación de la baja, a partir de éste, los sucesivos partes de confirmación no podrán emitirse con una diferencia de más de 28 días naturales entre si.
4) Procesos de 61 o más días naturales de duración. En estos casos, en el parte de baja inicial se ha de hacer constar la fecha de la próxima revisión médica, sin que pueda diferir en más de 14 días naturales desde la baja inicial. En la revisión, el médico o bien acuerda el alta o bien emite el primer parte de confirmación de la baja, a partir de éste, los sucesivos partes no podrán emitirse con una diferencia de más de 35 días naturales entre si.

No obstante, una cuestión importante debe tenerse presente respecto de estos supuestos, y es que en todos ellos se trata de plazos máximos, con lo que el médico del Servicio de Salud puede expedir el alta cuando considere que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en los procesos de IT derivados de contingencias Profesionales, de trabajadores que prestan servicios para empresas asociadas a una mutua o trabajadores autónomos adheridos a ella, la expedición de los partes médicos de baja corresponde a los servicios médicos de la entidad, en los plazos señalados, a quien compete realizar los controles médicos de seguimiento de los procesos de incapacidad temporal.

Por otro lado, al margen de los anteriores supuestos, deben tenerse en cuenta los procesos que superen los 365 días de duración, puesto que en ellos se presenta una particularidad, y es que en estos casos el medico del Servicio Público de Salud o el servicio médico de la mutua, al expedir el último parte de confirmación, antes del agotamiento de los 365 días, deben comunicar al interesado en el reconocimiento médico, que traspasado ese plazo, el control del proceso pasa al INSS o al ISM[9], dejando de emitir nuevos partes de confirmación. A tal efecto, el Servicio Público de Salud debe comunicar al INSS el agotamiento de los 365 días en situación de IT inmediatamente y, en todo caso, el primer día hábil siguiente.

[8] El trabajador puede solicitar que se le practique un nuevo reconocimiento médico el día en que se haya fijado la fecha de alta, y el facultativo puede emitir parte de confirmación de la baja, si considera que el trabajador no ha recuperado su capacidad laboral.

[9] Ver artículo 128.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

2.2.2. Informes médicos complementarios y de control.

Aun cuando, tal y como acabamos de analizar, se ha modificado la periodicidad en cuanto a la expedición de los partes de de baja y de confirmación de la baja, se mantiene la exigencia de que, en determinadas fechas, los mismos vayan acompañados de unos informes adicionales, denominados informes complementarios e informes de control, no obstante, el artículo 4 del RD 625/2014 ha venido a modificar las fechas en las que han de expedirse o emitirse los referidos informes.

En relación a los informes complementarios, debemos partir de la base de que se mantiene en la nueva norma de referencia la expedición por el médico de atención primaria. Si bien, se homologan los plazos de los mismos con independencia de la contingencia, ya sea esta común o profesional. Asimismo, debe tenerse presente que los mismos solo afectan a los procesos que se estimen de duración superior a 30 días, debiendo actualizarse dichos informes con cada dos partes de confirmación de la baja.

Por tanto, si comparamos la regulación actual, en relación a los referidos informes, con las previsiones contempladas en la legislación anterior, en torno a los mismos, podemos establecer las siguientes diferencias entre una y otra normativa. En primer término, en los procesos de incapacidad temporal inferiores a 30 días, de acuerdo con la legislación anterior (RD 575/1997), los informes complementarios se expedían al 28º día de la baja, mientras que, con la nueva regulación, en los referidos procesos no se emite informe complementario, puesto que el mismo se prevé, tal y como hemos apuntado, en los procesos superiores a 30 días. Por otro lado, en los procesos de incapacidad temporal entre 31 y 60 días de duración, en la legislación anterior, se preveía que dichos informes se expedían al 28º día de la baja y se actualizaba cada 28 días. Sin embargo, a este respecto, el nuevo Real Decreto viene a establecer que en este caso los informes se expiden, como sabemos, con el segundo parte de confirmación, esto es, a los 35 días de la baja. Finalmente, en los procesos de incapacidad temporal de más de 60 días de duración, la regulación anterior contemplaba exactamente las mismas previsiones que en el caso anterior, esto es, dichos informes se expedían al 28º día de la baja y se actualizaba cada 28 días. No obstante, la nueva regulación, respecto a este extremo, prevé que los referidos informes se expidan, tal y como ya se ha expuesto, con el 2º parte de confirmación, lo que en este caso supondría su expedición a los 49 días de baja.

En otro orden de cosas, por lo que se refiere a los denominados informes de control, debemos tener en cuenta que se mantiene la expedición con una periodicidad de 3 meses, extendiéndose la obligación a todos los procesos de IT, independientemente, de la contingencia causante. Además, un aspecto a destacar en relación a estos informes es que se amplían los órganos competentes para su emisión, puesto que de acuerdo con la legislación anterior, la competencia para su emisión venía a ser exclusiva de la Inspección médica del Servicio Público de Salud. Sin embargo, ahora, tras la promulgación del RD 625/2014, también pueden emitir los informes los facultativos de atención primaria, bajo la supervisión de la Inspección médica del Servicio Público de Salud.

Ahora bien, debe advertirse que, en todo caso, los informes médicos (complementarios y de control) forman parte del proceso de incapacidad temporal, por tanto, pueden acceder a su contenido tanto los inspectores médicos del Servicio Público de Salud y de las entidades gestoras como los facultativos de las mutuas. Por el contrario, la

documentación clínica de las personas que se encuentran de baja, debido a un proceso de incapacidad temporal, queda reservada a los inspectores médicos del Servicio Público de Salud y a los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM[10].

2.2.3. La regulación de los partes de alta

Como es consabido, la situación de IT se extingue con carácter general mediante la constatación de la capacidad de trabajo del interesado, documentada mediante el parte de alta. En este sentido, se mantiene en torno al mismo la regulación que se contenía en el RD 575/1997, conteniéndose en el artículo 5 del RD 625/2014 las características de dichos partes, las cuales vienen a concretarse en las siguientes:

a) El parte del alta ha de expedirse tras el reconocimiento médico del trabajador.
b) En el mismo se deben consignar la causa del alta médica y la fecha de baja inicial.
c) El parte de alta vendrá a desplegar los siguientes efectos, por un lado, la extinción de la situación de incapacidad temporal, con efectos del día siguiente a la fecha de expedición del parte, con independencia de que se siga prestando asistencia sanitaria. Y, por otro lado, se impone la obligación al trabajador de reincorporación al puesto, el mismo día en que produzca sus efectos.
d) Por lo que se refiere a la competencia para la emisión del parte de alta, con carácter general, la misma corresponde al facultativo de atención primaria. Asimismo, están facultados los inspectores médicos del Servicio Público de Salud, del INSS o del ISM, tras el reconocimiento médico del trabajador. Además, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, la expedición del parte del alta compete a los servicios médicos de la mutua, respecto de aquellos trabajadores que prestan sus servicios en empresas asociadas a la misma o respecto de trabajadores autónomos adheridos a ella.
e) En los supuestos de procesos derivados de una enfermedad común o accidente no laboral, los partes de alta se han de comunicar a las mutuas, debiendo éstas comunicar a la empresa la extinción del derecho, su causa y la fecha de efectos de la misma.
f) Si se expide el parte de alta por los inspectores médicos (adscritos al INSS o al ISM), durante los 180 días siguientes a la fecha en que se expidió el alta, serán estas entidades las únicas competentes para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología.

2.2.4. Tramitación de los partes médicos

Por lo que se refiere a la tramitación de los partes médicos, se viene a establecer que el órgano que expide el parte de baja o de confirmación de la baja debe entregar al trabajador dos copias, una para el interesado y otra para la empresa. Debiendo el trabajador entregar a la empresa su copia, en los tres días siguientes a la expedición del parte. No obstante, debe

[10] En este sentido, la disposición final 5ª del RD 625/2014 prevé que lo dispuesto sobre el acceso a la documentación clínica de atención primaria y especializada, se hará extensivo a los médicos del Instituto Social de la Marina, con el objeto de que dispongan de la información necesaria respecto de los trabajadores a los que realizan los preceptivos reconocimientos médicos de embarque marítimo que tienen por objeto garantizar que las condiciones psicofísicas de estos sean compatibles con sus puestos de trabajo.

advertirse que si durante el periodo de baja hubiese finalizado el contrato de trabajo, el trabajador está obligado a presentar ante el INSS, el ISM o la muta las copias de los partes de confirmación, en el mismo plazo de 3 días.

Igualmente, el órgano que expide el parte de alta debe entregar al trabajador dos copias, una para el interesado y otra para la empresa, debiendo el trabajador entregar la copia a ella destinada en el plazo de las 24 horas siguientes. No obstante, del mismo modo al que sucede en el caso de los partes de baja y de confirmación de la baja, si durante el periodo de baja hubiese finalizado el contrato, la copia de la empresa se entregará, en las 24 horas siguientes a la expedición, al INSS, al ISM o a la mutua.

Por otro lado, el Servicio Público de Salud o la mutua deben remitir los partes de baja, confirmación y alta al INSS por vía telemática, el primer día hábil siguiente al de su expedición. En este sentido, el nuevo Real Decreto introduce un importante cambio con respecto a lo que se establecía en la legislación anterior, en la cual se contemplaba un plazo mucho más amplio, concretamente 5 días y se estipulaba que habrían de remitirse los partes desde el Servicio Público de Salud al INSS o la mutua. Precisamente, la centralización en el INSS de los partes médicos implica que por parte de éste hayan de establecerse los mecanismos necesarios para hacer llegar a las demás entidades los partes. En este sentido, se prevé en la Ley una doble obligación para el INSS, por un lado, éste, a través de sus medios telemáticos, debe proceder a la distribución y envío, dentro del primer día hábil siguiente al de su recepción, de los partes destinados al ISM y a la mutua. Y, por otro lado, el INSS debe facilitar a la TGSS, a su requerimiento, los datos de los trabajadores que se encuentren en IT, con o sin derecho a prestación, durante cada periodo de liquidación de cuotas. Al objeto de que por la TGSS se puedan llevar a cabo las actuaciones necesarias para que en la liquidación de cuotas de la Seguridad Social se compensen las cantidades satisfechas a los trabajadores en el pago por delegación de la prestación de incapacidad temporal. Asimismo, debe advertirse que si el empresario hubiese abonado al trabajador una prestación de incapacidad temporal en pago delegado, sin haber compensado dicho importe mediante su deducción de las liquidaciones para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social, puede solicitar del INSS o la mutua el reintegro de las cantidades abonadas al trabajador y no deducidas.

En el marco de la tramitación de los partes médicos, la Ley viene a establecer, también, determinadas obligaciones a cumplir por las empresas en relación a los mismos, imponiéndose a las mismas la obligación de remitir al INSS, inmediatamente y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados a partir de la recepción del parte presentado por el trabajador, los partes médicos que le presenten los trabajadores, cumplimentados con los datos correspondientes de la empresa. En este sentido, se establece una modificación importante con respecto a la regulación contenida en el RD 575/1997, puesto que aquella norma venía a establecer un plazo de cinco días para que la empresa diera cumplimiento a aquella obligación, produciéndose, por tanto, a partir de ahora, una evidente reducción de dicho plazo, la misma posiblemente obedezca a la idea de dotar de la mayor celeridad posible al proceso y a la de procurar un adecuado control del mismo por parte de la entidad gestora. Asimismo, se impone a las empresas la obligación de remitir los partes médicos presentados por sus trabajadores a través del sistema RED, a fin de mejorar la comunicación y la coordinación entre los entes participantes en el proceso de incapacidad temporal, a raíz de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Si bien, respecto a este extremo, debe tenerse en cuenta que la obligación de las empresas de

remitir, a través del sistema RED, las copias de partes de baja, confirmación de la baja o alta ya se venía estableciendo mediante la Orden /TAS/399/2004, de 12 de febrero, por la que se regula la presentación en soporte informático de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta correspondientes a los procesos de incapacidad temporal[11].

El incumplimiento de las empresas de remitir al INSS los partes médicos presentados por sus trabajadores a través del sistema RED, puede desembocar en dos tipos de situaciones:

a) La posible imposición de una sanción, puesto que el incumplimiento de aquella obligación puede ser constitutiva de una infracción leve12.
b) Que a propuesta del INSS o de la mutua, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social deje en suspenso la colaboración obligatoria de la empresa en el pago delegado de la prestación por IT, pasando a ser abonadas por la entidad gestora o colaboradora[13].

Se hace necesario examinar la tramitación de los partes médicos en aquellos supuestos donde el parte de alta, en un proceso de incapacidad temporal, con duración inferior a 365 días, hubiese sido expedido por el Inspector médico adscrito al INSS o al ISM. En este caso, la entidad gestora que expidió el parte de alta debe trasladar inmediatamente, y como máximo el primer días hábil siguiente a la expedición, una copia del parte al Servicio Público de Salud y otra a la mutua, cuando se trate de trabajadores protegidos por la misma, al objeto de que ésta dicte acuerdo declarando extinguido el derecho por causa del alta, sus motivos y efectos, debiendo notificar el acuerdo a la empresa. Además, se han de entregar dos copias del parte de alta al trabajador para su conocimiento, expresándole la obligación de incorporarse al trabajo, el día siguiente de la expedición, debiendo ir una copia destinada a la empresa.

3. PROPUESTAS DE ALTA MÉDICA FORMULADAS POR LAS MUTUAS EN LOS PROCESOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS COMUNES

En los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes, cuya cobertura corresponda a una mutua, si la misma estima que el trabajador no está impedido para el trabajo, puede formular ante el Servicio Público de Salud y a través de los médicos adscritos a ella, propuestas de alta médica, comunicando simultáneamente al trabajador que

[11] La disposición transitoria 1ª del RD 625/2014 en su párrafo 2º viene a establecer que en tanto no se implante la remisión a las empresas, a través del sistema informático, de los resultados de las resoluciones indicadas en el artículo 7.2 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, el contenido de aquellas se les podrá adelantar mediante correo electrónico, sin perjuicio de comunicación posterior en otro soporte. GARCÍA GIL. B.: "Obligaciones de las empresas". VV.AA.: *Cuestiones sobre incapacidad temporal*, Cinca, Madrid, 2011.

[12] El artículo 21.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDL 5/2004, de 4 de agosto) tipifica como infracción leve no remitir a la entidad correspondiente las copias de los partes médicos de baja, confirmación de la baja o alta de incapacidad temporal facilitados por los trabajadores, o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización del sistema de presentación de tales copias, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. Dicha infracción podrá ser sancionada, de acuerdo con el artículo 40 de la referida norma, con multa desde 60 a 625 euros, en función del grado impuesto.

[13] Ver artículo 77.2 LGSS en la redacción dada por la disposición final 2ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

se ha enviado la propuesta de alta[14]. Veamos, pues, la tramitación que establece ahora la Ley en relación a la referida propuesta.

Las propuestas de alta formuladas por las mutuas deben dirigirse a las unidades de la inspección médica del Servicio Público de Salud, debiendo remitirse por estos a los facultativos a quienes corresponda la emisión de los partes médicos. El facultativo debe pronunciarse, bien confirmando la baja médica, bien admitiendo la propuesta y expidiendo el correspondiente parte de alta.

Si se confirma la baja se debe consignar el diagnóstico, el tratamiento médico dispensado, las causas que justifican la discrepancia y señalar las atenciones y los controles médicos necesarios. El informe médico del facultativo debe ser traslado por la inspección médica a la mutua en el plazo máximo de 5 días desde la recepción de la propuesta. Ahora bien, si la inspección médica no recibe contestación de los facultativos en el plazo de 5 días[15], o en caso de discrepar de la misma, puede acordar el alta médica de manera inmediata.

En todo caso, la inspección médica debe comunicar a la mutua, dentro del plazo de los 5 días siguientes a la fecha de recepción de la propuesta de alta, la actuación realizada junto con los informes que el facultativo hubiera remitido.

Ahora bien, cuando la propuesta de alta de la mutua no fuese resuelta y notificada en 5 días (aplicándose el plazo de 11 días hasta el 1 de marzo de 2015[16]) desde su entrada en el Servicio Público de Salud, la muta puede solicitar el alta médica al INSS o al ISM, solicitud que debe resolverse en el plazo de 4 días siguientes a la recepción de la solicitud de alta. Si bien, hay que tener en cuenta que el RD 625/2014 establece un plazo de 8 días[17], hasta el 1 de marzo de 2015, para que la entidad gestora conteste la solicitud de alta formulada por una mutua, en los casos de propuestas del alta previas no resueltas desde el Servicio Público de Salud.

[14] De acuerdo con los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a cerca de las propuestas de alta a iniciativa de las mutuas en los dos últimos ejercicios, los mismos vienen a arrojar las siguientes cifras: En el ejercicio 2012 de las 164.151 propuestas de alta por parte de las mutuas el 67,05 % contestadas por el Servicio Público de Salud, de las cuales fueron resueltas con el alta médica, concretamente el 77, 4% manteniéndose la situación de incapacidad temporal únicamente en el 19,6 % de los casos y no llegaron al 3% (en concreto 2,94%) la resoluciones con propuesta de incapacidad permanente. En el ejercicio 2013 de las 169.770 propuestas de alta por parte de las mutuas, el 79,2 % fueron contestadas por el Servicio Público de Salud, de las cuales la gran mayoría fueron resueltas con el alta médica, concretamente el 82,2%, manteniéndose la situación de incapacidad temporal únicamente en el 16,1 % de los casos y apenas llegaron al 2% (en concreto 1,59%) la resoluciones con propuesta de incapacidad permanente. Por tanto, se aprecia en este último ejercicio que se produce un aumento significativo de las propuestas de alta por parte de las mutuas, aumentándose igualmente de manera significativa el número de ellas contestadas por los Servicios Públicos de Salud, incrementándose también el número de propuestas que fueron resueltas con el alta, descendiendo, pues, las propuestas de alta resueltas con mantenimiento de la situación de incapacidad temporal y reduciéndose, también, las resoluciones con propuesta de incapacidad permanente.

[15] Téngase en cuenta al respecto que la Disposición Transitoria 2ª del RD 625/2014 viene a establecer que durante los seis primeros meses desde la entrada en vigor del mismo, el plazo de 5 días será de 11 días. Puesto que, de acuerdo con la disposición final 8ª del referido Real Decreto, éste entró en vigor el 1 de septiembre de 2014, esto es, el primer día del segundo mes siguiente al de su publicación, hasta el 1 de marzo de 2015 no será aplicable el plazo de 5 días para contar a la propuesta de alta, manteniéndose el plazo de los 11 días siguientes a la fecha de recepción de la propuesta.

[16] De acuerdo, con lo establecido, tal y como hemos expuesto, en la Disposición Transitoria 2º del RD 625/2014.

[17] Ver igualmente, la Disposición Transitoria 2º del RD 625/2014.

A modo de recopilación, quisiéramos exponer, brevemente, las diferencias más importantes que se han establecido en las propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes, a saber:

a) En relación al plazo del facultativo para pronunciarse sobre la propuesta, se ha llevado a cabo una importante reducción del plazo, puesto que, de acuerdo con la legislación anterior, se establecían 10 días para que el facultativo se pronunciara al respecto. Mientras que la nueva regulación acorta el plazo hasta los 5 días desde la entrada de la propuesta en la unidad de inspección. Aun cuando cabe recordar, como se ha expuesto, que transitoriamente se establece un plazo de 11 días hasta el 1 de marzo de 2015.
b) Por lo que se refiere al plazo para comunicar la confirmación de la baja, del mismo modo, se ha llevado a cabo una importante reducción del plazo, puesto que, de acuerdo con la legislación anterior, se establecían 15 días desde la recepción de la propuesta en la unidad de inspección médica. Mientras que la nueva regulación acorta el plazo hasta los 5 días desde la recepción de la propuesta en la unidad de inspección médica. Aun cuando cabe recordar, como se ha expuesto, que transitoriamente se establece un plazo de 11 días hasta el 1 de marzo de 2015.
c) En relación a la consecuencia de la no contestación en plazo, se viene a establecer una diferencia importante con respecto a la normativa anterior, puesto que de acuerdo con aquella, en este caso, la mutua podía llevar a cabo dos tipos de actuaciones al respecto, podía reiterar la propuesta ante el Servicio Público de Salud o plantear una iniciativa de alta ante los servicios médicos del INSS. A partir de la promulgación del nuevo texto normativo se prevé, únicamente, que la mutua, transcurrido el plazo de contestación, pueda instar ante la inspección médica del INSS la expedición del alta.
d) Por último, por lo que se refiere al plazo del INSS para contestar la solicitud de alta de la mutua, debe tenerse en cuenta que en la legislación anterior no se preveía un plazo expreso al respecto, por lo que habría de aplicarse el plazo general de 3 meses. Si en embargo, de acuerdo con la nueva norma, tal y como hemos expuesto, se prevé un plazo de 4 días desde la recepción de la solicitud de alta, estableciéndose, recordemos, transitoriamente, hasta el 1 de marzo de 2015, un plazo de 8 días.

Analizados estos cambios introducidos, el objetivo del nuevo texto normativo no parece ser otro que dotar de una mayor celeridad a la resolución de las propuestas de alta formuladas por las mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes, lo que habría de redundar, prima facie, en beneficio de aquellos trabajadores que se encuentren en dicha situación, a la vista de que con ello se ve reducido el periodo de incertidumbre en el que se encuentra el trabajador, al que se le comunica la propuesta efectuada por la mutua. No obstante, debe advertirse que el recorte drástico de los referidos plazos, pudiera provocar que se analizara de manera precipitada la situación clínica de algunos trabajadores, pudiendo adoptarse decisiones que igual requerirían un periodo más amplio para su evaluación. Asimismo, esta medida parece que pretende contribuir a que las mutuas puedan conocer con prontitud, la procedencia o no, de la exoneración de sus obligaciones, permitiéndoles, en su caso, una rápida liberación de las cargas económicas que dicha situación comporta para las mismas, sobre todo, si tenemos en cuenta que, tal y como hemos analizado, la mayoría de las propuestas de alta finalizan con resolución de alta.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE DE LA IT

Debemos partir de la base de que en este terreno, tras pronunciamientos judiciales contradictorios, el Tribunal Supremo viene a declarar competente al INSS para la determinación de la contingencia de la que se deriva la incapacidad temporal[18]. En este caso, si la mutua no esta conforme con la decisión del INSS puede impugnar la resolución. Ahora bien, a los anteriores extremos habrá de sumarse el hecho de que el Alto Tribunal ha venido afirmando que la declaración del carácter común o profesional de la contingencia no impide que la declaración del derecho a la prestación corresponda a la mutua[19].

Una de las grandes novedades introducidas por el RD 625/2014 es el establecimiento de un procedimiento específico para la determinación de la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal, puesto que con anterioridad a la citada norma el mismo no existía. Veamos, pues, alguno de los puntos esenciales que presenta este nuevo procedimiento[20].

El referido procedimiento puede iniciarse de oficio o a instancia de parte. La iniciación de oficio corresponde al INSS por iniciativa propia o por petición justificada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Servicio Público de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social o del ISM. A instancia de parte, el procedimiento puede iniciarse por el trabajador o su representante legal, por la mutua o la empresa colaboradora, en aquellos asuntos que les afecten.

Las alternativas que pueden darse en el inicio del procedimiento de revisión de la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal son varias, pudiendo concretarse en las siguientes:

a) Que el facultativo de la mutua que reconoce al trabajador considere que la patología causante es común, debiendo remitir al trabajador al Servicio Público de Salud para su tratamiento, entregando al trabajador un informe médico en el que se contemplen los siguientes extremos: la patología, el diagnóstico, el tratamiento y las causas justificativas de la determinación de la contingencia. Asimismo, a dicho informe habrá de acompañar los informes relativos a las pruebas realizadas.
b) Si el Servicio Público de Salud atiende el requerimiento de la mutua, se procede a la emisión del parte de baja, declarando el proceso de incapacidad temporal derivado de contingencia común. No obstante, el trabajador puede formular reclamación ante el INSS en relación a la consideración o calificación otorgada a la contingencia.

[18] Esta doctrina ha sido mantenida por el Tribunal Supremo en multitud de sentencias. Así se estableció primeramente por dos sentencias de 26 de enero de 1998, RJ 1998,1055 y RJ 1998,1139. Posteriormente, esta misma doctrina fue reafirmada por STS de 15 de noviembre de 2006, RJ 2006,9221, STS de 8 de febrero de 2007, RJ 2007,2191, STS de 6 de junio de 2007, RJ 2007,4646 o STS de 26 de septiembre de 2007, RJ 2007,8604. A este respecto, resumiendo dicha doctrina, el Alto Tribunal ha venido afirmando que "negar al INSS la facultad de calificar unas dolencias como constitutivas de accidente, reservando estas facultades a la Mutuas Patronales, implica otorgar la Entidad Gestora, Mutuas Patronales y empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir –aunque sea de manera no definitiva– la responsabilidad por una contingencia".

[19] STS de 11 de junio de 2007, RJ 2007,6116.

[20] Véase el apartado 4º de la disposición final 3ª del RD 625/2014, el cual incorpora un nuevo artículo 6 en el Real Decreto 1430/2009, a efectos de la determinación de la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal.

c) Además, el facultativo que emite el parte de baja puede formular su discrepancia frente a la calificación de la contingencia otorgada por la mutua, produciendo el parte médico emitido previamente plenos efectos.

Por otro lado, debe advertirse, en relación a este procedimiento, que, en todo caso, la solicitud ha de ir acompañada de la documentación necesaria para determinar la contingencia, esto es, a la misma deben acompañarse los informes médicos y las pruebas médicas practicadas.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la baja inicial determina el comienzo del pago de la prestación, sin perjuicio de que si, posteriormente, se modifica la contingencia, se efectúen las compensaciones que procedan, tanto en cuantías económicas como en costes de las prestaciones sanitarias. De tal manera que si la contingencia declarada inicialmente es común, el Servicio Público de Salud debe costear la asistencia sanitaria, y la prestación económica corre por cuenta de la entidad gestora. Mientras que si el proceso es declarado como derivado de contingencia profesional los costes de las prestaciones sanitarias y económicas corren a cargo de la empresa colaboradora o de la mutua.

En otro orden de cosas, el INSS ha de comunicar la iniciación del procedimiento al Servicio Público de Salud, a la mutua o a la empresa colaboradora, cuando el procedimiento no se hubiera iniciado a su instancia y en aquellos asuntos que les afecten, al objeto de que, en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, aquellas aporten los antecedentes relacionados con el caso e informen de la contingencia de la que creen que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo. También exige la Ley que se debe dar traslado al trabajador de la iniciación del procedimiento, cuando éste no haya iniciado el mismo, indicándole que dispone de 10 días hábiles para aportar la documentación y las alegaciones que estimen convenientes.

Se prevé, asimismo, que en la tramitación del expediente es preceptivo el dictamen del EVI[21], quien debe elevarlo al director provincial del INSS, pronunciándose sobre la contingencia que ha originado el proceso de incapacidad temporal. Con el informe del EVI, el director provincial del INSS debe dictar la resolución en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la aportación de la documentación por los interesados o del agotamiento de los plazos para ello. La resolución contendrá los siguientes extremos:

a) Determinación de la contingencia de la que deriva la situación de incapacidad temporal y si el proceso es o no recaída de otro anterior[22].

[21] El art. 3.1 f) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, establece que serán funciones de los Equipos de Valoración de Incapacidades, la determinación del carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad temporal o muerte del trabajador cuando le sea solicitado tal dictamen.

[22] De acuerdo con el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social se considera que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior. En relación a la recaída en los procesos de incapcidad temporal puede consultarse: GARCÍA PAREDES, M.L.: "Incapacidad temporal: recaídas", Actualidad Laboral, nº 18, 2009 o LÓPEZ INSUA, B.M.: "La problemática de la recaída de incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿Cuál ha sido su finalidad?", Temas Laborales, nº 108, 2011.

b) Efectos que proceden como consecuencia de la determinación de la contingencia causante, cuando coincidan en el tiempo dolencias derivadas de distintas contingencias. En todo caso, la resolución debe establecer el carácter común o profesional de la contingencia causante y el sujeto obligado al pago de las prestaciones y a la prestación de asistencia sanitaria.

Finalmente, por lo que se refiere a la resolución del referido procedimiento, se impone por la norma que ésta se ha de comunicar al interesado, a la empresa, a la mutua y al Servicio Público de Salud, si bien, se establece, al objeto de mejorar la gestión de la prestación con el uso de las TIC, que las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la mutua y la empresa se deben llevar a cabo, preferentemente, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan una mayor rapidez en la transmisión de la información.

5. LA REVISIÓN DE LAS DECLARACIONES DE ALTAS MÉDICAS DICTADAS POR LA MUTUA EN LA IT DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Hay que tener en cuenta que el RD 1430/2009, en su artículo 4 venía a establecer el procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas por las mutuas, si bien dicho procedimiento es objeto de algunas transformaciones importante a ráiz de la aprobación del RD 625/2014[23].

Veamos, pues, las principales características que presenta este procedimiento, tal cual ha quedado configurado tras la promulgación de la nueva norma de referencia en esta materia.

En primer término, debe advertirse que podrán ser objeto de este procedimiento administrativo de revisión aquellas altas médicas emitidas por las mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, con anterioridad al agotamiento del plazo de 12 meses de duración de la situación de incapacidad temporal, puesto que, tal y como hemos analizado, a partir del cumplimiento de los 365 días, el control de las situaciones de incapacidad temporal viene a ser ejercido, exclusivamente, por parte de la entidad gestora.

El referido procedimiento habrá de ser iniciado a instancia del interesado ante la entidad gestora, otorgándole a la tramitación de aquel el carácter de preferente, al objeto de que la resolución se lleve a cabo en el menor tiempo posible.

Se prevé en la Ley un plazo de 10 días hábiles (frente al plazo anterior de 4 días naturales) siguientes al de notificación del alta por la mutua, para la presentación de la solicitud ante el INSS o el ISM. De este modo, la nueva norma lleva a cabo una importante ampliación del plazo para poner en marcha este procedimiento, puesto que, como se recordará, la legislación anterior venía a establecer, únicamente, un plazo de 4 días, siendo éstos además naturales y no hábiles, tal cual ocurre en el actual texto normativo. A la solicitud que da comienzo a la puesta en marcha del procedimiento de revisión habrá de adjuntarse necesariamente el historial médico previo o la copia de la solicitud del historial a la mutua.

[23] Ver la disposición final 3ª en sus apartados uno, dos y tres de la referida norma.

Además, se impone la obligación al trabajador de comunicar a la empresa la iniciación del procedimiento de revisión, el mismo día de presentación de la solicitud o el siguiente día hábil.

Hay que tener en cuenta que una de las consecuencias más importante que se genera con la iniciación o puesta en marcha del procedimiento es que se suspenden los efectos del alta emitida, porrogándose la incapacidad temporal durante toda la fase de tramitación, manteniéndose el abono de la prestación económica mediante pago delegado.

Por otro lado, la norma impone a la entidad gestora, el INSS o el ISM, el deber de efectuar de manera perentoria dos clases de comunicaciones, en relación con la iniciación del procedimiento especial de revisión del alta expedida por la mutua:

a) En primer lugar, a la mutua que ha emitido el alta, para que en el plazo de 4 días hábiles aporte los antecedentes relacionados con el proceso y presente un informe sobre las causas del alta. Hay que tener en cuenta que la nueva regulación amplía el plazo para que la mutua aporte la documentación requerida, puesto que dicho plazo era sensiblemente menor en la legislación anterior, donde se establecía para este mismo fin un plazo de, tan solo, 2 días naturales. Asimismo, deben tenerse en cuenta dos extremos importantes, en este punto, ya que, por un lado, la no presentación de la documentación anterior por parte de la mutua, no implica la paralización del procedimiento. Puesto que el INSS puede dictar la resolución con la información aportada por el trabajador. Y, por otro lado, la mutua puede reconocer la improcedencia del alta, archivándose el procedimiento que se había puesto en marcha.
b) En segundo lugar, a la empresa, en el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud por el interesado. Hay que tener en cuenta que si el trabajador hubiera presentado en la empresa parte de baja emitido por el Servicio Público de Salud, la empresa debe informar de esta circunstancia al INSS o al ISM.

Cabe la posibilidad de que nos encontremos ante un supuesto distinto, consistente en que el trabajador solicita una baja médica, derivada de contingencia común, y del reconocimiento médico se desprende la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal, derivado de contingencia profesional, en el que se ha emitido un alta. En este caso, se establece una doble obligación a cargo del Servicio Público de Salud, puesto que éste, por un lado, debe informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento de revisión. Y, por otro lado, de manera inmediata, debe comunicar al INSS o al ISM la existencia de dos procesos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados. En esta situación, el plazo para iniciar el procedimiento es de 10 días hábiles siguientes al de la notificación del alta emitida por la mutua. Se produce, pues, aquí una importante ampliación del plazo con respecto a la regulación anterior, en la que se contemplaba un plazo mucho más perentorio de 4 días naturales.

Realmente, nos encontramos, en este caso, con un supuesto de determinación de la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal, puesto que el INSS puede calificar el proceso de incapacidad temporal cualquiera que se la entidad responsable de la gestión y el pago de la prestación. En caso de que tenga lugar el supuesto de hecho anteriormente expuesto, se inicia el abono de la incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la resolución del

procedimiento, al margen de que si el alta emitida por la mutua queda posteriormente sin efecto, una vez resuelto el procedimiento de revisión, ésta debe reintegrar al INSS o al ISM la prestación abonada al trabajador y a él la diferencia que resulte a su favor.

Al margen del supuesto que acabamos de analizar, hay que tener en cuenta que la norma de referencia establece que el director provincial del INSS debe dictar resolución en la que debe constar el informe del EVI, en el plazo máximo de 15 días hábiles. En este sentido, la resolución debe fijar los siguientes extremos:

1) La fecha y efectos del alta o el mantenimiento de la baja.
2) La contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal.
3) En su caso, la nulidad de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento de revisión por el Servicio Público de Salud.

Para finalizar con el tratamiento de este procedimiento, debemos poner de manifiesto que el mismo, por tanto, ha de finalizar con algunos de los siguientes pronunciamientos:

1) Confirmación del alta emitida por la mutua y declaración de extinción de la incapacidad temporal en la fecha de alta. En este caso, hay que tener en cuenta que se vendrá a considerar indebidamente percibida la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, abonada al trabajador a partir de la fecha establecida en la resolución.
2) Mantenimiento de la incapacidad temporal, dejando sin efecto, por tanto, el alta médica emitida por la mutua.
3) Determinación de la contingencia de la que derive la incapacidad temporal, en los casos en que coincidan procesos en el mismo periodo de tiempo y existan distintas bajas médica. En estos supuestos, la resolución debe fijar los efectos que se deriven de la determinación de la contingencia causante.
4) También puede suceder que durante la tramitación del procedimiento de revisión el trabajador recupere la capacidad laboral, en este caso se puede dejar sin efectos el alta de la mutua por ser prematura. La resolución habrá de determinar la nueva fecha de efectos del alta y de extinción del proceso.
5) Puede ocurrir que durante la tramitación del procedimiento de revisión se cumpla el plazo de 12 meses de duración de la incapacidad temporal, en este supuesto decae el proceso. De manera que el INSS puede, bien prorrogar el proceso de incapacidad temporal, bien expedir el alta médica que extinga la situación de IT, o bien efectuar la propuesta de declaración de incapacidad permanente del trabajador.

Finalmente, debe advertirse que las resoluciones emitidas por la entidad gestora se consideran dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, con lo que quedará abierta la puerta para interponer demanda judicial ante la jurisdicción social.

6. ACTIVIDADES DE SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LAS SITUACIONES DE IT Y DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

En esencia, la nueva regulación mantiene las previsiones anteriores en relación a las actividades de seguimiento y control de la prestación económica por incapacidad temporal. Así pues, como regla general, la entidad responsable de la prestación económica, esto es, el

INS, el ISM o la mutua, pueden realizar el seguimiento y control para comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el subsidio, a partir de la expedición del parte de baja.

Por lo que se refiere a las actividades del personal médico adscrito a la entidad correspondiente, éstas deben basarse en los datos que fundamenten los partes de baja y confirmación y en los reconocimientos médicos e informes realizados durante el proceso. Por tanto, se permite que los facultativos puedan acceder a los informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, al objeto de que aquellos puedan desempeñar sus funciones.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en este terreno nos vamos a tropezar con una importante restricción en el acceso a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de Seguridad Social, puesto que dicho acceso se prevé para los inspectores médicos del INSS o el ISM, incluso, en relación a la documentación clínica de los trabajadores protegidos frente a las contingencias profesionales con una mutua. Sin embargo, el acceso no se contempla para los médicos de la mutua, en relación a la documentación clínica de atención primaria y especializada de trabajadores en incapacidad temporal por contingencias comunes protegidos por la mutua. Finalmente, se estipula la posibilidad de que la Intervención General de la Seguridad Social pueda acceder a los datos relativos a las situaciones de IT. Si bien, a pesar de dicha habilitación hacia la misma, se viene a imponer un límite basado en el principio de indispensabilidad, puesto que, únicamente, podrá acceder a aquellos datos de los trabajadores que sean estrictamente necesario para el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, debe advertirse que dada la naturaleza de los datos referentes a los trabajadores en situaciones de incapacidad temporal, habida cuenta de la conexión de los mismos con los derechos fundamentales de aquellos, en especial, el derecho a la intimidad, se impone por parte de la Ley Orgánica de Protección de datos de Carácter Personal el limite de que los mismos solo puedan ser utilizados con la finalidad de control de los procesos de incapacidad temporal, no pudiendo ser empleados para finalidades distintas. Debiendo, además, las entidades y organismos intervinientes adoptar las medidas de seguridad contempladas en materia de protección de datos[24].

Por otro lado, en el marco de las actividades de seguimiento y control de las situaciones de incapacidad temporal, cabe recordar que desde 1997 se prevé que la entidad gestora pueda disponer que los trabajadores en IT sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades. Dicha facultad se extiende a las mutuas, a través de sus servicios médicos, en relación con los beneficiarios de prestación de IT derivada de contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión.

[24] RAMOS AGUIRRE, J.: "La protección de datos de carácter personal en el sector de la salud: un enfoque hacia la e-salud", Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 47, 2010; BARREDA, I.: "Protección de datos de salud: casos judiciales y tendencias normativas (I)", Actualidad del derecho sanitario, nº 210, 2013; GÓMEZ SÁNCHEZ Y.: "Datos de salud como datos especialmente protegidos: Título II. Principios de la protección de datos. artículo 7". VV.AA.: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010.

En este sentido, el artículo 9 del RD 625/2014 viene a establecer las consecuencias por la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico o la incomparecencia injustificada al mismo. Analicemos, pues, las estipulaciones contenidas al respecto en el referido precepto.

Como punto de partida, se establece que la citación al reconocimiento médico debe comunicarse al trabajador con una antelación mínima de 4 días hábiles, advirtiendo a éste de que de no acudir se suspende cautelarmente la prestación, y que si la falta de personación no se justifica en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se extingue el subsidio.

En el marco de la citación al referido reconocimiento médico, ante la conducta que puede llevar a cabo el trabajador frente al mismo, el precepto se ocupa de establecer las consecuencias que habrá de tener la misma:

a) Si el trabajador justifica las razones de la incomparecencia antes de la fecha fijada para el reconocimiento o el mismo día, la entidad gestora o la mutua deben fijar una fecha posterior, comunicándolo con 4 días hábiles de antelación.
b) Si el trabajador no acude al reconocimiento en la fecha indicada, el director provincial debe dictar resolución, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio, desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, disponiendo el trabajador de 10 días hábiles a partir de la fecha de incomparecencia para justificarla.
c) Del mismo modo, se prevé que si el trabajador es citado a reconocimiento médico por una mutua y no comparece, la mutua debe acordar la suspensión cautelar del subsidio, desde el día siguiente al del reconocimiento. El trabajador tiene 10 días hábiles a partir de la fecha de incomparecencia para justificarla.
d) Si el trabajador justifica la incomparecencia[25], el director provincial del INSS, o el ISM o la mutua, han de dictar una nueva resolución o acuerdo, dejando sin efecto la suspensión y rehabilitando el pago, con efectos desde la fecha de la suspensión, comunicando a la empresa y a la TGSS la resolución o acuerdo, por la que la suspensión queda sin efecto, informando de la fecha a partir de la que procede reponer el pago delegado por la empresa.
e) Transcurridos 10 días hábiles desde la fecha en que estaba citado a reconocimiento, sin que el trabajador haya aportado justificación de la incomparecencia, el director provincial competente debe dictar resolución extinguiendo la prestación, con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión[26], comunicándolo al interesado. Asimismo, la entidad gestora debe comunicar la extinción acordada mediante vía telemática al Servicio Público de Salud, a la empresa y a la TGSS.
f) Del mismo modo, transcurridos 10 días hábiles desde la fecha en que estaba citado a reconocimiento por la mutua, sin que el trabajador haya aportado justificación de la incomparecencia, la entidad debe acordar la extinción de la prestación, con efectos

[25] Así se viene a considerar que la incomparecencia está justificada cuando el trabajador aporte Informe del médico del Servicio Público de Salud que lo asista desaconsejando la personación por su situación clínica, cuando la cita se hubiese realizado con un plazo previo inferior a 4 días o cuando se acredite la inasistencia por cualquier otra causa suficiente.
[26] VALLE MÚÑOZ, F. A: "La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la mutua patronal", Aranzadi Social, nº 22, 2011.

desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión, comunicándolo al interesado. La mutua debe comunicar la extinción mediante vía telemática al Servicio Público de Salud, a la empresa y a la TGSS.

7. CONCLUSIONES

Debe advertirse que el RD 625/2014 supone la total derogación de la normativa anterior, relativa a la gestión y control de la incapacidad temporal, debiendo tenerse presente dos importantes particularidades, de un lado, que el mismo viene a hacer referencia a aquellos procesos de incapacidad temporal que no superan los 365 de duración y, de otro lado, que de dicha norma quedarán excluidos aquellos procesos de incapacidad temporal referidos a los regímenes de funcionarios públicos.

Al margen de aquellas precisiones, debe tenerse presente que uno de los aspectos más afectados por el nuevo texto normativo viene a ser el tratamiento que se otorga a los partes médicos, en especial a los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, puesto que respecto de los partes de alta, en esencia, se mantiene la regulación ya existente. En relación a los partes médicos, se observa como la nueva norma lleva a cabo la centralización en el INSS de los mismos, lo que vendrá a implicar que por parte de éste hayan de establecerse los mecanismos necesarios para hacer llegar a las demás entidades intervinientes aquellos. Ahora bien, quizás, una de las novedades más destacables de esta nueva regulación viene a ser la previsión de la expedición de los partes de baja y confirmación de la baja en función de la duración del proceso prevista por el facultativo que los emite, estableciéndose, en este sentido, diferentes grupos de duración estimada de los procesos de IT, atendiendo a la edad, la patología o la actividad profesional del trabajador. Del establecimiento de estos grupos, cabría destacar, sobre todo, el hecho de que en caso de ser necesarios diversos partes de confirmación durante el proceso, los mismos se pueden extender en el tiempo en función de la duración estimada del proceso, lo que elimina el carácter semanal que poseían aquellos partes en la regulación anterior, lo que, sin duda, vendrá a beneficiar a quienes se encuentren en dicha situación, cuando estemos en procesos donde se prevé un largo periodo de recuperación, al exonerarles a los mismos de aquella obligación, simplifcándose de esta manera aquellos procesos, al no ser ya precisos un número tan elevado de partes de confirmación, los cuales, en ocasiones, suponían un obstáculo importante para los pacientes aquejados de largas enfermedades. Otro aspecto a reseñar, en relación a la nueva norma, es el importante recorte que experimentan los plazos en esta materia, tal cual ocurre, por ejemplo, en las propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes, procurando, con ello, dotar de mayor celeridad a la resolución de aquellas cuestiones o incidentes relacionadas con los procesos de IT, lo cual, sin duda, redundará en beneficio de los distintos sujetos implicados en los mismos, mutuas, trabajadores, etc.

Ahora bien, una de las cuestiones de mayor relevancia que viene a incorporar la nueva Ley es el establecimiento de un procedimiento específico para la determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal, el cual quedará residenciado en el INSS, en consonancia con lo que se venía estableciendo, previamente, por parte de los órganos judiciales, que hacían recaer en aquel dicha competencia. Igualmente, destaca el establecimiento de plazos breves en dicho procedimiento, en línea con la idea de dotar de mayor celeridad a la resolución de aquellas cuestiones o incidentes relacionados con los procesos de IT.

Finalmente, dos cuestiones resultan reseñables, por lo que se refiere a este Real Decreto, de un lado, la nueva regulación que se establece en relación al procedimiento de revisión de las declaraciones de altas médicas dictadas por las mutuas en la IT derivada de contingencias profesionales, donde destaca la tramitación preferente que se le otorga al mismo, y el aumento de los plazos para la iniciación y las pertinentes alegaciones en este procedimiento, a fin de evitar aquellas situaciones de indefensión que la normativa anterior generaba en ocasiones, al establecer un plazo excesivamente breve. No obstante, el aumento de los referidos plazos, no ha impedido el establecimiento de un plazo breve de resolución, en la idea, ya apuntada, de dotar de celeridad a la resolución de aquellas cuestiones o incidentes relacionados con estos procesos. De otro lado, se advierte como, en esencia, la Ley viene a mantener la regulación anterior en relación con el seguimiento y el control de las prestaciones de incapacidad temporal.

8. BIBLIOGRAFÍA

BARREDA, I.: "Protección de datos de salud: casos judiciales y tendencias normativas (I)", Actualidad del derecho sanitario, nº 210, 2013.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el RD 625/2014, de 18 de julio", REDT, nº 168, 2014.

GARCÍA GIL. B.: "Obligaciones de las empresas". En AA.VV.: Cuestiones sobre incapacidad temporal. Cinca, Madrid, 2011.

GARCÍA PAREDES, M.L.: "Incapacidad temporal: recaídas", Actualidad Laboral, nº 18, 2009.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: "La regulación de la gestión y el control de la incapacidad temporal en el RD 625/2014, de 18 de julio", Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2014.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: "Problemas y consecuencias en la calificación de la incapacidad permanente del trabajador que ha permanecido en incapacidad temporal y es previsible (aunque incierta) su recuperación. Una crítica a la práctica habitual de la entidad gestora en la aplicación del artículo 131 bis.2 TRLGSS", Aranzadi Social nº 18, 2004.

GÓMEZ SÁNCHEZ Y.: "Datos de salud como datos especialmente protegidos: Título II. Principios de la protección de datos. Artículo 7". En AA.VV.: Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Civitas, Madrid, 2010.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "La problemática de la recaída de incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿Cuál ha sido su finalidad?", Temas Laborales, nº 108, 2011.

LÓPEZ INSUA, B.M.: La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social, Comares, Granada, 2014.

PANIZO ROBLES, J. A.: "Un nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal: el Real Decreto 625/2014", RTSS. CEF. nº 377-378, 2014.

PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: "La gestión y el control de la incapacidad temporal", Aranzadi Social, nº 5, 2006.

RAMOS AGUIRRE, J.: "La protección de datos de carácter personal en el sector de la salud: un enfoque hacia la e-salud", Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 47, 2010.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", Temas Laborales, nº 118, 2013.

SIRVENTE HERNÁNDEZ, N.: "Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (LMURMT)", Actualidad Laboral, nº 16, 2011.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos", Aranzadi Social, nº 5, 2008.

VALLE MÚÑOZ, F. A: "La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la mutua patronal", Aranzadi Social, nº 22, 2011.

La coordinación sociosanitaria en la atención a las personas en situación de dependencia: visión desde la asistencia sanitaria y los servicios sociales

The social and health care coordination for people in situations of dependency: view from health care and social services

MANUELA DURÁN BERNARDINO

PROFESORA DOCTORA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La coordinación entre el ámbito social y sanitario continúa siendo uno de los retos más importantes en la sociedad actual, siendo necesaria y urgente para ofrecer una atención integral a las personas mayores, pacientes crónicos, con limitaciones de autonomía personal o que precisan asistencia profesional intensa. Se garantizaría así una mayor calidad en la asistencia ofrecida, se optimizarían los recursos y, lo más importante, mejoraría la calidad de vida de los ciudadanos. Por ello, el objeto de este trabajo es ofrecer una profundización de la coordinación, integración y colaboración de los recursos sociales y sanitarios ante un escenario en el que el aumento de la demanda de cuidados profesionales del ámbito social y sanitario, fruto del acelerado proceso de envejecimiento, y la crisis financiera actual, exigen la adopción de un modelo de coordinación sociosanitario que permita avanzar en una atención más eficaz. Para lo cual, se realizará, en primer lugar, el estudio de la cobertura que por parte de la acción protectora del sistema nacional de salud y de los servicios sociales se le ha dado al conjunto de necesidades a las que se enfrentan los dependientes y sus cuidadores. En segundo lugar, se aborda uno de los aspectos que más preocupa a expertos y políticos, tanto nacionales como europeos, desde hace algunas décadas: la necesaria coordinación sociosanitaria en la atención a las personas con enfermedades crónicas o en situación de dependencia, identificando diferentes propuestas ante los fracasos constatados y los errores manifiestos. Por último, a modo de reflexión final, además de detectar las buenas prácticas adoptadas recientemente, se enuncian las amenazas a las que actualmente se ven expuestas las políticas emprendidas.

Palabras clave

Sistema sanitario; servicios sociales; coordinación sociosanitaria..

Abstract

Coordination between social and healthcare remains one of the most important challenges in today's society, being necessary and urgent to provide comprehensive care for the elderly, chronically ill patients with limited personal autonomy or require intensive professional assistance. This would ensure a higher quality of care offered, resources and, most importantly be optimized, improve the quality of life of citizens. Therefore, the aim of this paper is to offer a deepening of coordination, integration and collaboration of social and health resources in a scenario in which the increase in demand for social care professionals and health field, the result of the accelerated process aging, and the current financial crisis, require the adoption of a model of socio coordination to advance a more effective care. To which will be held, first, the study of the coverage by the protective action of national health and social services has been given to all needs that dependents face and their caregivers. Secondly, it addresses one of the issues of greatest concern to both national and European experts and politicians from several decades: the necessary care coordination of care for people with chronic diseases or dependency status, identifying different proposals to the failures found and manifest error. Finally, as a final thought, in addition to identifying good practices recently adopted, the threats currently undertaken policies are exposed are set.

Keywords

sanitary system; social services; social and health coordination.

1. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1.1. Incidencia del sistema sanitario en la atención a la dependencia

El Sistema Nacional de Salud tiene una doble corresponsabilidad ante las situaciones de dependencia. En primer lugar, por la incidencia que han tenido los avances sanitarios en los altos índices de esperanza de vida alcanzados[1], y en segundo lugar, por las repercusiones que ocasiona el envejecimiento de la población en los recursos sanitarios necesarios para su atención[2].

El desarrollo en la asistencia sanitaria pública y su universalización al conjunto de la población ha proporcionado amplios efectos beneficiosos, entre ellos, una notable prolongación de la vida del conjunto de la población y, en consecuencia, el aumento del número de personas que sufre alguna alteración física, psíquica o sensorial, a consecuencia de la edad, necesitando inexorablemente de cuidados sanitarios y sociales[3]. Del mismo modo, enfermedades y accidentes que con anterioridad eran mortales, en la actualidad no lo son gracias a los avances sanitarios, sin embargo, en numerosas ocasiones provocan secuelas profundan e irreversibles que repercuten directamente en su autonomía personal, haciendo necesaria su atención por los servicios sanitarios durante el resto de su vida. Emergen así nuevos estados de necesidad, prolongados durante más años, representando un importante desafío para nuestro Estado de Bienestar.

No cabe duda de que el aumento de la esperanza de vida y el consiguiente envejecimiento de la población ha sido una conquista alcanzada por los avances progresivos de los servicios sanitarios, sin embargo, este aumento de la esperanza de vida debe ir acompañado de unos cuidados sociales y sanitarios específicos para así garantizar un nivel de calidad de vida óptimo que permita su disfrute. Así es, el objetivo de los sistemas sociales y sanitarios no termina con el incremento de los años de vida, sino que tiene por finalidad que estos años se viva con la mayor capacidad funcional y con la mejor autonomía personal posible[4].

Las situaciones de dependencia siempre han estado fuertemente vinculadas con el Sistema Nacional de Salud, pues un estado de dependencia, derivada del envejecimiento, de una enfermedad o de otras limitaciones, va aparejado a la necesidad de ser atendidos por recursos

[1] Aproximadamente a partir del año 1970 se empieza a percibir la incidencia de la sanidad en la mejora del estado de salud de los españoles, siendo la esperanza de vida al nacer de 72,4 años, y llegando a ser en la actualidad de 82,38 años. Estos resultados sitúan a España en uno de los países más longevos aún sin ser de los que más invierten en cuidados de la salud, lo que da muestra de la calidad de nuestro Sistema Sanitario. Véase PÉREZ ORTÍZ, L.: "Envejecimiento de la población y gastos sanitarios: más allá del determinismo demográfico", en VV.AA., BAZO, Mª. TERESA (Coord.), *Envejecimiento poblacional y el reto de la dependencia. el desafío del envejecimiento en los sistemas sanitarios y sociales de España y Europa*, Nau Llibres, 2012, págs.146-147.

[2] El Envejecimiento de la población tiene una incidencia directa en los recursos sanitarios por la apreciación de que las personas mayores, por su falta de autonomía, necesitan más cuidados y por tanto consumen más recursos. Así lo demuestran las estadísticas más recientes, en la que se aprecia como la utilización de recursos sanitarios se incrementa a medida que avanza la edad de la población. El consumo máximo de estancias hospitalarias corresponde al grupo de edad de 75 a 84 años y el número de visitas a los médicos de atención primaria se incrementa a edades avanzadas. Véase, PÉREZ ORTÍZ, L.: "envejecimiento de la población y gastos sanitarios: más allá del determinismo demográfico", *op. cit.*, págs. 151-155.

[3] Véase, CRUZ VILLALÓN, J.: "La protección social de la dependencia", *Temas Laborales*, N.º 89, 2007, pág. 11.

[4] Al respecto puede consultarse, IMSERSO.: *Libro Blanco de la Coordinación Socioanitaria en España*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 15 de diciembre de 2011, pág. 233.

sanitarios bien sea de forma puntual o bien requiriendo asistencia de larga duración, (como es en el caso de las enfermedades crónicas), en virtud del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, consagrado en el artículo 43 de nuestra Constitución[5]. Concretamente, esta relación vienen justificada por los siguientes motivos[6]: por regla general, la causa principal de la dependencia son las enfermedades sufridas por la población y especialmente por las personas mayores, cuyo incremento incide directamente en la frecuencia e intensidad de éstas[7]; a través del sistema sanitario esas enfermedades pueden ser prevenidas (medicina preventiva) y en aquellos casos en los que la enfermedad se haya materializado causando una situación de dependencia serán controladas y tratadas de forma adecuada para evitar su agravamiento (medicina asistencial); en aquellos supuestos de patologías crónicas o múltiples son muy frecuentes las descompensaciones, por lo que su atención sanitaria reviste una especial dificultad en el manejo asistencial (domicilio, residencia, hospital) y clínico (diferentes especialidades) de estos pacientes.

Ante dicha conexión, es interesante proceder al estudio de los mecanismos sanitarios con los que se han venido atendiendo a las personas en situación de dependencia para así determinar si el sistema de protección más adecuados para dar respuesta a esta compleja situación de necesidad debería ser el sanitario y analizar la remodelación que precisa este sistema para adaptarse a la nueva dimensión del riesgo a proteger tras los cambios sociales y demográficos de las últimas décadas.

1.2. Mecanismos sanitarios de atención a las personas en situación de dependencia

El Sistema Nacional de Salud, en el ejercicio de sus competencias, ha dado respuesta a estas situaciones de necesidad, en un principio a través de prestaciones generalizadas para el conjunto de la población y posteriormente dirigiendo su atención a situaciones específicas necesitadas de cuidados sanitarios concretos.

Con el objeto de hacer efectivo el derecho a la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución Española se aprueba la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con la que se consagra el Sistema Nacional de Salud[8]. Su contenido se dirige principalmente a la promoción de la salud, prevención y curación de enfermedades, a la rehabilitación funcional de los pacientes y a su reinserción social[9], y en ella se propugna la noción de "atención primaria"

[5] «Este precepto constitucional exige a los poderes públicos la adopción de medidas dirigidas a configurar el derecho a la protección de la salud, como un derecho subjetivo y universal, al que tengan acceso todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y la configuración del Sistema Nacional de Salud con unas características generales y comunes, que contengan el marco básico de los servicios sanitarios en el territorio del Estado». Véase, en este sentido, APARICIO TOVAR, J.: "El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria", en VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C., PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (Coords.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1554-1562

[6] IMSERSO: Libro *Blanco: Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2005, pág. 469. En los mismos términos, Informe de la sociedad española de geriatría y gerontología, "Análisis y evaluación de la red de servicios sanitarios dedicados a la dependencia: programas de prevención, atención domiciliaria y hospitalización", pág. 4.

[7] Aunque no se puede vincular la enfermedad con la vejez porque no todos los ancianos están enfermos, lo cierto es que a mayor edad, las posibilidades de padecer alguna enfermedad son más altas.

[8] BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

[9] Con la aprobación de esta Ley se rompe el modelo sectorial precedente y la protección de la salud de las personas pasa a estar amparada por la cobertura general que proporciona el sistema. Véase, ZABARTE, Mª. E.: "La dimensión *(...)*

como primer nivel de contacto de los ciudadanos con el sistema de salud[10] (Artículo 12), sin embargo, sólo se refiere a cuestiones relacionadas con la dependencia de forma indirecta. La citada Ley fue desarrollada por el RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud[11] (ya derogado), donde se relacionaban las prestaciones sanitarias que debían ser facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud, diferenciando cinco modalidades: atención primaria, especializada, prestaciones farmacéuticas, complementarias y servicios de información y documentación sanitaria (Anexo I). En su contenido, no figuraba ninguna prestación sanitaria que de forma directa se dirigiera a las personas en situación de dependientes, en cambio, recogía algunas previsiones relacionadas con la misma al dirigirse a los adultos y ancianos, tales como la «atención y asistencia sanitaria a enfermos con procesos crónicos», la atención a los «problemas específicos de salud durante la tercera edad, en base al artículo 50 de la Constitución» o la «atención domiciliaria a pacientes inmovilizados y terminales» (dentro de la atención primaria)[12], aspectos todos ellos ajenos al ámbito concreto de la dependencia pero, a su vez, próximos a él. Además, en su Disposición adicional cuarta (actualmente vigente), se establece que «*la atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurran en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud tendrán la consideración de atenciones sociales, garantizándose en todo caso la continuidad del servicio…*». Este último precepto se encuentra ampliamente relacionado con la atención a la dependencia, puesto que en la práctica son frecuentes las situaciones en las que habiéndose superado la fase aguda de una enfermedad en instalaciones sanitarias, no resulta posible su atención domiciliaria, teniendo que ser ingresados en residencia de servicios sociales para personas carentes de autonomía personal[13].

Especial mención merecen los programas de atención primaria relacionados con las personas dependientes, al desarrollar las actuaciones sanitarias más planificadas en relación a este colectivo. Se concretan en: el programa de actividades de prevención y promoción de la salud creado en 1988 por la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria, en el

múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", *RMTAS*, N.º 65, 2006, págs. 49-55.

[10] Con el Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre Estructuras Básicas de Salud, se fijaron las bases de la Atención Primaria en España, estableciéndose el centro de salud como estructura física y funcional para el desarrollo de una atención primaria sanitaria que se definía como coordinada, integral, permanente y continuada, consolidándose así la importancia de este primer nivel de atención que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos (artículo 12 LSNS). Durante los años 80, los servicios y prestaciones sanitarias alcanzaron un destacado grado de maduración que permitió su definición y organización para todo el Estado, garantizando así el derecho fundamental a la igualdad (previa a su traspaso a las Comunidades Autónomas). Véase, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P.: "El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia", *Documentos de Trabajo (laboratorio de alternativas)*, N.º 87, 2006, pág. 46; SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley", en VV.AA. SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y CHARRO BAENA, P. (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 97.

[11] BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1995.

[12] Véase un análisis más amplio en CASADO PÉREZ, D.: "Expectativas de las personas mayores respecto a la Ley de Dependencia", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 60, 2006, págs. 160-161.

[13] ALONSO SECO, J. M.: "Integración de la dependencia en los sistemas públicos de protección social", en VV.AA. ALEMÁN BRACHO, C, ALONSO SECO, J.M. y FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. (Coords.), *Dependencia y Servicios Sociales*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 131.

que se recogen diferentes recomendaciones de prevención y promoción de la salud para los mayores con el objeto de aumentar la expectativa de vida libre de incapacidad, es decir, prevenir el deterioro funcional, y cuando este se haya producido, recuperar el nivel de funcionalidad previo con el objeto de que el anciano pueda permanecer en su domicilio con el mayor grado de independencia posible; el programa del anciano, dirigido a fomentar la autonomía física, psíquica y social de las personas mayores de 65 años, garantizando en cualquier caso la continuidad de cuidados que las personas mayores deben recibir en función de su estado de salud y con el nivel de riesgos al que se encuentre expuesto; y los programas de atención domiciliaria a pacientes inmovilizados y atención a terminales[14].

Por su parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud[15] (modificada parcialmente 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), empieza a aproximar los instrumentos sanitarios a las personas dependientes a través de la utilización de términos tales como, los cuidados de larga duración[16], la autonomía, enfermedades crónicas, entre otros, en el marco de las prestaciones sanitarias de atención primaria[17] y especializada[18]. Además, se trata de la primera Ley que introduce en España la atención de tipo socio-sanitaria, incluyéndola en el Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Se define como «*el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su inserción social*» (artículo 14.1). Es decir, el objeto de estos servicios sanitarios y sociales consiste en aumentar la autonomía y paliar las limitaciones de los enfermos, o lo que es lo mismo, evitar que se origine una situación de dependencia.

Sin embargo, se limita[19] a señalar que en el ámbito sanitario, la atención sociosanitaria comprenderá los «cuidados sanitarios de larga duración», «la atención

[14] IMSERSO: Libro *Blanco: Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, *op. cit.*, págs. 473-477.

[15] BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003.

[16] Los cuidados sanitarios de larga duración hacen referencia a la atención de pacientes que precisan cuidados sanitarios, en general de baja complejidad, por procesos crónicos o por tener reducido su grado de independencia funcional para la actividad cotidiana, que pueden proporcionarse en su domicilio o requerir un periodo prolongado de internamiento. En IMSERSO: Libro *Blanco: Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, *op. cit.*, pág. 489.

[17] El artículo 12 de esta Ley define la atención primaria como el nivel básico e inicial de atención que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. La atención primaria, comprende la promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social. Tres años más tarde, el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, coincide en la definición de la "atención primaria" (Anexo II).

[18] La atención especializada comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquel pueda reintegrarse en dicho nivel (artículo 13 Ley 16/2003, de 28 de Mayo).

[19] Una vez más, se aprecia como la escasa regulación de los servicios sociosanitarios, necesarios para cubrir su demanda actual y futura, se limita a enunciados generales e inconcretos. Véase, ZABARTE, Mª. E.: "La dimensión *(...)*

sanitaria a la convalecencia», y la «rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable» (artículo 14.2), ofreciendo una regulación parcial al olvidarse del ámbito social (alimentación, vivienda, ayuda de terceras personas, etc.)[20]. Además, las atenciones mencionadas no están incluidas en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, por lo que su disponibilidad actual para los ciudadanos queda a la libre decisión de las Comunidades Autónomas en función del nivel de atención que cada una determine, originando desigualdades territoriales de relevancia[21].

No obstante, la introducción en el catálogo de prestaciones de la atención sociosanitaria pone de relieve la voluntad de los poderes públicos de impulsar la asistencia sociosanitaria, aspecto que nos brinda una dosis de optimismo en la medida en que permite confiar en que puedan satisfacerse las necesidades de un colectivo de población muy vulnerable[22] garantizando la continuidad del servicio entre los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las administraciones implicadas (artículo 14.3)[23]. Y es que para proporcionar una atención integral a las personas dependientes es necesaria la interacción y confluencia entre el ámbito social y el sanitario, siendo un elemento clave del sistema de promoción y cuidado a las personas dependientes[24].

Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En su Anexo II recoge la cartera de servicios comunes de atención primaria, entre los que cabe destacar por su relación con la materia que nos ocupa, los siguientes: la atención al adulto, grupos de riesgo y enfermos crónicos, que comprende, entre otras actuaciones, los cuidados precisos al paciente y a su cuidador (6.4); atención domiciliaria a pacientes inmovilizados, donde se incluye la información y asesoramiento al cuidador principal (6.4.3); atención al anciano de riesgo, lo que implica la «*valoración clínica, sociofamiliar y del grado de dependencia para las actividades de la vida diaria. Esta valoración conlleva la elaboración de un plan integrado de cuidados sanitarios y la coordinación con atención especializada y los servicios sociales, con la finalidad de prevenir y atender la discapacidad y la comorbilidad asociada*» (6.5.3), recogiéndose así, por vez primera, una referencia directa y explícita al concepto de dependencia en un texto normativo sanitario; la atención domiciliaria a personas mayores inmovilizadas, incluyendo el apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal (6.5.4); la atención a la salud mental de las personas con trastorno grave y prolongado y a sus cuidadores en coordinación con los servicios de atención especializada (8).

múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 65, 2006, pág. 58.

[20] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley", en VV.AA. SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y CHARRO BAENA, P. (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de la Dependencia.* cit., pág. 99.

[21] En este sentido, CASADO PÉREZ, D.: "Expectativas de las personas mayores respecto a la Ley de Dependencia", *op. cit.*, pág. 161.

[22] ZABARTE, Mª. E.: "La dimensión múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 65, 2006, pág. 58.

[23] IMSERSO: Libro *Blanco: Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, *op. Cit.*, pág. 489.

[24] Sin embargo, se trata de una realidad inacabada, dado que la coordinación entre estos dos ámbitos constituye en la actualidad un objetivo por conseguir. Véase, BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: "La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario", *Derecho y Salud*, Vol. 16, N.º extra 2, 2008, pág. 4.

2. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN EL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES

La atención a las personas en situación de dependencia siempre ha sido un ámbito de intervención de los servicios sociales (asistencia social-*interna*), en un principio de forma indirecta centrando su atención en sectores concretos como las personas con discapacidad o las personas mayores y posteriormente dirigiendo su atención de forma específica a las personas en situación de dependencia. Sea como fuere, su actuación ha sido pionera en instrumentar ayudas económicas y en la construcción de una red de servicios (constituida por la ayuda a domicilio, teleasistencia, centros de día o centros residenciales), dirigida a los diferentes colectivos en situación de dependencia (tales como personas discapacitadas física o psíquicamente, personas mayores, personas con enfermedad mental).

Así, entre las políticas sociales dirigidas a las *personas con discapacidad* en España, debe hacerse alusión en primer lugar a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos[25] (LISMI) que desarrolló el artículo 49 de la Constitución Española (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social)[26]. Nos encontramos ante un hito histórico en lo referente a atención sanitaria y social de las *personas mayores y discapacitadas*, que integra dentro de su Sistema de prestaciones sociales y económicas una prestación directamente relacionada con la dependencia, llamada *subsidio por ayuda de tercera persona* (art. 12.2.c LISMI, actualmente regulado en el artículo 8.3 y en la Disposición transitoria única del RD-L 1/2013), cuyo contenido es similar al mencionado respecto a la gran invalidez, la prestación no contributiva de invalidez o la prestación no contributiva por hijo a cargo.

Este sistema especial de prestaciones fue desarrollado en su integridad por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero[27], en el que se dispuso que «*el subsidio por ayuda de tercera persona consistirá en una prestación económica de carácter periódico, destinada a aquellas personas afectadas por una minusvalía que, a consecuencia de perdidas anatómicas o funcionales, necesiten, a juicio del equipo multiprofesional, la asistencia de otra persona para realizar actos esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*» (art. 22). Para ser beneficiarios de dicha protección deberán reunirse una serie de requisitos, tales como: ser mayor de dieciocho años, estar afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 75 por 100 y no hallarse atendidas en centros en régimen de internamiento[28].

Del mismo modo, en el marco de los servicios sociales para personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no

[25] BOE núm. 130, de 30 de abril de 1982.
[26] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.
[27] BOE núm. 49, de 27 de febrero de 1984.
[28] Estos subsidios fueron suprimidos por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (disposición adicional novena), pero continúan vigentes para aquellos beneficiarios que los tuvieran reconocido con anterioridad y no hubieran pasado a percibir una pensión no contributiva. Ahora bien, es incompatible con las prestaciones no contributivas y con las asignaciones por hijo a cargo minusválido (arts. 18 RD 357/1991 y 8.3 del RD 356/1991).

discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[29] (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), introdujo una relevante modificación del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores de 1995, de una gran trascendencia para el colectivo que se estudia, al establecer que «*también tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida*»[30].

En las políticas sociales hacia las *personas mayores* en España es preciso remontarse a la Orden de 19 de marzo de 1970 en la que se estableció el Servicio Social de Asistencia a los Ancianos[31], que recogía diversas modalidades prestacionales de relevancia para las personas en situación de dependencia, tales como la atención a domicilio, los hogares y la creación y mantenimiento de centros gerontológicos y residenciales. Por su parte, el Plan Nacional de la Seguridad social de Asistencia a los Ancianos, aprobado por Orden de 25 de febrero de 1971[32], recogía la prestación de ayuda a domicilio, que comprendía el aseo personal y la limpieza del hogar, el lavado de ropa, la asistencia médica a domicilio, el servicio de comida, la mejora del hogar, la compañía a personas enfermas, la terapia ocupacional, la asistencia social, moral y jurídica, el servicio de peluquería y la biblioteca (en el marco de los servicios sociales de acción directa); la creación de hogares y clubes de pensionistas, actualmente conocidos como Centros de Día, con la finalidad de favorecer la convivencia, la atención geriátrica, recreativa, cultural, etc. (servicios sociales intermedios); e incluso a la creación de residencias asistidas para quienes no pudieran valerse por sí mismos[33].

Igualmente, han tenido una innegable importancia los planes de atención a las personas mayores y personas con discapacidad. En 1987 se aprueba el *Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales* promovido por el Ministerio de Trabajo con carácter universal para todas las personas en situación de necesidad, dotadas de contenido informativo y asistencia (ayuda a domicilio, alojamiento alternativo, prevención e inserción social y Centros de Atención Básica)[34], con el objeto final de conformar un sistema público de servicios sociales adaptados a las necesidades actuales, tal y como se manifestó en la Ponencia Técnica de Evaluación del Plan concertado, y especialmente con la intención de ordenar globalmente el problema de la dependencia[35]. En 1991, el IMSERSO (en su

[29] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

[30] En el ámbito público se le ha dado la misma redacción para modificar el art. 29. 4 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984, salvo la referencia a trabajadores que se sustituye por la de funcionario y la falta de alusión a la negociación colectiva.

[31] BOE núm. 70, de 23 de marzo de 1970.

[32] BOE núm. 53, de 3 de marzo de 1971.

[33] AZNAR LOPEZ, M.: "Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos", *Foro de Seguridad Social*, N.º 5, 2001, págs. 52 y 53.

[34] VV.AA., MONTOYA MELGAR, A. (Dir.).: *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Civitas, Navarra, 2007, pág. 40.

[35] Este Plan surge del acuerdo de las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y la Administración Central para garantizar los derechos básicos de la ciudadanía, en igualdad de condiciones

(...)

momento, INSERSO) elaboró el primer Plan Gerontológico Nacional, representando el desencadenante de numerosos Planes gerontológicos autonómicos[36]. Aunque no fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, a partir de dicho año se fueron consignando créditos en los Presupuestos Generales del Estado distribuidos entre las Comunidades Autónomas (que aportaban la misma cantidad económica financiada por el Estado) con el objeto de atender a las personas mayores y especialmente a aquellas que se encontraran en situación de dependencia. Los programas se dirigen a la construcción, adaptación y mantenimiento de plazas asistidas en residencias y centros de día, destinadas a personas mayores de sesenta y cinco años, afectadas por graves problemas de autonomía funcional, y a la atención socio-asistencial de personas dependientes afectadas por la enfermedad de Alzheimer o demencias de características similares.

Una década más tarde, el Plan fue sustituido por el Plan de acción para las personas mayores 2003-2007, en el que se hacen referencias más concretas a la atención de la dependencia[37]. Uno de sus objetivos es el *de avanzar en las políticas de protección a las personas mayores en situación de dependencia*, contando con cuatro estrategias: establecer medidas de apoyo a las personas mayores en situación de dependencia, con los programas existentes; avanzar hacia una atención coordinada entre los servicios sociales y sanitarios; profundizar en las exigencias del derecho y de la bioética a fin de salvaguardar al máximo la dignidad de las personas mayores; y promover la atención especializada a los enfermos de Alzheimer y otras demencias, así como aquellas otras patologías que requieran una atención especializada. En una línea similar se pronuncia el Plan de acción integral para las personas con discapacidad de 2003, en el que se establece que «*los programas deberán dirigirse de forma preferente hacia las personas con discapacidad física severamente afectadas, aunque también podrán ser incluidas la discapacidad psíquica y sensorial en función de las necesidades de cada comunidad autónoma*»[38].

Pero sin ninguna duda, la configuración de los Servicios Sociales en España y la mayor aportación en materia de dependencia, se produce en el seno de las Comunidades Autónomas al ser éstas las competentes en la legislación y gestión de los servicios sociales en España[39] (asistencia social-*externa*).

independientemente del territorio nacional al que se pertenezca. En definitiva, se trata de una cooperación económica, de gestión, informativa y de asistencia técnica de las tres administraciones públicas competentes.

[36] Siguiendo con la filosofía de cobertura integral de la vejez, este plan extendió sus líneas de actuación a las pensiones, salud, servicios sociales, cultura, ocio y participación. Véase, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, Mª.N., MALDONADO MOLINA, J.A., y GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007, pág. 102.

[37] El Plan de Acción para las personas mayores 2003-2007 fue aprobado por el Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003.

[38] El II Plan de Acción para las personas con discapacidad 2003-2007 fue aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2003 y, a posteriori, fue remplazado por el III Plan de Acción 2009-2012, aprobado por el Consejo de Ministros de 10 de julio de 2009.

[39] Todas las Comunidades Autónomas se han fundamentado en el artículo 148.1.20 de la Constitución española para establecer sus correspondientes sistemas jurídicos públicos de servicios sociales a pesar de que en dicho precepto se reconozca la competencia de las comunidades autónomas en materia de *asistencia social*, entendida como mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas en las que se encuentran determinados sectores de la

(...)

Las Comunidades Autónomas han desempeñado, tanto con anterioridad como con posterioridad a la aprobación de la Ley de dependencia, un papel fundamental en protección de las personas dependientes[40]. Hasta la aprobación de la Ley 39/2006, la tutela pública de la dependencia prácticamente había quedado en el ámbito de las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, fueron asumiendo a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia de servicios sociales, con anclaje constitucional en el art. 148.1.20 CE. En cambio, con la promulgación de la Ley, la competencia exclusiva recae sobre el Estado (art. 149.1.1ª CE) para regular las condiciones básicas, sin perjuicio de la colaboración y participación de las Comunidades Autónomas como elemento fundamental para la gestión del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia[41].

2.1. Estatutos de Autonomía

Los primeros Estatutos de Autonomía aprobados a finales de los años 70 se centraban en la concreción de las competencias que asumían dentro del marco constitucional y en la creación y definición de las instituciones autonómicas. No fue hasta las reformas de los Estatutos de Autonomía aprobados en el periodo 2006-2011, cuando empezaron a establecerse los derechos de los ciudadanos y ciudadanas de la comunidad y de las personas que se encuentran en su territorio.

Coincidiendo con esta franja periódica, y de forma más intensa tras la aprobación de la Ley de dependencia, los Estatutos de Autonomía que emprendieron reformas en su contenido, fueron incorporando referencias expresas a la protección de la autonomía y a la atención de la dependencia, así como a los servicios sociales, cuestión que no debe sorprender a sabiendas de que la gestación de las aludidas reformas coincidió con los debates sobre la propia Ley.

población más vulnerables. Aunque servicios sociales y asistencia social sean conceptos diferentes, (el primero dirigido a alcanzar el pleno desarrollo integral de la persona y de los grupos o comunidades en que ésta se integra y el segundo orientado a la satisfacción de las necesidades más básicas de las personas, aquellas relacionadas con la subsistencia y un modo de vida mínimamente digno), lo cierto es que en dicho precepto no se aprecia con claridad que el constituyente busque dicha diferenciación. Véase, ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J. Mª. y GARCÍA SERRANO, M.: *Servicios Sociales Públicos*, cit., págs. 39-43, «al no recogerse mención alguna al término "servicios sociales" en nuestra Carta Magna, es necesario servirnos del término "asistencia social" utilizado por los constituyentes para referirse a lo que ha evolucionado hasta convertirse en lo que hoy prefiere denominarse de forma generalizada "Servicios Sociales"».

[40] Junto a las competencias de las Comunidades Autónomas, existe una amplia red de servicios sociales dirigida por las Corporaciones Locales y entidades sin ánimo de lucro de iniciativa privada. La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone en su artículo 25.2 k) que el municipio ejercerá competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de prestación de los servicios sociales. Del mismo modo, en su artículo 26.1.c) determina que, en todo caso, los municipios con población superior a 20.000 habitantes deberán prestar servicios sociales. Respecto a las diputaciones provinciales, el artículo 36 de dicha Ley les atribuye las competencias de coordinación y asistencia de los servicios municipales, entre los que se incluyen los sociales. Pero esta diversa convergencia de entes conlleva consecuencias negativas al suponer una gran desigualdad territorial en la provisión de estos servicios, produciéndose un solapamiento de actividades y baja optimización de recursos.

[41] Vid. DURÁN BERNARDINO, M.: "La distribución constitucional y legal de competencias en el sistema de dependencia", *Aranzadi Social*, N.º 8, 2013, págs. 206-235.

Entre las características compartidas por todos ellos destaca la distribución competencial y las referencias a los derechos de las personas en situación de dependencia, ya sea de forma explícita o haciendo referencia a las personas mayores o con discapacidad.

2.2. Leyes autonómicas de servicios sociales y legislación autonómica específica

Los Sistemas autonómicos de servicios sociales han contribuido decisivamente desde sus orígenes al desarrollo de las prestaciones dirigidas a las personas mayores, discapacitadas y dependientes[42]. Aunque en un principio, las llamadas Leyes de primera generación, no incluían de forma expresa la dependencia dentro de su ámbito de actuación (1982-1992), a comienzos de este siglo se empiezan a percibir diversas referencias a la protección de la dependencia en la nueva redacción que se le da a determinadas Leyes autonómicas de segunda generación (1993-2005), bien mediante Leyes genéricas de Servicios Sociales que prestan una especial atención a las situaciones de dependencia tales como la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias, según la cual los servicios sociales especializados tienen, entre otras funciones, las de evaluar y diagnosticar las situaciones de dependencia, así como proporcionar apoyos para prevenir y corregir dichas situaciones (art. 13), o la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, en la que se incorpora la atención social a la dependencia (Título IV)[43]; o a través de leyes específicas como la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de Protección a las Personas Dependientes, de Cantabria (derogada por la Ley 2/2007, de 27 de marzo de derechos y servicios sociales); o la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Personas Mayores de Castilla y León[44], con una gran incidencia en la materia.

[42] A diferencia de lo que ocurre en el sistema sanitario, los servicios sociales no disponen de una norma básica estatal que establezcan unas prestaciones mínimas, siendo las Comunidades Autónomas las que, en el ejercicio de sus competencias, han avanzado en este ámbito mediante leyes de servicios sociales o de acción social. Véase, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P.: "El Sistema de Servicios Sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia, op. cit., pág. 49.

[43] En su artículo 62 se define la dependencia como aquella situación en la que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes para realizar los actos corrientes de la vida diaria (art. 62). Sus prestaciones se enmarcan en el sistema de servicios sociales preexistente en la Comunidad Autónoma tales como la atención domiciliaria intensiva, la atención diurna, la atención residencial, la ayuda individual o familiar a través del cheque servicio, el apoyo a las familias y cuidadores informales y las ayudas instrumentales (art. 64). Prevé la elaboración de un Plan de Atención Social a la Dependencia en la Comunidad de Madrid con la finalidad de conseguir la atención adecuada en las situaciones de dependencia, que finalmente no es objeto de desarrollo reglamentario a la espera de la aprobación de la Ley de Dependencia. Igualmente contempla la libertad de elección del beneficiario o de sus representantes legales entre las prestaciones o recursos sociales que se hayan considerado idóneos para atender su situación (art. 66). Finalmente, dedica sus artículos 67 y 68 a los cuidados informales y a medidas de apoyo a los cuidadores informales, tales como formación teórica y práctica, información sobre los recursos, derechos y ayudas, programas de respiro y facilidades para la conciliación de la vida familiar y laboral. Después de la aprobación de la Ley de Dependencia y con la finalidad de adaptar su contenido a lo establecido en la misma, esta Ley autonómica de servicios sociales debería rediseñar su contenido, al igual que la Ley 9/1987, de 29 de abril de servicios sociales de Canarias; la Ley 2/1988, de 4 de abril de Servicios Sociales de Andalucía; La Ley 5/1987, de 23 de abril de servicios sociales de Extremadura; la Ley 3/2003, de 10 de abril del Sistema de servicios sociales de Murcia (que no recoge mención alguna a la atención de la dependencia); la Ley 5/1995, de 25 de junio de servicios sociales de la Comunidad Valenciana; o la Ley 1/2003, de 24 de febrero de servicios sociales de Asturias.

[44] Esta Ley entiende por dependencia la situación en la que se encuentra una persona mayor que, por disminución o pérdida de autonomía física, psíquica o sensorial, precisa ayuda y/o asistencia importante para las actividades de la vida diaria y/o protección o supervisión de sus intereses (art. 42); recoge entre sus objetivos la atención integral y

(...)

Así, el Sistema de servicios sociales a través de sus numerosas prestaciones dirigidas a la protección de las personas en situación de dependencia, ha desarrollado una auténtica red de servicios centrada en: servicios de ayuda a domicilio para la adecuación e higiene del hogar del dependiente, la compra de preparación de alimentos, el auxilio en la higiene personal, o en la gestión cotidiana; la teleasistencia como instrumento de comunicación y ayuda constante entre el sujeto dependiente y el centro de atención; los centros de día o para estancias diurnas; residencias asistidas y centros de atención continuada; ayudas para el equipamiento o la adaptación de los hogares de las personas dependientes[45], dirigidos tanto a las personas en situación de dependencia como a sus cuidadores, ya que venían a sustituir los cuidados familiares tradicionales, propios del arraigado modelo mediterráneo de atención a la dependencia en España.

3. LA NECESARIA COORDINACIÓN SOCIOSANITARIO. UN RETO POR ALCANZAR

Este análisis de las diferentes prestaciones sanitarias y sociales dirigidas a las personas en situación de dependencia finaliza abordando el aspecto central de este trabajo: la necesaria coordinación, integración y colaboración de los recursos sociales y sanitarios ante un escenario en el que el aumento de la demanda de cuidados profesionales del ámbito social y sanitario, fruto del acelerado proceso de envejecimiento, y la crisis financiera actual, exigen la adopción de un modelo de coordinación sociosanitaria que permita avanzar en una atención más eficaz, al mismo tiempo que se optimizan los recursos públicos destinados a la atención de las personas con enfermedades crónicas o en situación de dependencia[46]. Se trata de uno de los aspectos que más preocupa a expertos y políticos, tanto nacionales como europeos[47], desde hace algunas décadas.

Sabiendo que las principales necesidades de este colectivo son de tipo sociosanitario y que en la mayoría de los casos son concurrentes en el tiempo al coincidir una ausencia de salud con una carencia social[48], resulta imprescindible para su atención integral centrar los

continuada a las personas mayores, especialmente a aquellas que se encuentren en situación de dependencia, procurando su bienestar físico, psíquico y social, a través de programas, recursos y servicios que se adapten a sus necesidades (art. 1.b). Aunque enmarcada en el ámbito del sistema autonómico de servicios sociales, también contempla la atención de las personas mayores dependientes a través de los servicios sociosanitarios (aunque de forma muy genérica) y establece como principio específico de actuación el reconocimiento y el respeto de su dignidad, individualidad y circunstancias personales y sociofamiliares, garantizándose el derecho a la intimidad y a la participación en las decisiones que les afecten (art. 43).

[45] MALDONADO MOLINA, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, tirant lo Blanch, colección laboral, Valencia, 2003, págs. 49-56; BLASCO LAHOZ, J.J.: "La protección de la dependencia: un seguro social en construcción", *Aranzadi Social*, 2003, págs. 59-65; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia", *Relaciones Laborales*, t. II, 2004, pág. 134.

[46] IMSERSO.: *Libro Blanco de la Coordinación Socioanitaria en España*, op. cit., pág. 5.

[47] Puede consultarse un análisis crítico y de propuesta sobre la integración de los instrumentos sociales y sanitarios en relación a la tutela de los ancianos en Italia en ANFOSSI, L. e BAUSANO, F.: "L'Integrazione dei servizi sociali e sanitari nell'attuazione del progetto-obiettivo «tutela della saluto degli anziani»", in *Anziani: bisogni, servizi e progetti*, Fz, Padova, 1994, pp. 117-142.

[48] ZABARTE, Mª. E.: "La dimensión múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", op. cit., pág. 55.

esfuerzos en la coordinación de dos mecanismos de provisión de cuidados[49]: los servicios sanitarios, constituidos como servicios de corta estancia y orientados a curar los problemas de salud (intervención intensiva en utilización de profesionales médicos y en el uso de pruebas diagnósticas y terapéuticas; realizadas en centros de salud, ambulatorios y hospitales; y dirigidas a personas con problemas de salud en procesos agudos o no) y los servicios sociales, dirigidos a ofrecer cuidados de larga duración a las personas dependientes (intervención poco intensiva en pruebas diagnósticas y terapéuticas e intensiva en cuidados auxiliares de clínica y soporte social; encauzada a través de la ayuda a domicilio, la teleasistencia, los centros de día y los centros residenciales; y orientada a las personas dependientes)[50].

A través de la acción conjunta de dichos sistemas se podrá ofrecer una atención integral y no fragmentada a las personas que precisan simultáneamente estos recursos, al mismo tiempo que se optimizarán los costes[51]. Ante un contexto económico y demográfico como el actual, se exige una acción firme basada en la *coordinación*[52]. Por lo tanto, en la actualidad la prioridad central de ambos servicios ya no consiste en que la población viva durante más años, sino que su objetivo común y principal es que estos años se vivan con el menor número de limitaciones personales y con la mayor autonomía personal posible.

Para conseguirlo, es necesario reformular los sistemas de gestión, de financiación y la distribución de los recursos, pero sobre todo, es imprescindible, coordinar los servicios sanitarios y sociales[53]. Solo así se podrá ofrecer una respuesta más eficaz y sostenible a las necesidades actuales de la población. De forma que a medio camino entre estos dos

[49] Esta imprescindible coordinación ha sido puesta de manifiesto en distintos convenios y planes dirigidos a conseguir la coordinación de sus actividades. Así se aprecia en el Convenio Socio-Sanitario INSALUD-INSERSO de 1993 para la atención sociosanitaria de las personas mayores; en algunas normas autonómicas como la Orden de 29 de mayo de 1986 de Cataluña o la Ley 6/1999, de 7 de julio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de atención y protección a las personas mayores; el Plan Concertado de prestaciones básicas de servicios sociales en las Corporaciones locales 1995-1996; o el Plan Gerontológico Estatal 1992-1997. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia", op. cit., pág. 134.

[50] Sin embargo, tradicionalmente no ha sido así, ya que las Administraciones implicadas no han venido respetando el principio de coordinación al que están constitucionalmente sujetas (art. 103.1 CE), de forma que en lugar de reforzar sus esfuerzos mediante la coordinación de sus actuaciones, han venido ofreciendo a las personas dependientes una atención fraccionada en función de la prevalencia de determinados elementos o componentes, como lo sanitario, lo social, lo económico, lo familiar, la edad, etc.

[51] Como afirma el Libro Blanco de atención a las personas en situación de dependencia, «No está justificado que se atienda en centros hospitalarios a personas con estas necesidades de apoyo (cronificadas o en procesos de larga estancia), al no ser adecuado en términos de políticas públicas modernas y al suponer unos costes seis veces superiores a lo que supondría la atención a través de otros dispositivos. La mejora en la atención de las personas en situación de dependencia supondrá un importante ahorro, cuantificado en varios cientos de millones de euros en el sistema sanitario», pág. 719. En el mismo sentido, CAYO PEREZ BUENO, L.: "La configuración de la autonomía personal y la necesidad de apoyos generalizados como nuevo derecho social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 60, 2006, pág. 45.

[52] En este sentido, HERRERA MOLINA, E.: "Coordinación entre el sistema sanitario y los servicios sociales; una senda definida como parte de la solución", *Actas de la Dependencia, Fundación Caser para la dependencia,* N.º 01, 2012, pág. 60.

[53] En este sentido, BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: "La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario", op. cit., pág. 26, afirma que el objeto es el de modernizar las estructuras, ordenar y actualizar los métodos y dotar un modelo de progresiva calidad. En definitiva se trata de adaptar las estructuras de atención a las necesidades de las personas y no el de obligar a las personas a adaptarse a las estructuras».

componentes, social y sanitario, debe articularse la respuesta a una demanda que crece exponencialmente[54].

Así, la coordinación sociosanitaria es entendida como el conjunto de acciones dirigidas a ordenar los sistemas sanitario y social para ofrecer una respuesta integral a las necesidades de atención sociales y sanitarias que se presentan simultáneamente en las personas que padecen situaciones de dependencia y que no pueden ser solventadas mediante la aplicación de medidas exclusivamente sanitarias o sociales[55], siendo necesaria la coordinación de ambos sistemas para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos con estos problemas mediante la promoción de condiciones de vida saludables y la prestación de una asistencia integral[56].

Sin embargo, la coordinación e integración de estas vertientes reviste cierta complejidad, puesto que no es cuestión baladí ni la creación de una Red de Atención Sociosanitaria propia[57], ni la coordinación del ámbito sanitario (cuidados médicos y de enfermería) con el área social (cuidados personales), que son las dos alternativas posibles para proporcionar esta doble vía protectora[58]. En dicha complejidad intervienen los siguientes elementos[59]:

- Se trata de dos derechos de distinta naturaleza, ya que mientras el derecho a la protección de la salud está configurado como un auténtico derecho subjetivo, universal y gratuito, la prestación de servicios sociales, al margen de contadas excepciones, no se configura como un derecho subjetivo.

[54] JIMENEZ LARA, A. y HUETE GARCÍA, A.: "Las discapacidades en España: Datos estadísticos Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999", *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, pág. 129.

[55] No puede ser resuelto de forma aislada ya que ninguno de los dos ámbitos cuenta con los instrumentos necesarios para hacer frente a la situación actual. El Sistema sanitario, pese a que cada vez es más completo y eficaz para atender lo agudo, en cambio, precisa reorientarse para la atención a la enfermedad crónica. Por su parte, el Sistema social, aunque cuenta con una buena base procedimental y algunas de las herramientas necesarias para su intervención, no ha demostrado a lo largo de su historia un importante desarrollo en este entorno. Véase, IMSERSO.: *Libro Blanco de la Coordinación Socioanitaria en España*, op. cit., págs. 6 y 7.

[56] El sistema estatal de atención sociosanitaria en el ámbito de la dependencia. El caso español y otros modelos de referencia, *Asociación para el cuidado de la calidad de vida*, 2009, pág. 30.

[57] La Red de Atención Sociosanitaria es formulada a la hora de plantear la reorganización de los sistemas sanitario y social, entendida como «el conjunto de recursos destinados de forma específica a la atención sociosanitaria de las personas en situación de dependencia. Esta opción se basa en la creación de un tercer sistema en el que confluyan algunos recursos del Sistema Nacional de Salud y del Sistema de Servicios Sociales con nuevos servicios específicos para la atención sociosanitaria. Numerosos autores han mostrado su disconformidad con la necesidad de crear una tercera red asistencial puesto que su implantación generaría nuevas necesidades de coordinación, así como un cambio en los modelos de gestión y financiación. Véase, IMSERSO: *Libro Blanco de Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, op. cit., pág. 514.

[58] Esta opción por la coordinación sociosanitaria es la más aceptada por autores y responsables de servicios sanitarios y sociales, a la que se suma esta investigación. En ella se parte de dos sistemas preexistentes y consolidados que deben actuar de forma conjunta y complementaria para dar una respuesta integral a determinadas necesidades que se presentan de forma simultánea. IMSERSO: *Libro Blanco de Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, op. cit., pág. 514.

[59] Véanse VV.AA.: *Atención Sociosanitaria: una aproximación al marco conceptual y a los avances internacionales y autonómicos*, Araarteko, País Vasco, 2008, págs. 40 y ss; BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: "La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario", op. cit., pág. 17.

- Con diferentes funciones y financiación, de forma que lo sanitario está perfectamente estructurado y determinado (catálogo de prestaciones sanitarias), y lo social adolece de estructuración y suficiente extensión; la financiación sanitaria es universal y gratuita y los servicios y prestaciones sociales generalmente están sometidos a copago (característica que se está extendiendo al ámbito sanitario tras la aprobación del RD-Ley 16/2012)[60].

- Presentan diferente organización. En lo competencial, la división vertical de la asistencia sanitaria se estructura entre el Estado (bases de la sanidad; coordinación general sanitaria; sanidad exterior; legislación sobre productos farmacéuticos) y las Comunidades Autónomas (desarrollo legislativo y gestión), descansando todo el sistema prestacional fundamentalmente en las Administraciones de las Comunidades Autónomas. Por el contrario, en materia de servicios sociales, la Constitución y los Estatutos de Autonomía no han reservado al Estado ninguna competencia. La legislación corresponde a las Comunidades Autónomas y la prestación de los servicios sociales se reparte entre las Administraciones autonómicas y las Administraciones municipales, otorgándole a éstas un destacado protagonismo. A ello hay que añadir las divisiones o fragmentaciones funcionales horizontales dentro de las mismas materias sanidad y servicios sociales.

- Las competencias y conocimientos exigidos a los profesionales del ámbito sanitario y de servicios sociales no coinciden, lo que es una muestra más de la inexistencia de un espacio sociosanitario.

- Inexistencia de dotaciones presupuestarias específicas para la coordinación e integración sociosanitaria.

Pese a la citada complejidad para diseñar un espacio sociosanitario, no han cesado los esfuerzos por parte de los diferentes órganos y administraciones implicados en alcanzar la tan necesaria coordinación. La relevancia de la atención social y sanitaria, así como su imprescindible coordinación se empezó a poner de manifiesto a partir de la firma del Acuerdo Marco entre el Ministerio de Asuntos Sociales y el Ministerio de Sanidad y Consumo en materia de coordinación sociosanitaria (1993), en numerosos documentos, iniciativas y planificaciones internacionales[61] y nacionales (estatales y autonómicas) sobre

[60] VILÀ A.: "Estructuras institucionales de la protección social de la dependencia en España" en VV.AA., CASADO, D. (Dir.), *Respuestas a la dependencia*, CCS, Madrid, 2004, pág. 149, afirma que estas diferencias estriban fundamentalmente en que el sistema sanitario ha tenido un largo recorrido de conformación y tradición histórica, llegando a la democracia como un sistema ampliamente consolidado y dotado de muchos recursos. En cambio, los servicios sociales, son mucho más recientes y con unos antecedentes anclados en una antigua concepción benéfica y asistencialista. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P.: "El Sistema de Servicios Sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia, op. cit., pág.70, sostiene que el origen de estas diferencias estriba en el traspaso de competencias de ambos sistemas ya que mientras en el Sistema Nacional de Salud el traspaso de competencias se produjo cuando el sistema estaba ampliamente consolidado, estructurado y suficientemente extendido; en los servicios sociales se llevó a cabo cuando no se tenía clara ni siquiera su conceptualización y sin prever el imparable desarrollo que tendrían con posterioridad, sobre todo derivado de las demandas de un colectivo, los dependientes.

[61] En IMSERSO: *Libro Blanco: Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, op. cit., pág. 511, se destacan los siguientes: el Consejo de Ministros de la Unión Europea (1993), donde se pone de manifiesto la conveniencia de «promover una coordinación de los diferentes servicios sanitarios y sociales» y la «necesidad de estimular prestaciones cualificadas y diferenciadas, con el fin de responder a las nuevas demandas»; la

(...)

atención sociosanitaria[62], a través de los cuales se consiguió un importante avance en los recursos sociosanitarios. Sin embargo, a pesar de la puesta en marcha de numerosas medidas, los resultados todavía están lejos de un modelo sólido y consolidado que permita y garantice la continuidad en los cuidados a las personas dependientes, su atención integral y una adecuada utilización de los recursos. Como se ha indicado, la complejidad reside en que el cambio de modelo afecta directamente a elementos estructurales y de culturas profesionales muy consolidadas.

Tras tantos esfuerzos sin conseguir los resultados esperados, la confianza de los diferentes actores sociales se depositó en la aprobación de la Ley 39/2006, a la que demandaron insistentemente durante todo el periodo de su gestación, la regulación de la tan reclamada coordinación sociosanitaria[63]. En su redacción se hace mención al ámbito social, al sanitario y a la coordinación de ambos en diferentes preceptos:

Recomendación N.º R (98) 11. Del Comité de Ministros a los Estados miembros de la Unión Europea sobre la organización de la atención sanitaria para los enfermos crónicos. Septiembre de 1998; la Recomendación N.º R (98)9 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia; el Informe de la Royal Commission on Long Term Care. Reino Unido 1998; la Sexta Conferencia de los Ministros Europeos de Sanidad. El envejecimiento en el siglo XXI: necesidad de un enfoque equilibrado para un envejecimiento con buena salud. Atenas, abril 1999; Mantener la prosperidad en una sociedad que envejece. Recomendaciones de la OCDE para España. Junio 2001; OCDE. A disease based comparison of Health Systems (2003); OMS. Salud y Envejecimiento: un marco político (2002); OMS. Key Policy Issues in Long-Term care (2003); y las diferentes Leyes de protección a la dependencia aprobadas en Alemania (1995), Luxemburgo (1998), Austria (1993) y Francia (1997, revisión 2001, 2002 y 2004). Para una visión más amplia, *Vid*., JIMÉNEZ LARA, A.: *El sector de la salud y la atención a la dependencia*. Documento de trabajo 111/2007, Fundación alternativas, Madrid, 2007, págs. 27-31.

[62] Así, cabe hacer mención en el ámbito estatal al Plan Gerontológico Nacional (1993), en el que se establecen las primeras bases de coordinación sociosanitaria; el Acuerdo Marco para la coordinación sociosanitaria entre los Ministerios de Asuntos Sociales y Sanidad en 1993. Bases para la ordenación de servicios de atención sanitaria a las personas mayores. Ministerio de Sanidad y Consumo. INSALUD, 1994; Criterios de Ordenación de Servicios para la Atención Sanitaria a las Personas Mayores. Ministerio de Sanidad y Consumo. INSALUD, 1996; el Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1997 sobre Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, en el que su apartado n.º 3 se dedica a «Instrumentar alternativas para la asistencia sociosanitaria»; Informe de la Ponencia especial, constituida en el seno de la Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales del Senado, para el estudio de la problemática del envejecimiento de la población española (diciembre de 1999); Informe del Defensor del Pueblo sobre «La Atención Sociosanitaria en España: Perspectiva Gerontológica y otros aspectos conexos». Recomendaciones del Defensor del Pueblo a las Administraciones públicas implicadas e informes de la SEGG y de la AMG (2000); Convenio Marco de Colaboración sobre Atención Sociosanitaria, Salud y Consumo a las Personas con Discapacidad entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Comité Español de Representantes de Minusválidos. Marzo 2001; Bases para un modelo de atención sanitaria. Documento para el debate. Dirección General de Planificación Sanitaria. Ministerio de Sanidad y Consumo, 2001; Plan de Acción para las personas mayores, 2003-2007. Acuerdo Consejo de Ministros 29-8-2003. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO; II Plan de Acción para las personas con discapacidad, 2003-2007. Acuerdo Consejo de Ministros 5-12-2003. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO; I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012. Acuerdo Consejo de Ministros 25-7-2003. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO; Ley 63//2003 de cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuyo artículo 14 se define por primera vez la prestación sociosanitaria en la normativa sanitaria. Del mismo modo, las Comunidades Autonómicas han ejercido un papel preponderante, siendo las primeras normas que incorporan la prestación coordinada de tales servicios de carácter autonómico, a través de planes de actuación que se iniciaron en Cataluña con el programa "vida als anys" (Orden de 29 de mayo de 1986), que progresivamente se extendieron a otras Comunidades. Véase un sistemático análisis en *Libro Blanco: Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, op. cit., págs. 506-513; JIMÉNEZ LARA, A.: *El sector de la salud y la atención a la dependencia*. Documento de trabajo 111/2007, Fundación alternativas, Madrid, 2007, págs. 22-27.

[63] JIMÉNEZ LARA, A.: *El sector de la salud y la atención a la dependencia*. Documento de trabajo 111/2007, cit., pág. 36.

— Entre los principios establecidos en la Ley se encuentra el de la colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establecen en la propia norma y en la normativa de las CC.AA y Entidades Locales (art. 3.1);
— Se indica, como competencia de las Comunidades Autónomas el establecimiento de «los procedimientos de coordinación sociosanitaria creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención». (art. 11.c);
— Establece que los catálogos de servicios establecidos en la Ley de dependencia se establecen sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, relativo a las prestaciones sociosanitarias de cuidado sanitarios de larga duración, atención sanitaria a la convalecencia y rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable (art. 15); se indica la necesaria coordinación entre los servicios sociales y de salud coordinándose para prevenir la aparición de dependencias y promover condiciones de vida saludables (art. 21);
— Del mismo modo, advierte que las diferentes administraciones públicas en materia educativa, sanitaria, laboral y de asuntos sociales, han de colaborar para garantizar la calidad del sistema (art. 36).

Sin embargo, a pesar de estas referencias, la Ley de Dependencia no dio la respuesta que de ella se esperaba en ese sentido, pudiendo decir, que en el tan ansiado texto legislativo existen importantes lagunas, especialmente en lo relativo a la vertiente sanitaria, al contenido de las prestaciones sociosanitarias y a la ausencia de medidas para la coordinación de la atención social con la sanitaria. Respecto al ámbito sanitario de la atención a la dependencia la Ley obvia su contenido; en cuanto a las prestaciones sociosanitarias se remite a las reguladas en el artículo 14 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, a sabiendas de que ésta última se limita a hacer una definición teórica de la prestación sociosanitaria[64], y el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, no concreta el contenido de la Cartera de Servicios de atención sociosanitaria, posponiéndola al desarrollo de otro reglamento[65]. Por lo tanto, pese a las menciones realizadas en la Ley de dependencia a sus dos vertientes principales (social y sanitaria), existe un importante desligamiento entre ambos aspectos en lo que a atención de la dependencia se refiere, ya que no contempla ni

[64] Pese a su limitación, debe reconocerse expresamente la importancia de dicho precepto, ya que la regulación de las prestaciones sociosanitarias en un sistema que, como el sanitario, se encuentra ampliamente consolidado desde el punto de vista político, jurídico y financiero, supone una garantía a todos los efectos a la que debemos renunciar hasta que, al menos, no se configure simétricamente la alternativa pretendida. En este sentido, véase, ZABARTE, Mª. E.: "La dimensión múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", op. cit., pág. 58 y 59.

[65] No obstante, como bien advierte BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: "La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario", op. cit., pág. 6, la aprobación de la Ley de dependencia debe suponer, en lugar del origen de un nuevo Sistema de protección social, la configuración de un medio de perfeccionamiento y complementación de los actuales servicios sociales y sanitarios con la intención de favorecer una atención más completa a las personas en situación de dependencia.

aborda la regulación de estos dos importantes aspectos, y, por su parte, la legislación sanitaria, tampoco los regula de forma adecuada[66].

En el año 2011 se produce un paso decisivo en esta materia. Cumpliendo con el mandato de la I Conferencia Interterritorial de consejeros de Sanidad y de Política Social, celebrada en febrero del año 2010, se publica en diciembre de 2011 el *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España*[67], reflejándose así el compromiso del Gobierno de apostar por un sistema capaz de dar respuesta a las múltiples y complejas demandas de quienes necesitan atención social y sanitaria, a través de la coordinación de actuaciones que permitan la racionalización del gasto, optimización, eficiencia de los recursos disponibles y el aprovechamiento de las economías de escala.

Se trata de un documento de reflexión y análisis estructurado en dos partes rubricadas del siguiente modo: «Estudio de Situación de la Coordinación Sociosanitaria en España» y «Reflexiones en torno a la coordinación sociosanitaria. Medidas para su promoción».

En la primera de ellas se llevan a cabo los siguientes cometidos:

Se analiza la coordinación social y sanitaria tanto en nuestro país como a nivel internacional, con la intención de que sirva de base a responsables políticos y técnicos para que dispongan los elementos concretos y necesarios con los que avanzar en la articulación de la misma en sus respectivos ámbitos territoriales, garantizar el principio de continuidad en la asistencia y asegurar la prestación eficiente de servicios adaptados a las necesidades que presentan los pacientes crónicos y dependientes en nuestro país. El análisis de las experiencias desarrolladas en otros países permite la identificación de un conjunto de elementos que favorecen la coordinación y que por tanto deberán ser tenidos en cuenta para el desarrollo y consolidación de nuestro propio sistema de coordinación[68]. Del estudio de las experiencias desarrolladas hasta la actualidad en el territorio nacional, se desprende una visión muy positiva, al reflejar una gran diversidad de iniciativas y experiencias promovidas a nivel estatal y autonómico en el ámbito de la coordinación sociosanitaria. Estos esfuerzos han permitido la configuración de un importante punto de partida para comenzar a consolidar un modelo de coordinación que garantice la continuidad y la calidad en los cuidados a las personas dependientes. No obstante, como advierte el Libro de Coordinación Sociosanitaria, para ello será preciso avanzar en el establecimiento de estrategias de coordinación, tales como[69]:

- Compartir un modelo conjunto de atención para lo que será necesario la redefinición de conceptos básicos.
- Avanzar en fórmulas que permitan una mayor coincidencia de las demarcaciones geográficas entre los sistemas sanitarios y sociales.

[66] BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: "La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario", op. cit., pág. 14.
[67] IMSERSO.: *Libro Blanco de la Coordinación Socioanitaria en España*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 15 de diciembre de 2011.
[68] Véase un detallado análisis en IMSERSO.: *Libro Blanco de la Coordinación Socioanitaria en España*, op. cit., págs. 36-62.
[69] IMSERSO.: *Libro Blanco de la Coordinación Socioanitaria en España*, op. cit., págs. 118 y 119.

- Potenciar las estructuras de coordinación compartida en los niveles asistenciales, de gestión y dirección.
- Definir procesos claros y homogéneos de atención intersectoriales que coordinen tanto la planificación de las estructuras necesarias del sector sanitario y social, como el desarrollo coordinado de su funcionamiento de manera complementaria, dentro de unos parámetros homogéneos de calidad, equidad y accesibilidad. Los servicios y la atención deben ajustarse a las necesidades concretas de cada usuario.
- Priorizar el desarrollo de programas que contribuyan al mantenimiento de la salud y potencien la promoción de la autonomía personal como medida de prevención de la enfermedad y dependencia.
- Desarrollar planes formativos regulados y heterogéneos que incidan en el trabajo en equipo y en estrategias de coordinación sociosanitaria.
- Formular nuevas herramientas de financiación que garanticen su sostenibilidad a largo plazo y permita la creación de infraestructuras y la inversión en capital humano necesario para una correcta coordinación de los sistemas.
- Dirigir su inversión hacia la innovación y el uso de las TIC como elemento de soporte que doten al sistema de eficiencia y sostenibilidad.
- Finalmente, se advierte que dichos objetivos no se alcanzarán sin la participación conjunta de todas las administraciones implicadas.

En la segunda parte «Reflexiones en torno a la coordinación sociosanitaria. Medidas para su promoción» se describen las experiencias que se están llevando a cabo con éxito en las distintas comunidades autónomas y que pueden servir como modelo para su extensión, y se facilita un bloque formado por sesenta y tres medidas dirigidas a facilitar su implementación[70].

Con todo ello, el Libro Blanco sienta las bases para la construcción de un modelo y se constituye como un elemento básico para implementar la estrategia y unificar conceptos y criterios entre los responsables políticos y los distintos profesionales.

Más reciente ha sido la creación de un Consejo Asesor de Sanidad[71], que tiene entre sus principales propósito la coordinación sociosanitaria, motivo por el cual crea un grupo de trabajo sobre atención sociosanitaria. Reflejo de su actividad, en abril de 2013 presentó un informe sobre atención y coordinación sociosanitaria en el que plantea cerca de 50 propuestas para alcanzar la coordinación sociosanitaria. Entre ellas destacan:

[70] Véase, IMSERSO.: *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España,* op. cit., págs. 281-322.

[71] Creado en octubre de 2012 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Se trata de un órgano consultivo de alta especialización, que se encarga de realizar informes y elaborar propuestas al servicio de la Sanidad española, ya sea por solicitud de la ministra o por iniciativa propia. Está compuesto por 35 expertos del ámbito sanitario (médicos, científicos, enfermeros, economistas, etc.), de reconocido prestigio, que colaboran en la toma de decisiones aportando datos y recomendaciones (gracias a sus estudios e investigaciones) desde las perspectivas científica, ética, económica y social. Entre sus ámbitos principales de trabajo se encuentra la atención sociosanitaria.

a) La atención sociosanitaria debe referirse preferentemente a enfermedades de larga duración y, en particular, a enfermedades crónicas, convalecencias, recuperación funcional, cuidados paliativos, atención subaguda y postaguda.

b) Reorganización del conjunto de niveles asistenciales, teniendo en cuenta los diferentes perfiles de los pacientes y su edad, grado de autonomía personal, etc.

c) Promover una mayor capacidad resolutiva a nivel sanitario en los centros residenciales para mayores, a través de unidades sociosanitarias de referencia.
d) Definir los perfiles de los cuidadores profesionales, su formación y acreditación para favorecer la calidad asistencial.
e) De igual manera, es prioritario la formación de los cuidadores informales.
f) Garantizar una adecuada gestión de la prestación farmacéutica en el ámbito sociosanitario.
g) Promover un modelo de financiación suficiente e impulsar una gestión económico-administrativa trasparente.
h) Promover la regulación del seguro complementario de dependencia, de carácter voluntario. Su contenido y modalidades, así como sus incentivos fiscales serán objeto de la correspondiente normativa, considerándose conveniente la posibilidad de desgravaciones por otros gastos sociosanitarios.

4. REFLEXIÓN FINAL: BUENAS PRÁCTICAS Y AMENAZAS DETECTADAS

A diferencia del resto de Sistemas de Protección Social, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tiene carácter interdisciplinar, lo que significa que a través del mismo se pretende atender dos tipos de necesidades: sociales y sanitarias.

El aumento de la demanda de cuidados profesionales del ámbito social y sanitario, fruto del acelerado proceso de envejecimiento, y la crisis financiera actual, exigen la adopción de un modelo de coordinación sociosanitaria que permita ofrecer una atención integral y no fragmentada, al mismo tiempo que se optimizan los recursos públicos destinados a la atención de las personas con enfermedades crónicas o en situación de dependencia.

En los últimos años no han cesado los esfuerzos por parte de diferentes órganos y administraciones implicados en alcanzar la tan necesaria coordinación, sin embargo, los resultados todavía están lejos de un modelo sólido y consolidado que permita y garantice la continuidad en los cuidados a las personas dependientes, su atención integral y una adecuada utilización de los recursos, debido a la gran complejidad que reviste la coordinación del ámbito sanitario con el área social.

Con la publicación del Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España (2011), se da un paso decisivo en esta materia, sentándose las bases para la construcción de un modelo sociosanitario. Igualmente, la creación del Consejo Asesor de Sanidad (2012) y del grupo de trabajo sobre atención sociosanitaria (2013), continúan en la línea de progreso y evolución deseado.

No obstante, la concienciación de las administraciones y las buenas acciones emprendidas por los profesionales no son suficientes, es preciso una norma bien articulada en todo el territorio español, que garantice la tan necesaria coordinación sociosanitaria. Existe el temor latente de que el actual proceso de crisis financiera en el que se ve inmerso el sistema pueda suponer una amenaza para las políticas emprendidas. El hecho de que ante el contexto financiero y social actual se exija la remodelación del sistema y la adopción de cambios está conllevando, en lugar de una mejora y garantía en la estabilidad del ámbito social y sanitario, la reducción de costes y la supresión de proyectos, pudiendo acabar con todos los esfuerzos emprendidos hasta el momento[72] al convertirse en una amenaza para las políticas emprendidas.

[72] Pero como sostiene HERRERA MOLINA, E.: "Coordinación entre el sistema sanitario y los servicios sociales; una senda definida como parte de la solución", op. cit., págs. 57 y 59, esta percepción del desarrollo de políticas sociosanitarias desde la óptica del gasto en lugar de la inversión hace que partamos de un grave error de conceptos porque «el crédito debe venir para invertir en desarrollo y no para perpetuar las conocidas ineficiencias».

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

¿El imparable declive de la revalorización/actualización de las pensiones? Notas al hilo de la STC (pleno) 49/2015, de 5 de marzo de 2015

Is the decline unstoppable of the revaluation / updating of the pensions? Notes to the thread of the STC 49/2015, of 5 march 2015

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ
PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Resumen

En este estudio se analiza los distintos argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del art. 2.1 del R.D.-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, que impidió la actualización de las pensiones en relación al diferencial entre el IPC previsto y el resultante IPC superior acumulado a noviembre del 2012.

Palabras clave

Revalorización, actualización, retroactividad, dignidad, pensiones e inconstitucionalidad

Abstract

In this study the various arguments for and against the constitutionality of art is analysed. 2.1 of RD-Law 28/2012, of 30 November, that prevented the updating of pensions relative to the differential between the inflation forecast and the higher cumulative CPI to November 2012.

Keywords

revaluation, update, retroactivity, dignity, pensions and unconstitutionality.

1. PRECEPTOS IMPLICADOS DE 1994 A 2013

La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social[1] dio nueva redacción (en su art.11) al apartado 1 del art 48, dando entrada a la comparativa entre las revisiones de pensiones de dos años consecutivos, disponiendo que:

1º). Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente IPC previsto para dicho año.

2º). Si el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se

[1] BOE 16-7-1997, gobernando el Partido Popular

procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.

3º). Si el índice de precios al consumo previsto para un ejercicio, y en función del cual se practicó la revalorización, resultase superior al realmente producido en el período de cálculo descrito en el apartado anterior, las diferencias existentes serán absorbidas en la revalorización que corresponda aplicar en el siguiente ciclo económico.[2]»

Mediante el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público[3] (art.4º) se decretó la suspensión para el ejercicio de 2011 de la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 del TRLGSS/1994, excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Igualmente, para el ejercicio de 2011 se suspendió la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1.2 del artículo 48 del TRLGSS/1994, excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Igualmente, se suspendió para 2011 la aplicación de lo previsto en el apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases pasivas del Estado, manteniéndose en relación con las pensiones mínimas de clases pasivas las previsiones contenidas en el apartado 2 del citado art. 27.

El Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la seguridad social[4], dejó sin efecto para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del TRLGSS, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

Y se suspendió para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 del TRLGSS, así como en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Contra tan graves decisiones adoptadas el último día del mes de noviembre de 2012 se interpuso el recurso que vamos a considerar seguidamente.

[2]Este apartado fue suprimido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Disposición derogatoria sexta) , así como el tercer párrafo del número 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

[3] BOE 24-5-2010, gobernando el PSOE

[4] Publicado en el BOE de 1-12-2012, gobernando nuevamente el PP.

2. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR DIPUTADOS DE DIVERSOS GRUPOS DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS ¿CUÁLES FUERON LAS FUNDADAS RAZONES DE 146 DIPUTADOS PARA IR CONTRA EL R. D. LEY 28/2012, DE 30 DE NOVIEMBRE?

El recurso se interpuso por 146 Diputados de diversos Grupos Parlamentarios contra el art. 2.1 del R. D.-ley 28/2012, de 30 de noviembre, que dejó sin efecto, para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones para el caso de que el índice de precios al consumo (IPC) correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico en curso fuera superior al IPC previsto y en función del cual se calcula la revalorización de la pensión. Y se presentó el día 26 de febrero de 2013, siendo Diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierdo Unida, Iniciativa per Cataluña Verds-Esquerra Unida y Alternativa, Chunta Aragonesista, La Izquierda Plural, Partido Nacionalista Vasco, Convergencia i Unió y Unión Progreso y Democracia ,[5] siendo estos sus argumentos para recurrir la medida gubernamental:

2.1. ¿Qué sentido tienen en nuestra CE las referencias al Estado social y democrático de derecho y al Sistema Público de Seguridad Social para la cobertura de las situaciones de necesidad de los ciudadanos? Especial consideración hacia los jubilados. ¿Los invisibles jubilados? El art.1.1 CE vigorizador de los arts. 41 y 50 CE

Los recurrente recuerdan la existencia[6] en el marco constitucional del sistema de pensiones, recalcando, precisamente, que uno de los pilares básicos del Estado social y democrático de derecho, proclamado por el art. 1.1 CE, está constituido por nuestro sistema público de Seguridad Social, establecido para atender los estados de necesidad de los ciudadanos, tal como garantiza el art. 41 CE, especial y tradicionalmente a través de su acción protectora de las personas que han abandonado el mercado de trabajo a edad avanzada tras un largo período de actividad profesional, por medio del sistema de pensiones contributivas por jubilación.

2.2. Cabe preguntarse ¿qué supone establecer en la CE que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad? ¿Hasta donde llega su mandato? Claro mandato de adecuación y actualización de las pensiones

Efectivamente, el art. 50 CE contiene un mandato muy claro y preciso dirigido al Estado que dice: «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad». O sea, que existe el deber de los poderes públicos inalienable, el deber de garantía de

[5] Aunque solamente sea para ver los efectos nefastos de los sistemas electorales vigentes, en este caso los 146 diputados recurrentes contaban con más de 13 millones de votos, frente a los 10.830.693 del PP, autor de la recurrida y controvertida norma. Mera anécdota.

[6] Lo cual parece cada día más olvidado por nuestros magistrados constitucionales.

la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad y ello a través o mediante unas pensiones que han de ser adecuadas y que habrán de ser periódicamente actualizadas[7].

Recuerdan los recurrentes[8], que la previsión legal de actualización de las pensiones contributivas de Seguridad Social, que ha de practicarse a través del mecanismo de revalorización anual de las pensiones contemplado en el TRLGSS, no es el mero resultado de la soberana decisión del poder legislativo expresada a través del Congreso de los Diputados, sino que, más allá de ello, constituye un riguroso desarrollo del mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones para garantizar su suficiencia económica[9]. A su juicio, ni el legislador ostenta una libertad plena e ilimitada de suprimir el mecanismo de revalorización periódica de las pensiones del mencionado precepto constitucional, ni el modo en el que pudiera producirse alguna excepción puntual y justificada a dicha actualización puede obviar el conjunto de prescripciones constitucionales.

2.3. ¿Qué ordenan las reglas del retocado art. 48 del TRLGSS/1994?[10]

Señalan los diputados que el art. 48 deL TRLGSS/1994 contempla diversas reglas complementarias de materialización de la voluntad legislativa de revalorización periódica de las pensiones contributivas que son:

1ª) A principios de cada año presupuestario se debe efectuar un incremento de las pensiones contributivas, cuya cuantía vendrá ponderada y vinculada a la previsión de incremento de la inflación que se prevea por el poder público [11] se va a producir a lo largo de dicho ejercicio presupuestario[12].

2ª) Una vez concluido dicho ejercicio presupuestario, si al final de noviembre (en este caso de noviembre de 2012, en cuyo último día se aprobó este Real Decreto-Ley), y por comparación con el final de noviembre del año precedente (noviembre de 2011), la inflación efectivamente producida (que fue del 2,9%) resulta superior a la previsión de la misma contemplada inicialmente (del 1%) para dar cumplimiento a la regla precedente, se reconoce

[7] O sea puestas al día para que sigan permitiendo a los que se hallan en la tercera edad la suficiencia económica, una vida digna cuando ya han salido o los han sacado de la vida activa.
[8] Que forman parte del cuerpo de legisladores, aunque sean una gran minoría del Congreso (146 diputados).
[9] No es que puedan hacer lo que quieren o quieran (no existe libre discrecionalidad del legislados), sino que se les ordena claramente por nuestra Constitución, nuestra ley de leyes, lo que deben hacer, lo que supone que habrá que marcar prioridades.
[10] El Gobierno, cuando revaloriza las pensiones cada año lo que hace es una previsión, que puede resultar al alza o a la baja. Por ello, queda claro que es algo provisional, es válida la revalorización hasta que concluya el año y se reajusten las pensiones a lo que ha sido efectivamente el incremento de la inflación en dicho año, y entonces puede proceder la actualización si se dan los presupuestos de la norma..
[11] Obviamente no es el simple poder público el que lo prevé, como tampoco prevé el tiempo que va a hacer, sino los técnicos económicos y estadísticos, los que a la vista de la previsible evolución de la economía del año que va a empezar formulan una estimación macroeconómica de cual puede ser la evolución del IPC para ese año, normalmente a la baja, por ello al concluir el año han de ver cual ha sido la evolución real del IPC para ser tenida en cuenta en la actualización y en la próxima revalorización y que las pensiones no sigan perdiendo capacidad adquisitiva, lo cual no es bueno ni para ellos ni para la economía del país.
[12]Anticipo generalmente a la baja, por lo que al término de dicho año de pensión procede actualizarlas, o sea ponerlas al día, pues es muy posible que durante ese año de 2012 se haya producido una pérdida del poder adquisitivo de las pensiones a causa de la subida de los precios que se toman en consideración a efectos de calcular el IPC anual.

el derecho de los perceptores de pensiones contributivas, que solo experimentaron el incremento precedente del 1 % (digamos a cuenta de), a recibir un abono de pago único a lo largo del primer trimestre del año sucesivo, cuya cuantía consistirá, precisamente, en la diferencia (1,9%) entre la inflación prevista y la efectivamente producida.

Tres cuartos de lo mismo es aplicación a la revalorización de las pensiones del sistema de clases pasivas.

2.4. El INE constató que el IPC entre el 30 de noviembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012 se había elevado hasta el 2,9 por 100. Diferencial del 1,9 % que debería pagarse

La materialización de lo previsto en el art. 48 TRLGSS/1994 debería haber conducido al cumplimiento de las reglas citadas a través de la LPGE para 2013, por mediación de la previsión de un pago único a lo largo del primer trimestre de dicho ejercicio por valor equivalente a la diferencia entre la inflación prevista y la inflación efectiva, es decir, por valor equivalente a un 1,9 por 100. Dicha previsión debería haberse concretado justamente en la LPGE para 2013, es decir, en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, para 2013, lo cual no se hizo.

2.5. ¿Incumplimiento gubernamental in extremis, vía, una vez más, mediante otro Real Decreto Ley de urgencia?[13]

Sin embargo, añaden, ni lo uno ni lo otro se ha materializado a través de esta última, pues el Gobierno de España resolvió el último día del mes de noviembre no dar cumplimiento a la actualización de las pensiones contributivas para el ejercicio presupuestario de 2013. Y dicha decisión política se plasmó a través de la aprobación del R.D.-ley 28/2012, de 30 de noviembre[14].

2.6. ¿Es admisible la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales? ¿Cabe la proyección hacia el pasado de normas restrictivas de derecho?

Los diputados recurrentes[15] consideraron que la suspensión/in extremis [16] de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 es contraria a la

[13] Nuevamente con el abuso de los Reales decreto-leyes en esta dura y privatizadora legislatura. ¿Para qué acudir al Parlamento si se tiene mayoría absoluta y todo se convalida sin tener que pactar con nadie?

[14] Precisamente el mismo día en que finalizaba el mes de comparación, que era de noviembre de 2011 a noviembre de 2012. Y no es que se traslade a otro momento, y se deje en suspenso para recuperarlo en otro momento como las pagas extraordinarias de los servidores públicos, es que se deja de cumplir (se deja sin efectos) el mandato legal del art. 48 TRLGSS/1994 y concordante de Clases Pasivas cuando han vencido los 365 día que había que comparar para ver el nivel diferencial entre lo previsto para 2012 y lo acontecido realmente durante 2012, que supone un diferencial de 1,9 puntos a favor de los pensionistas que acaban no recibiendo nada, después de haberlo soportado en 2012.

[15] Que, dada la composición de la Cámara, de mayoría absoluta del PP, partido gobernante, nada pudieron hacer para evitar esta norma restrictiva de derechos consolidados y aún no satisfechos, pues se siguió el mecanismo de urgencia.

[16] A nuestro juicio no estamos ante una mera suspensión, sino ante una inaplicación sin retorno, pues no se pospone para mejor ocasión.

prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales garantizada constitucionalmente (art. 9.3 CE), en relación con el mandato de la CE de actualización periódica de las pensiones a los efectos de asegurar su suficiencia económica (art. 50 CE).

2.7. ¿Qué fue de la seguridad jurídica? ¿Estamos ante una expropiación forzosa sin posible defensa de los afectados?

Afirman los diputados que la prohibición de retroactividad constitucionalmente tutelada (art. 9.3 CE) pretende otorgar plena seguridad jurídica al ciudadano de que los derechos subjetivos plenamente adquiridos en el pasado y que son exigibles frente a terceros en todo caso, no pueden ser expropiados de su patrimonio jurídico a resultas de una posterior decisión política del poder legislativo a consecuencia de un determinado cambio normativo[17].

2.8. ¿Qué retroactividad se permite y cual no? ¿Cómo se protege la confianza legítima?

Señalan los recurrentes que lo que la CE prohíbe es la retroactividad de las normas, es decir, la proyección de sus efectos hacia el pasado, aceptando que la CE no impide la eficacia inmediata de la norma hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la misma. Lo que se prohíbe es la retroactividad auténtica, pero no así la denominada retroactividad impropia, que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima. Se entiende que el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 establece una retroactividad auténtica, una retroactividad de grado máximo a todos los efectos. Como expresamente se contempla en el mencionado precepto, lo que se deja de atender definitivamente es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas[18], las correspondientes al año 2012.[19]

Tiene la norma recurrida claros y nefastos efectos hacia el pasado, por cuanto que lo que contemplan el art. 48 TRLGSS/1994 y el art. 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas es un derecho a una actualización de la pensión del ejercicio presupuestario 2012, es decir, respecto de cantidades que ya deberían haberse percibido. Retroactividad de grado mínimo sería proceder a no dar cumplimiento al incremento futuro de las pensiones contemplado en el art. 48.1.1 TRLGSS, que depende de lo que haga cada año la correspondiente LPGE, pero

[17] En este caso in extremis, cuando era llegada la hora de cumplir con el mandato constitucional y el legal. Y no es que retrasen el cumplimiento de la obligación, es que la desechan, sabiendo ellos solos que se avecina después un cambio normativo radical a la baja, posiblemente buscando que los futuros pensionistas encuentren en las entidades privadas lo que ya no les va a poder reconocer y pagar las entidades gestoras públicas de la Seguridad Social (¿a esto se le llama privatización encubierta progresiva e irreversible?).

[18] Percibidas solamente en parte, con ese anticipo del 1% sobre el total del IPC que había de tomarse en consideración y que alcanzaría el 2,9 %. Lo que se le sustrae al pensionista con esa previsión legal son cantidades que le corresponden por un período pasado, el ejercicio 2012, y no futuro, 2013.

[19] A nuestro entender, se olvida el ejecutivo/legislador que la pensión de 2012 se va cobrando mes a mes, con un 1 % a cuenta del total de inflación que llegue a tener el año 2012 y con una cantidad pendiente de valorar al finalizar noviembre de 2012 y con esa seguridad viven los pensionistas, aparte de que durante ese año ya han sufrido las embestidas de la inflación que esperan resolver al acabar el año pensionístico (valga la expresión) de 2012.

no la regla segunda que figura en el art. 48.1.2.La primera lo es hacia el futuro; la segunda lo es hacia el pasado y, por ende, su incumplimiento en el instante en el que se adopta la decisión contiene una evidente manifestación de retroactividad auténtica o de grado máximo.

2.9. No cualquier tipo de retroactividad se encuentra prohibida constitucionalmente, sino tan solo aquella que tienen el carácter de «restrictivas de derechos individuales» (art. 9.3 CE). No es un mero interés, sino un estricto derecho subjetivo

No les cabe la menor duda a los recurrentes que la medida adoptada presenta un carácter «restrictivo». La norma elimina para 2012 un derecho previamente reconocido por el ordenamiento jurídico. Y la restricción afecta a un derecho individual. Ni se trata de la restricción de un derecho genérico, pues es claramente individual, ni se trata de la tutela de un mero interés jurídico, sino de un estricto derecho subjetivo constitucionalmente tutelado. No estamos ante un mero interés legítimo a la percepción del incremento, sino ante un estricto derecho subjetivo, que no es cualquier derecho legal, sino un derecho reconocido constitucionalmente, cual es el correspondiente al de la percepción de una pensión periódicamente actualizada (art. 50 CE).

2.10. Derechos constitucionalizados: conjunto de los derechos individuales

Advierten que la CE, cuando ha establecido el ámbito objetivo de los derechos amparados por la garantía de la irretroactividad constitucional, no lo ha restringido exclusivamente al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas entre los arts. 14 y 29 CE, sino que ha tenido un designio mucho más amplio y, por ello, lo ha referido al conjunto de los derechos individuales. Así, señalan, que tras un titubeo inicial que los circunscribía a los derechos fundamentales (STC 27/1981, de 20 de julio), el TC asienta el criterio de que esos derechos individuales abarcan otros derechos adicionales a los fundamentales. Esa categoría de los derechos individuales cuando menos incluye siempre a los derechos constitucionalizados, entre los cuales desde luego se encuentra el correspondiente a la actualización de las pensiones como elementos instrumental imprescindible para hacer efectivo el correlativo derecho constitucional a la suficiencia económica de las pensiones pública del sistema de Seguridad Social.

2.11. No estamos ante una mera expectativa de derechos, sino ante un derecho plenamente consolidado. El legislador puede eliminarlo o modificarlo hacia el futuro, pero no expropiar lo que ya está vencido. Debe cumplir con la CE

A juicio de los recurrentes, el Derecho ya está en el patrimonio individual de cada uno de los pensionistas[20], pendiente solamente de su cuantificación y pago. La postergación en los pagos por la diferencia del 1,9 que falta es algo legal, pero obligatorio su pago por parte de los poderes públicos que en ese momento están al frente del país y tienen los resortes económicos presupuestarios[21].

[20] No en su cuenta bancaria.

[21] El dinero ya no pertenece al Estado, es un crédito de los pensionistas y la correlativa deuda, mes a mes, contra el Estado que se satisfará a través de la TGSS mediante el pago único de diferencias antes del 1 de abril.

2.12. En relación con el art. 9.3 CE: reclamación justa de deudas del pasado, no del futuro

Señalan los diputados que la jurisprudencia constitucional viene a exigir también que la retroactividad prohibida no incida sobre una mera expectativa de derecho, sino que afecte en todos sus términos a un derecho plenamente adquirido y, por tanto, perfectamente incorporado al patrimonio jurídico de la persona perjudicada por la restricción de derechos contemplada en la norma reformadora[22].

Así, señalan que la pensión se percibe periódicamente y, específicamente, se va incorporando al patrimonio jurídico de su titular cada mes, en términos tales que tanto el abono de las pagas extraordinarias como el pago único para actualización conforme a la inflación efectiva constituye una mera postergación en el pago de un derecho que se adquiere plenamente mes a mes.

2.13. El incremento del pago único viene referenciado a cada uno de los meses en los que el pensionista ha venido percibiendo la misma a lo largo de todo el año 2012, pues el 1% era un "a cuenta" del IPC final

Por lo tanto, el hecho causante de la norma se produce día a día, conforme transcurre el año de referencia y el pensionista sigue reuniendo los elementos configuradores del hecho causante. Puede afirmarse que con el pago único lo que se hace es abonar una parte de meses vencidos que se ha ido retrasando en el pago hasta la constatación matemática de cuál ha sido el incremento del índice de precios al consumo de noviembre de 2011 a noviembre de 2012, de modo que esas cantidades se adeudan por períodos de tiempo ya transcurridos, es decir, por deudas de pasado, que no de futuro.

2.14. Una suerte de tercera paga extraordinaria[23]

Consideran los 146 diputados que el pago único a lo largo del primer trimestre del ejercicio económico siguiente se identifica legalmente en cuanto a su configuración jurídica a todos los efectos al de una tercera paga extraordinaria cuyo derecho se va consolidando a lo largo de todo el año, con independencia de que materialmente se haya de abonar ya entrado el año siguiente.

[22] La clave se encuentra en que se trate de derechos que ya están en el patrimonio individual, es decir, que se trate de derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, afirmándose que en este concreto caso puede demostrarse y constatarse que nos encontramos ante derechos subjetivos incorporados ya al patrimonio jurídico del pensionista, plenamente consagrados y agotados.

[23] No, precisamente, por beneficios, sino por los perjuicios sufridos al haber calculado a la baja el IPC del año 2012. Los pensionistas son conscientes de que lo que van recibiendo durante 2012 es a cuenta del final de 2012, como cuando se está negociando un convenio colectivo, pero con la seguridad (aquí conculcada) de que al acabar el año se les pagará las diferencias, si las hubiere como en este caso del 1,9 % de inflación real sobre la prevista.

2.15. No cabe confundir el momento de consolidación del derecho en el patrimonio del pensionista con el momento formal de surgimiento del devengo de dicha cantidad por parte de la Seguridad social. Valor instrumental de la LPGE para saldar la deuda generada de noviembre a noviembre

La norma se remite expresamente a la LGP, sin embargo tal remisión lo es a los meros efectos de materialización contable de una obligación ya plenamente asumida por el sistema de Seguridad Social. La remisión a la LPGE del año siguiente tiene su única explicación en la circunstancia de que contablemente el abono del pago único se ha de efectuar en el primer trimestre del ejercicio presupuestario siguiente, pero lo relevante es que se ha de efectuar para dar cumplimiento a una deuda pendiente de pago, correspondiente al ejercicio precedente, con la única particularidad de que se devenga al siguiente. Se trata, así, a su juicio, de un ejemplo más de múltiples situaciones en las que la Administración pública tiene comprometido por anticipado el pago de determinadas deudas, que han surgido en el pasado, pero que se van a abonar materialmente en el siguiente año presupuestario.

2.16. Partes proporcionales de la paga

Indican que otra prueba de que se trata de derechos que se van consolidando periódicamente con el paso del tiempo, a semejanza de lo que sucede con el abono de las pagas extraordinarias, es que en el caso concreto de pensionistas que han fallecido a lo largo del correspondiente ejercicio presupuestario, los mismos han ido consolidando la parte del pago único correspondiente al período de tiempo transcurrido entre el 1 de enero del correspondiente año y la fecha en la que se produjo el fallecimiento. Prueba de ello es que la Seguridad Social cuando ha procedido en el pasado al abono de este pago de actualización de la pensión, también lo ha realizado a favor de los herederos de los fallecidos en el año precedente y lo ha hecho justamente en relación a la parte proporcional del año transcurrido hasta el momento preciso del fallecimiento.

2.17. ¿Norma expropiatoria: vulneración del art. 33.3 CE expropiación de derechos económicos de los pensionistas?

Los recurrentes afirman que el precepto es también inconstitucional por vulneración del art. 33.3 CE. Señalan que la norma resulta ser, objetivamente ya que no en su dicción literal, una norma de contenido expropiatorio y que lo es sin respetar la exigencia contenida en el art. 33.3 CE de que tal efecto expropiatorio sea compensado por «la correspondiente indemnización», lo que implica una expropiación inconstitucional, pues viola al menos uno de los requisitos que para proceder a las mismas impone el art. 33.3 CE.

3. LA OPOSICION AL RECURSO DEL ABOGADO DEL ESTADO

El Abogado del Estado interesó la desestimación del recurso por estos razonamientos:

3.1. Todo depende de lo que disponga y quiera el legislador de turno, no de la CE

Según el Abogado nuestro Sistema de Seguridad Social previsto en el art. 41 CE está caracterizado constitucionalmente por consistir en una garantía institucional que deja al legislador su configuración en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél[24].

3.2. ¿De qué depende la actualización de las pensiones? ¿Estamos ante meras expectativas de derecho sometido y condicionado a lo que diga la LPGE para cada año?

La actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso, no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, muy al contrario, constituye, a su juicio, una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la LGPE del año siguiente, si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente.

3.3. ¿Qué establece el art. 48.1.2 del TRLGSS/1994 y precepto concordante de Clases Pasivas? Actualización no automática

El art. 48.1.2 TRLGSS no establece una actualización automática de las pensiones, sino que lo somete al presupuesto, que exista una diferencia entre el IPC previsto en la actualización del año correspondiente recogida en la LGPE de dicho año y el IPC acumulado a un mes concreto, noviembre del ejercicio en curso. Si se cumple ese presupuesto podrán actualizarse las pensiones «de acuerdo con lo que establezca la respectiva LPGE, esto es, la actualización no es automática sino que, sólo podrá realizarse en los términos que fije la Ley de presupuestos generales; se condiciona la existencia del derecho a que tal derecho se regule en la Ley de presupuestos generales, de manera que la existencia de un diferencial en el IPC previsto y el acumulado a noviembre del año en curso, es un presupuesto necesario para que nazca la expectativa de derecho, y la existencia de esta expectativa es el presupuesto para que, en los términos que fije la LPGE se actualicen las pensiones, en su caso. No por el mero hecho de la existencia de diferencial en el IPC se actualiza la pensión, sino que habrá que estar a la regulación propia de la LPGE. Y ello no podría ser de otra manera ya que será la Ley de presupuestos de cada ejercicio quien fijará los «gastos» a cargo del Estado, que integran el contenido mínimo esencial de la propia ley.

3.4. ¿Qué papel juega, pues, la diferencial entre el IPC de un año y el del siguiente año?

La existencia de un diferencial entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del año en curso, sólo es el presupuesto necesario para que la LPGE pueda fijar una actualización, pero no determina el nacimiento de dicha actualización como derecho consolidado, sólo será y en la forma que fije la LPGE cuando se determine y en qué se concreta esa expectativa de actualización, como ha ocurrido cuando tal actualización se ha llevado a cabo en el pasado.

[24] Tesis que vacía o elimina los contenidos esenciales de cada uno de los derechos constitucionales.

3.5. ¿Hasta donde llegan los poderes del legislador en materia de revalorización o actualización anual de las pensiones?

Según el Abogado, la CE ha regulado el sistema de Seguridad Social, donde se deja al legislador un amplísimo margen para definir las características del sistema en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento y con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema. En este marco, señala, no cobra sentido interpretar una norma legal desde el punto de vista constitucional como autolimitadora de la capacidad que la propia Constitución ha dado al legislador para adaptar el sistema a las circunstancias económicas y sociales con el objeto de asegurar la suficiencia y solvencia del Sistema que es el fin último de la norma y cuya apreciación corresponde al legislador.

3.6. La reforma gubernamental responde a imperiosas circunstancias de índole económica debidas a la crisis[25]

Dice el Abogado la medida adoptada obedece a imperiosas circunstancias de índole económica que afectan a la subsistencia y sostenibilidad del sistema.

3.7. No se tiene derecho a la actualización, solo una mera expectativa de derechos. No hay aquí derechos adquiridos

A juicio del Abogado, el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 no afecta a derechos ya adquiridos por los particulares, al no haberse integrado en su patrimonio el derecho a la actualización de las pensiones que no se aplica, en el momento de la entrada en vigor de la norma que las acuerda. Si no existen derechos adquiridos afectados por la norma, sino una posible expectativa, no puede considerarse producido el supuesto contemplado en el art. 33.3 CE.

4. ¿COMO JUSTIFICA ESTA CONTROVERTIDA REFORMA EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?[26]

Del planteamiento del Pleno del Tribunal Constitucional favorable a la reforma cabe destacar los siguientes extremos.

1. Que, ciertamente, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, estableció la revalorización automática de las pensiones en función del IPC previsto para ese año. Ahora bien, como la revalorización de las pensiones se realizaba en función de una estimación de la variación de precios al comienzo de cada año del IPC y podía resultar que esa estimación no fuera exacta, bien por ser inferior o superior a la variación real, eL TRLGSS en su art. 48.1.2, y el TR de la Ley de clases pasivas del Estado, art. 27.1 párrafo segundo, previeron reglas específicas para estos casos. Así «si el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al IPC previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se

[25] La crisis económica golpea de nuevo a los más débiles e indefensos. Una vez más que los paganos sean los pobres que no han causado la crisis financiera de los especuladores.
[26] Como no fue una Sentencia por unanimidad, queda para el final el muy enjundioso Voto Particular.

procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva LPGE[27].

2. Que a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonaría la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior»[28].

3. Que el R.D.-ley 8/2010, de 20 de mayo procedió a suspender[29], para 2011, la aplicación de lo previsto en el art. 48.1.1 del TRLGSS y en el art. 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado, es decir, la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, con excepción de las mínimas de dicho sistema y de las pensiones no concurrentes del extinguido SOVI.

4. Que para el año 2012 las pensiones se revalorizaron inicialmente en un 1 por 100 (art. 5 R.D.-ley 20/2011, de 30 de diciembre), sin embargo, al término de ese año no se abonó la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, o sea no se actualizaron las pensiones, ya que el recurrido R. D.-ley 28/2012, de 30 de noviembre, dejó sin efecto la actualización de las pensiones para 2012.

5. Que la medida se entronca con los efectos de la gran crisis económico-financiera de los bancos,[30]señalando que…"El elevado déficit del sistema de la Seguridad Social durante el ejercicio 2012 y la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público, son las razones que, según la exposición de motivos del R.D.-ley 28/2012, obligaron con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012 y a suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013 en los términos previstos en el art. 48 LGSS y en el artículo 27 de la Ley de clases pasivas del Estado"[31].

6. Que aceptar el principio de irretroactividad supondría la petrificación del ordenamiento y por ello se recuerda la doctrina del TC acerca del principio de

[27] O sea revalorización inicial y previsión dispuesta legalmente de actualización por las diferencias entre el IPC de un año y el del año siguiente, si las hubiere.

[28] Obsérvese, y esto es oportuno a efectos interpretativos del precepto controvertido, que el legislador utiliza el término revalorización para hacer referencia al incremento de la cuantía de las pensiones al comienzo de cada año y el término actualización para hacer referencia a la cantidad que debe abonarse a los pensionistas en caso de que el IPC real sea superior al IPC previsto.

[29] No a dejar sin efectos, como ocurriría en 2012. Dicha suspensión no quedó prevista para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social.

[30] Una medida urgente contra los más desprotegidos de la sociedad, los pensionistas, al acabar el año durante el cual han sufrido un incremento del IPC de casi otros dos puntos porcentuales (1,9). En suma: para el año 2012 las pensiones se revalorizaron (una suerte de anticipo a cuenta a la baja) un 1 por 100, pero el IPC acumulado de noviembre de 2011 a noviembre de 2012 resultó ser un 2,9 por 100. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado debería haberse procedido, en principio, a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que debería haber establecido la LPGE para 2013. Sin embargo, el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, cortó de raíz el asunto y dejó sin efecto la actualización de las pensiones conforme al IPC real en dicho ejercicio, lo que, a juicio de los recurrentes, es inconstitucional por vulneración, entre otros, de los arts. 9.3 y 33 CE.

[31] No hubiera estado de más, si es que existiera memoria económica de la reforma in peius, que se nos indicara exactamente lo que supuso con alcance general el ahorro gubernamental y lo que por término medio dejaron de ingresar los pensionistas.

irretroactividad contemplado en el art. 9.3 CE., que solo incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas»[32], argumentando:

a) Que es doctrina reiterada del TC la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE «no es un principio general, sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, lo que resulta inadmisible.

b) Que el art. 9.3 CE prohíbe «la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». La irretroactividad sólo es aplicable a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas».

c) Reiterad el Abogado del Estado la actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la LGPE del año siguiente, si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente[33].

7. Que la interpretación que el TC ha dado a los artículos 50 y 41 de la CE es la siguiente:

a) «Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho».

b) El art. 50 CE tiende «a erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las

[32] Frente a la idea fuerza del Pleno del TC de que no es aplicable el principio de irretroactividad del art. 9.3 CE, cabe decir por nuestra parte que no se trata de petrificar el ordenamiento, sino, como dicen los diputados recurrentes, de actualizar (poner al día según el mandato constitucional y legal) las pensiones, según exige la CE y la normativa de Seguridad Social y de Clases Pasivas, en aras a lograr alcanzar y mantener dinámicamente unas pensiones dignas y actualizadas.

[33] Evidentemente se trata de un argumento que da la impresión que no se desea aceptar la realidad, puesto que la solución ya la tienen preconstituida. Aparte de que se da la condición exigida de la existencia de un diferencial de 1,9 de más de IPC que hay que saldar. Luego si se da la diferencial la LPGE debe actuar y remediar tal diferencial entre el IPC previsto para 2012 y el diferencial real habido.

circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento.

c) El art. 50 CE no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La «garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones»[34]

d) La limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, «en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable»[35].

El art. 48.1 TRLGSS y el art. 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado contenían dos mandatos diferentes:

1º) Por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año en función del correspondiente IPC previsto para dicho año (art. 48.1.1 TRLGSS y 27.1 párrafo primero de la Ley de clases pasivas del Estado). Para el año 2012 esa revalorización fue del 1%.

2º) Por otro lado, la actualización de dicha revalorización, de manera que, en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior (2011) y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización (2012) fuese superior al índice previsto, «se procedería a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la LPGE » (arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 de la Ley de clases pasivas).

El art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 dejó sin efecto esta regla para el año 2012, lo que a juicio de los recurrentes vulnera el art. 9.3 CE[36]**.**

8. Que a juicio del TC los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la LPGE[37]. La LGPE es un instrumento a través del cual se consigna la previsión de ingresos y

[34] Aquí el TC entra en una materia en la que nadie ha entrado y que en modo alguno se ha planteado.

[35] Nadie ha planteado aquí nada al respecto, aparte de que ninguna pensión española es alta comparativamente hablando en el entorno europeo e incluso a nivel nacional comparándolas con las de los agentes financieros y bancarios (aunque se con sus inmensos fondos de pensiones) y no se ha tenido en cuenta el de millones de afectados de bajísimas pensiones para sobrevivir. Esta solución gubernamental era solo un buen bocado cara a Bruselas a costa no de la Banca, sino de los pensionistas que estaban esperando que se les actualizara lo que había quedado desactualizado en un 1,9 durante 2012. No es demagogia recordar los fondos de pensiones para los banqueros y otras prebendas multimillonarias, así como sus continuos incrementos de beneficios y demás tarjetas bancarias y gastos suntuosos de alcaldesas y demás.

[36] Llama la atención la cantidad de veces que se repite el texto controvertido y la escasa contundencia de sus razonamientos desestimatorios del recurso.

[37] O sea cabe preguntarse ¿se quiere decir que todo queda en manos de lo que quiera la LGP para 2013, o sea que existe un remisión en bloque para que si existe variación del IPC real sobre el previsto pueda acudir a actualizar las

(...)

habilitación de gastos para un determinado ejercicio con la finalidad de hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de otras leyes. Pero para que esto sea así no es necesario que dichas leyes contengan una remisión expresa a la LPGE. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos[38].

9. Considera el TC que la expresión «de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado» supone reconocer al legislador un margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales[39].

10. Sobre la base de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada[40] por la LPGE en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la LGPE para que decida cuál es el alcance de la actualización.

11. El eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la LPGE el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio

---

pensiones si lo estima oportuno y sin criterio alguno y en la cuantía que quiera? Entonces para que precisamos de los arts. 48.1.2 del TRLGSS y 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado ¿no están de más?

[38] Tal vez sea porque es necesario constatar las variaciones habidas de un año al otro y así establecer los porcentajes de la subida, entre otras cosas para así cumplir el Estado con los pensionistas, pero no dejándolo a su libérrima voluntad, sino obligatoriamente si se dan los presupuestos de hecho de la norma. A la LPGE para 2013 solamente le cabía aplicar las consecuencias previstas ex ante si se daba el presupuesto de hecho. Nada más ni nada menos.

[39] A nuestro juicio, estamos ante un deber legal y constitucional que hay que cumplirlo anualmente a través de la LPGE, pues estamos ante un derecho perfecto, consolidado, solamente pendiente de que se hagan las anotaciones contables correspondientes en la LPGE para su pago en el mes de abril.

No obstante, una y otra vez, como carente de argumentos y apegados a una mala y deficiente interpretación literal de la norma, se vuelve a decir machaconamente que la remisión que la LGSS y la Ley de clases pasivas del Estado hacen a la LPGE no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social.

Realmente este último argumento nos recuerda las pensiones asistenciales más rancias, cuando prácticamente desde el poder público se ejercía la beneficencia sobre seres humanos que carecían de derechos y se hacía según los escasos medios sobrantes del poder central o local. Aquí se está tratando de prestaciones contributivas especialmente, que son fruto de muchos años de trabajo y de cotización y de colaboración en el mantenimiento del sistema social, habiendo cumplido el pensionista o su causahabiente durante muchos años, día a día, mes a mes, año a año, con las exigencias impuestas por el legislador para obtener con seguridad el derecho a una pensión, no sometida a las veleidades de la fortuna ni a los caprichos de los políticos de turno; no quedando en manos de las decisiones de oportunidad. En el orden de prioridades el gobernante no puede dejar de cumplir con los mandatos constitucionales a favor de otras políticas, por ej. armamentísticas.

[40] Sería conveniente vieran los escribidores de esta STC en el Diccionario de la RALE qué significa la palabra modular.

económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio[41]. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la LGPE. Por ello, cuando se dictó el R.D.-ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la LPGE en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido[42] con anterioridad a su consolidación.[43]

12. En consecuencia, dado que cuando se aprobó el R.D.-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hay que rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE.

13. Sobre el tema de la expropiación (art. 33.3 CE), cabe recordar que este precepto dispone que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública, o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes». Como señala la STC 108/1986, «no define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de 'bienes y derechos', pero dado que el precepto se remite a 'lo dispuesto por las Leyes', parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación». Pues bien, de acuerdo con esa legislación, falta en el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 un elemento indispensable para que pueda calificarse la no actualización de las pensiones de medida expropiatoria, cual es que «sólo son expropiables y, por tanto indemnizables, la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. La doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros» (FJ 20). En consecuencia, la norma impugnada resulta acorde con el art. 33.3 CE en la medida en que su aplicación no ha supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, solamente se ha privado a los pensionistas de una expectativa.

Por todo lo anterior se desestima el recurso de inconstitucionalidad, con el siguiente voto particular.

5. EL VOTO PARTICULAR[44]

Los magistrados discrepantes estiman que la STC debió declarar inconstitucional y nulo el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012, en conexión con los arts. 10.1, 41 y 50 de la CE.,

[41] Olvidan que las pensiones se pagan por meses y se van devengando mes a mes hasta vencer el año.
[42] Lo que dice la norma controvertida es que queda sin efectos, no que se suspenda.
[43] O sea que solo se consolidaba al vencer el mes de noviembre y fue abortado por el gobierno de modo exabrúptico (valga la licencia) al término de dicho mes.
[44] Los formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Luis Ignacio Ortega Alvarez al que se adhieren la magistrada doña Adela Asua Batarrita y el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos

significando, que el efecto más perceptible de la sistemática elegida reside en la escasa importancia que parece querer transmitirse sobre el fondo del asunto, de suerte tal que el razonamiento del Pleno que conduce a descartar la irretroactividad del precepto impugnado puede desplegar unos efectos devastadores en lo que concierne a la identificación del momento de maduración y reconocimiento de derechos y obligaciones por los poderes públicos.

5.1. ¿En base a que se desestimó el Recurso?

La desestimación se apoyó fundamentalmente en la negación del carácter retroactivo del art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012, diciendo que no estamos ante derechos adquiridos o consolidados, sino ante meras expectativas.

5.2. ¿Cuál es el valor, contenido y alcance de los textos constitucionales declarativos de derechos?

Señalan los magistrados discrepantes que el reconocimiento de determinados derechos por la CE no es una mera declaración vacía de contenido, sino que está en plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1), sin que sea suficiente el aseguramiento formal de esos derechos, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento.

5.3. ¿Irreversibilidad de los derechos sociales? El sentido de las distintas opciones políticas en el desarrollo constitucional

Aceptan y entienden que el pluralismo político implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales, atendiendo a las diversas prioridades políticas, siendo, por otra parte, evidente que las decisiones precedentes nunca pueden vincular de forma absoluta a las futuras. Ahora bien, el debate acerca de la alterabilidad o inalterabilidad del *statu quo* alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales es sensiblemente más complejo.

5.4. ¿Pero cabe cualquier medida en cualquier tiempo y bajo cualquier gobierno? La reserva de lo posible en el orden social

El legislador podría adoptar medidas consideradas regresivas respecto a la situación anterior, pues los derechos sociales, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que podemos calificar de reserva de lo posible. Pero semejante conclusión no consiente la adopción de cualquier medida y de cualquier modo.

Señalada la inviabilidad de la irreversibilidad absoluta, no es aceptable, sin más, su opuesto, la reversibilidad incondicionada o, lo que es lo mismo, el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto; lo que es perfectamente admisible es que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por un principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales.

El legislador es el máximo responsable de que los principios rectores constitucionales desplieguen toda su eficacia jurídica; esto es, la CE configura derechos sociales jurídicamente exigibles, pues no de otra forma puede entenderse el art. 53.3 CE, que

expresamente ha querido remitir la decisión sobre la concreción en derechos de los principios socioeconómicos constitucionales al plano de la legislación ordinaria. Ni que decir tiene que entre ellos se encuentra los arts. 41 y 50 CE, que obligan a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de numerosos colectivos de ciudadanos, la mayor parte de ellos socialmente vulnerables y en estado de necesidad.

5.5. ¿De qué estamos hablando cuando hablamos de remediar situaciones de necesidad? Medios para erradicarla

El TC tiene declarado que las previsiones constitucionales en la materia suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, de suerte que el legislador no hace, pues, sino apreciar esas necesidades, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades de medios y las necesidades de los diversos grupos sociales.

5.6. El reconocimiento del derecho a la actualización de las pensiones deriva de la Ley 24/1997 ¿Cómo se justifica el retroceso practicado; qué razones de fondo se han dado? ¿Bastan las razones de la crisis; no había más alternativa menos dolorosa? ¿Cómo se justifica tan duro cambio?

La reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso, lo que, en el caso, hubiera exigido analizar la fundamentación de la decisión adoptada por el legislador de urgencia, pues es ineludible una justificación del cambio introducido.

5.7. La nueva regulación in peius contra derechos consolidados comporta un atentado contra la confianza y la seguridad jurídica debidas

Parece inadmisible una regulación que, al afectar desfavorablemente a relaciones jurídicas ya consolidadas, nacidas de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica aplicable a la actualización de las pensiones, no venga acompañada de una justificación de su carácter ineludible, ya que, en caso contrario, puede suponer su inconstitucionalidad derivada del incumplimiento de concretos mandatos constitucionales, que ya habían sido concretados efectivamente por el legislador[45].

5.8. ¿Qué es pensión adecuada con alcance general o universal? ¿Cómo se justifican los cambios y retrocesos radicales? ¿Qué justifica la vuelta atrás?

Como afirma la STC 134/1987, el concepto de pensión adecuada del art. 50 CE no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las

[45] En otras palabras, el legislador regula de una determinada forma lo que le manda la CE y cuando le viene en ganas lo suspende o elimina a favor de otros derechos económicos menores, sin otros razonamientos que los lugares comunes de la época de crisis y sin contraste de opiniones con quienes representan a tantos o más que los representados por el PP, abusando así de su mayoría absoluta de escaños.

circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales.

No puede resultar indiferente al TC que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en la CE detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento determinado quiere ser suprimido. Dado que las circunstancias pueden variar, podrá cambiar también la regulación, pero no de cualquier modo, sino con total justificación, valorando los criterios de preferencia en la imposición de la restricción.

5.9. El tema de la retroacción de las disposiciones. Alcance. La dignidad de los pensionistas

En el precepto impugnado concurren, y de manera ejemplar, los dos elementos que, de conformidad con esta consolidada jurisprudencia en la materia, identifican el objeto de la prohibición de retroacción. En primer lugar, la regla jurídica establecida en ese precepto legal, consistente en dejar sin efecto la actualización de pensiones durante el año 2012 prevista en los arts. 48.1.2 del TRLGSS y 27.1, del TR de la Ley de clases pasivas del Estado, constituye una medida limitativa de un derecho individual del que eran titulares todas las personas que, a fecha 31 de diciembre de 2011, tenían causadas bien pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social bien pensiones cubiertas por el régimen de clases pasivas del Estado.

La supresión de la actualización de las pensiones en el ejercicio económico del 2012 afecta de lleno y de manera directa a la esfera general de protección de la persona. En el capítulo de los derechos sociales promovidos y gestionados por los poderes públicos con vistas a la efectiva y real implantación de un Estado social (art. 1.1 CE), las prestaciones sociales destinadas a «la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad» (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17) y ocasionadas en un buen número por la pérdida de las rentas de trabajo ocupan un lugar de primer orden; hasta tal punto, que tales prestaciones pueden calificarse con toda propiedad como expresión del deber de los poderes públicos de fomentar cuantas medidas contribuyan a garantizar la dignidad que corresponde a todas las personas por su condición de seres humanos (art. 10.1 CE). La dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, *un mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

5.10. Perjuicio económico visible causado a los pensionistas, pues dejan de cobrar ese 1,9% anual de la diferencial del IPC. Quebrantamiento del principio de neutralidad de los procesos inflacionistas sobre las pensiones causadas

El carácter restrictivo de la medida adoptada por el Gobierno mediante aquella norma de urgencia ocasionó a los beneficiarios de las pensiones, que a 1 de enero de 2012 ya se habían revalorizado en el porcentaje del 1 por 100, correspondiente al incremento del Índice de precios al consumo (IPC) previsto en la LPGE para ese mismo año, un indiscutible perjuicio económico, equivalente a la diferencia entre el aumento del IPC previsto y del real, cifrado a 30 de noviembre en un 1,9 por 100. Por este lado, el precepto impugnado vino a

quebrar el principio de neutralidad de los procesos inflacionistas sobre las pensiones causadas, vigente en nuestro sistema de protección social desde 1997, haciendo recaer sobre las economías personales de los pensionistas, vulnerables y precarias la mayoría de ellas, dos tercios de la pérdida total de su poder adquisitivo; o, por enunciar la misma idea desde otro ángulo, desplazando a estas economías la carga de asumir dos tercios del crecimiento del coste de la vida.

5.11. Acerca del canon de solidaridad, informante de las medidas restrictivas de prestaciones sociales: que ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales

La STC 134/1987 vino a consagrar el canon –olvidado o pasado por alto por la Sentencia de la mayoría– que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales. Este canon es el principio de solidaridad que comporta «el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de estos sacrificios». El precepto impugnado dejó sin efecto de manera generalizada e indiferenciada el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012, equiparando, desde la doble óptica subjetiva y objetiva, las pensiones de cuantía más baja, incluso las sujetas al complemento a mínimos, con las de cuantía más alta, incluidas las situadas en el nivel máximo. Tal regla jurídica de semejante contenido normativo confronta y agrede sin miramiento alguno el principio de solidaridad, que mantiene estrechas vinculaciones con «ciertas declaraciones constitucionales, como el ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa.

5.12. La retroactividad interdicta por el art. 9.3 CE: la que incide sobre derechos «consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas»

La retroactividad interdicta por el art. 9.3 CE resulta aplicable exclusivamente a los derechos individuales, entendidos éstos en los términos anteriormente expuestos, siempre y cuando se trate de derechos «consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas». Por consiguiente y para este Tribunal, solo cabrá apreciar que una norma es retroactiva, a los efectos del precitado art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas» (STC 116/2006).

Según STC, el precepto impugnado no pertenece a la categoría de normas retroactivas, conclusión ésta que se basa en la función que se asigna a la remisión que tanto el TRLGSS como del TR de la Ley de clases pasivas del Estado hacen a la LPGE, remisión que, en el decir de dicha Sentencia, no tiene el alcance de mera habilitación de la «correspondiente partida del gasto presupuestario», sino el de atribución al legislador de «un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes» (FJ 5).

La presente resolución entiende que, en la medida en que en la data de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2012 (1 de diciembre de 2012) ni se había aún aprobado la ley presupuestaria ni tampoco había expirado la fecha para la consolidación de la actualización de pensiones, «los pensionistas solo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que, debiendo ser concretada por la LPGE en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación» (FJ 5). «En consecuencia, dado que cuando se aprobó el R.D.-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE» (FJ 5, *in fine*).

Los magistrados discrepantes no comparten esta tesis, dejando expresa constancia de su radical divergencia poniendo de manifiesto sus sorpresivos y negativos efectos sobre la determinación del momento de la efectiva maduración de los derechos y obligaciones en el sector público.

5.13. ¿Cuál es el momento de devengo de la cantidad económica derivada de la actualización de pensiones?

Para la STC, la «eventual actualización de la revalorización «se devengaría»y, por tanto, se consolidaría el 31 de diciembre de cada ejercicio» (FJ 5). A juicio del Voto Particular, es este un criterio que viene desmentido por los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1, párrafo segundo, del TR de la Ley de clases pasivas del Estado, que definen esa secuencia temporal en términos simétricos; a saber: «a los pensionistas cuyas pensiones se hubieran causado o revalorizado en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del primero de abril del ejercicio posterior». El momento del devengo se identifica así en fecha incierta, pero en todo caso comprendida en el primer trimestre de cada anualidad.

La segunda situación es el período de cálculo para conocer la concreta evolución del IPC y poder fijar la diferencia entre los IPC previsto y real, período que, una vez más, los pasajes legales citados del TRLGSS y el TR de la Ley de clases pasivas del Estado enuncian con notable claridad: «entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiera la revalorización»[46]. Este período de cálculo cumple una función sustantiva de primer orden, pues acota la secuencia temporal dentro de la cual se procede a la concreción de la segunda de las piezas que articula el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Una vez revalorizadas las pensiones al inicio de cada ejercicio económico conforme al IPC previsto, el mantenimiento comporta la actualización de las pensiones ya revalorizadas en una cantidad equivalente al diferencial entre ese IPC y el real, diferencial éste fijado a lo largo de dicho período de cálculo.

La tercera y última de las situaciones jurídicas es la verdaderamente decisiva a efectos de la configuración del art. 2.1 del R.D.-Ley como norma que lesiona la prohibición de retroactividad *ex* art. 9.3 CE. A juicio de los magistrados los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1,

[46] A nuestro entender, las pensiones ya estaban revalorizadas al inicio del periodo de 2012, luego solamente se trataba de actualizarlas.

párrafo segundo, del TR de la Ley de clases pasivas del Estado poseen una misma estructura jurídica.

El supuesto de hecho lo constituye una situación definida del modo siguiente: el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011, en el caso a examen) y el 30 de noviembre del año posterior (2012, en el caso a examen) sobrepasa o excede («es superior a favor de los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2011», en el lenguaje legal) al índice previsto por la LPGE para el ejercicio 2012 (el 1 por 100, en el caso a examen).

La consecuencia jurídica es la actualización de pensiones; es decir, el abono del diferencial entre ambos índices de precios al consumo a los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 1-1-2012.

La consecuencia jurídica de los preceptos está sujeta, sin embargo, a condición, consistente en que, durante el tan citado período, el IPC real haya sido superior, efectivamente, al IPC previsto.

En suma, el cumplimiento de la condición comporta la maduración o consumación del tan mencionado derecho a la actualización, que se incorpora e integra de manera automática en el patrimonio jurídico de los pensionistas; de cada uno de ellos al que resulte de aplicación el supuesto de hecho. O por expresar esta misma idea con el lenguaje de este Tribunal, la ejecución de la condición lleva aparejada la transformación de la actualización de pensiones de una simple expectativa en un «derecho adquirido» o, si se quiere, en una «relación consagrada» o una «situación agotada».

El derecho de actualización de las pensiones se retrotrae a la fecha que define el comienzo de su disfrute, coincidente con el 1 de enero de cada anualidad, concluyendo, con criterios de normalidad, con la secuencia de clausura o cierre, convergente ahora con el 31 de diciembre de esa misma anualidad.

5.14. ¿En que consiste dejar sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos»?

Presupone necesariamente, de entrada, reconocer la existencia de ese algo; y también lleva implícita la producción de efectos. Solo pueden dejarse sin efectos aquellas situaciones jurídicas ya consolidadas o agotadas. Este primer argumento ya descarta, en sí mismo considerado, la tesis sostenida por el pronunciamiento del que se diverge, privando de la necesaria consistencia interpretativa a la configuración jurídica de la actualización de pensiones como una mera expectativa hasta tanto en cuanto no se apruebe y entre en vigor la ley presupuestaria. En segundo lugar y como resultante de lo anterior, también sustrae de fuerza hermenéutica a la consecuencia jurídica predicable del pasaje legal combatido, que no consistiría en haber dejado sin efectos la actualización de pensiones, sino en haberla «suspendido con anterioridad a la consolidación».

5.15. El quid de la cuestión: supresión y no suspensión. El papel de la LPGE

El art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 no procedió a suspender, ni temporal ni indefinidamente, la actualización de pensiones; su alcance, bien distinto, residió en privar,

abolir, cesar o suprimir el derecho, ya consolidado, a la percepción por los pensionistas de la segunda fracción que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de sus pensiones. El alcance del giro gramatical «se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva LPGE » no consiente una inteligencia como la abogada por la Sentencia. Atendiendo a criterios de simple construcción gramatical, la expresión *de acuerdo* con la LGPE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones; su sentido, bien diferente, es el de diferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente «*a la correspondiente* actualización», siempre y cuando, como ya se ha argumentado en reiteradas ocasiones, se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en aquellos preceptos legales, cumplimiento que en efecto tuvo lugar. Utilizando una fórmula de estilo, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado han venido incorporando a su estructura interna una regla de «mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones», sistemáticamente ubicada entre las disposiciones adicionales.

La ordenación jurídica por las leyes de presupuestos de la actualización de pensiones responde, en su estructura, a la lógica propia de las cláusulas que proceden a la consignación de créditos o deudas ya causados y consolidados a resultas de lo establecido en otras leyes sustantivas

5.16. La neutralidad no respetada en este caso de la inflación sobre las pensiones

Los actos de las EEGG del sistema de Seguridad Social, de manera sistemática e ininterrumpida desde la implantación en nuestro ordenamiento del principio de neutralidad del proceso inflacionario sobre las pensiones, vienen a avalar, la tesis aquí sostenida y, por tanto, a desmentir la argumentación que sustenta la desestimación por la Sentencia de la inexistencia de lesión del art. 9.3 CE por el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012.

Tales actos se concretan en el reconocimiento y el abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ese mismo ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización de pensiones que el causante hubiere recibido en caso de no haberse producido el óbito.

El interrogante que emerge de inmediato de esta práctica es de fácil enunciado: si la actualización de pensiones se consolidase, como sostiene la Sentencia, a 31 de diciembre de cada año, una vez aprobada la oportuna ley de presupuestos, de modo que hasta esa fecha los pensionistas no tuvieran más que expectativas de derechos y no derechos adquiridos ¿cuál sería el título jurídico que fundamentaría el abono de la diferencia entre los IPC previsto y real por las entidades gestoras de las pensiones de la Seguridad Social y de clases pasivas del Estado? Descartado que ese abono pudiera venir motivado por razones de benevolencia o altruismo de esas entidades con quienes tienen la condición de derechohabientes del pensionista fallecido, el interrogante enunciado tiene una respuesta tan rápida como sencilla. Dicho abono se debe al modo como se integra la actualización de pensiones en el patrimonio jurídico de los pensionistas; a saber, una vez cumplida la condición estipulada por los preceptos legales encargados de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, los efectos de ese cumplimiento se retrotraen al 1 de enero del año en el que se produce el fallecimiento, madurando su cuantía de forma progresiva a lo largo de ese año.

6. CONCLUSIÓN GENERAL

Se debe convenir que de los artículos 41 y 50 de la CE nace la necesidad de la revalorización periódica de las pensiones, de forma que las pensiones mantengan, al menos, su poder adquisitivo, dado que el principal objetivo de cualquier sistema de pensiones es proporcionar unas pensiones suficientes y adecuadas que permitan a los pensionistas mantener unas condiciones de vida suficientes, sin perjuicio de los distintos mecanismos necesarios para compatibilizarlo con el equilibrio financiero y la sostenibilidad del sistema de pensiones, pero tampoco sin que las dificultades financieras justifiquen la expropiación del total de la revalorización de las pensiones que ya han sido devengadas, aunque no totalmente liquidadas, circunstancia que parece no haber sido declarada inconstitucional, por simple conveniencia de equilibrio financiero.

Pensión de viudedad y situación asimilada al alta: Baja no seguida de inscripción como demandante de empleo ante la perspectiva inminente y cierta de un nuevo empleo (STS 20 enero 2015)

Widow's pension and equivalent situation to registered: off work and no registration as a job-seeker to the imminent and some perspective of a new employment (STS 20 january 2015)

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

El acceso a la pensión de viudedad está supeditado al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los que destaca la necesidad de que el causante esté en alta o en situación asimilada al alta. Estas últimas están enunciadas normativamente, aunque también el Tribunal Supremo ha identificado un buen número de ellas a través de una interpretación flexible del requisito en cuestión. La STS de 30 de enero de 2015, como su precedente STS de 19 de enero de 2010, plantean un supuesto límite de situación asimilada al alta configurada por la baja laboral no seguida de la solicitud de prestaciones por desempleo y consiguiente registro del trabajador como demandante de empleo.

Abstract

Access to the widow's pension needs certain requirements, among which the need for the deceased is registered or in an equivalent situation. These last situations are set out normatively, but also the Supreme Court has identified a number of them through a flexible interpretation of the requirement. The STS January 30, 2015, as the previous STS January 19, 2010, raise a new case study: the possibility to consider as similar situation to registered the off work not followed by the application for unemployment benefits and subsequent registration as unemployed worker.

Palabras clave

Pensión de viudedad; Afiliación y alta; Situaciones asimiladas al alta; Inscripción como demandante de empleo.

Keywords

Widow's pensions; affiliation and registration; Equivalent situations to registered; Registration as a jobseeker.

1. INTRODUCCIÓN

La STS de 20 de enero de 2015 (núm. rec. 507/2014) plantea el problema de la exigibilidad, y posible excepción, del requisito del alta o situación asimilada en orden al reconocimiento de la pensión de viudedad; y más concretamente si dicha exigencia se mantiene en el supuesto de falta de inscripción del causante como demandante de empleo en el momento de su fallecimiento.

Para una mejor comprensión del supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo, seguidamente se hará un breve resumen de los hechos. A continuación se recordarán someramente los términos en que nuestro Derecho regula los requisitos de acceso a la pensión de viudedad y, en relación a los mismos, se planteará el problema de la

relativización del requisito de alta y la construcción legal y jurisprudencial de las denominadas "situaciones asimiladas al alta".

2. LOS HECHOS

La STS de 20 de enero de 2015 viene a resolver el problema planteado por el fallecimiento de cierto trabajador durante un periodo de inactividad laboral en el que, tras la perdida de un empleo, y ante la expectativa de acceder de manera inmediata a otro nuevo, optó por no solicitar prestaciones por desempleo y, por tanto, tampoco se inscribió como demandante de empleo.

Según se desprende el relato de hechos de la sentencia comentada, el trabajador en cuestión venía trabajando como profesor de cocina en diversos cursos organizados tanto por una corporación local, como por varias empresas. De este modo, entre el 5 de septiembre de 2011 y el 27 de junio de 2012 (año escolar 2011-2012) estuvo vinculado laboralmente con la citada corporación local como profesor de un Programa de Cualificación Profesional Inicial y compatibilizó dicho trabajo con la impartición de varios cursos de cocina para otras empresas, una de ella adjudicataria del denominado "Centro Joven Municipal".

Lo que ocurre tras la finalización de estos contratos es lo que genera el problema que finalmente debe resolver el Tribunal Supremo. Esto es, que como relata el Hecho Probado Tercero de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 14 de octubre de 2013 que resolvió el pleito en la instancia, el causante optó por no inscribirse "como demandante de empleo, *debido a los escasos meses que faltaban para el inicio de los trabajos que tenía comprometidos* y falleció repentinamente por causa de un fallo cardíaco".

El subrayado es nuestro, y se marca porque en esa afirmación del juzgador "a quo" se encierra todo el problema jurídico que el presente caso plantea. Sin duda, es un hecho que el trabajador, pese a quedar desempleado, no se inscribió como demandante de empleo. Y también es un hecho que falleció repentinamente a causa de un infarto. Posiblemente, incluso, fueran hechos conformes; y, en todo caso, eran fácilmente acreditables en el acto del juicio a través de los medios de prueba regulados en la Ley. En cambio, explicación que el juzgador da a la decisión del trabajador de no inscribirse como demandante de empleo no es un hecho, es un juicio, una valoración de la conducta del trabajador que el juzgador hace –sin duda porque así se afirmó por las demandantes– para dar sentido a la, de otro modo injustificable, desidia del trabajador. Esta es la cuestión esencial sobre la que habrá que volver.

En fin, tras el fallecimiento, la viuda (que había estado casada con el trabajador desde el 9 de septiembre de 2010 hasta el 17 de agosto de 2012, fecha del fallecimiento) solicitó del INSS la correspondiente pensión de viudedad. Y la entidad gestora la denegó porque el causante solo contaba con 4.667 días de cotización, faltándole 808 días para alcanzar el mínimo legal, y no se hallaba en el momento del fallecimiento en situación de alta o asimilada al alta.

Desestimada la reclamación previa, la viuda planteó demanda sobre pensión de viudedad frente al INSS y la TGSS que fue estimada por la ya citada sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 14 de octubre de 2013. Frente a la misma, el INSS y la TGSS

interpusieron recurso de suplicación estimado por STSJ Castilla y León (Burgos) de 18 de diciembre de 2013. Y contra esta última se interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina que –conviene anticiparlo ya– acaba estimando la ahora comentada STS de 20 de enero de 2015.

3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Las sucesivas reformas del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia en general, y el de la pensión de viudedad en particular, han alterado la original configuración de esta prestación del sistema de Seguridad Social, dificultando sin duda la comprensión del modelo[1].

Por ello, conviene recordar en este momento que, como toda prestación de Seguridad Social, también el reconocimiento y disfrute de la pensión de viudedad se halla sujeto, además de a la acreditación de los requisitos "particulares exigidos para la respectiva prestación", al cumplimiento de las que el art. 124 TRLGSS denomina "condiciones del derecho a las prestaciones". Esto es, las personas causantes del derecho a prestaciones deben reunir, en primer lugar, "el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario"; y, en segundo término, y cuando así se exija, deben cumplir de determinados períodos de cotización. Bien entendido que no se exigen "períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario".

Sobre estas reglas generales, el art. 174 TRLGSS, que contiene el régimen legal de la pensión de viudedad[2], determina los concretos requisitos de acceso y sus posibles excepciones. La regla general contenida en la redacción original del precepto en 1994 es que "*tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en*

[1] No está de más recordar en este sentido que la disposición adicional 54ª Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, ordenó al Gobierno –sin éxito alguno– presentar "ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante". Obviamente, no se puede entender cumplido el mandato por las numerosas reformas del régimen jurídico de la pensión de viudedad dispuestas por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social; de manera muy clara porque la misma ley en su disposición adicional 25ª, rubricada "Reforma integral de la pensión de viudedad" anuncia que "el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad". Como hito más reciente de estos anuncios, habrá que señalar que la Ley 20/2014, de 29 de octubre, ha delegado en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, entre ellos, un nuevo Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[2] De su desarrollo reglamentario se ocupan el muy viejo, y por tanto, muy modificado, Reglamento General de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y la igualmente muy antigua y muy reformada Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado el periodo de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo de cotización".

Posteriormente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispuso la modificación, entre otros, del citado art. 174.1 TRLGSS para 1) precisar que los casos de extinción de la pensión de viudedad podrían ser no solo los establecidos reglamentariamente, sino también los así señalados por una ley (¿no bastaban el principio de jerarquía normativa y los criterios de aplicación temporal de las normas?), y 2) que "*no obstante, también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años*".

La siguiente modificación del apartado 1 del art. 174 TRLGSS fue ordenada por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Además de precisar que la excepción al carácter vitalicio de la pensión resulta de la producción de "alguna de las causas de extinción" legal o reglamentariamente fijadas (y no en los "casos" determinados del mismo modo), la reforma llevó al texto de la ley la regla reglamentaria sobre carencia; es decir, concretar en quinientos días, dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, el periodo de carencia hasta entonces dejado a determinación reglamentaria[3]. Además, esta reforma también aclara que si la pensión se causa "*desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar*".

Por último, y entre una nueva batería de reformas del régimen jurídico de la viudedad[4], la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, también vino a retocar las condiciones de acceso a la pensión de viudedad. En esta ocasión para añadir un nuevo inciso en el art. 174.1 TRLGSS conforme al cual "*en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de*

[3] El art. Art. 7.1 b) Orden de 13 de febrero de 1967 exigía, en efecto, desde su promulgación que "el cónyuge causante, si al fallecer se encontrase en activo o en situación asimilada al alta, haya completado el período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa de éste sea un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso no se exigirá este requisito".

[4] Nueva "prestación temporal de viudedad" (art. 174 bis TRLGSS); derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho que acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años y la dependencia económica del conviviente sobreviviente (art. 174.3 TRLGSS. STC 40/2014, de 11 de marzo, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso 5º de este apartado); supeditación del derecho a la pensión de las personas separadas judicialmente o divorciadas a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria del artículo 97 CC (véase STS 29 enero 2014, núm. Rec. 743/2013); regulación del supuesto de concurrencia de beneficiarios; posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar en determinados supuestos el importe de la base reguladora del causante.

convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años".

En definitiva, en lo que ahora más interesa, debe retenerse que para lucrar el derecho a pensión de viudedad es preciso, además de la muerte del causante, que concurra "el requisito general de acceso a las prestaciones del sistema"; es decir, la afiliación y alta o situación asimilada a alta. "Además y según las situaciones (en atención a la causa de la muerte y a si el sujeto no se encontraba en alta o situación asimilada) será preciso acreditar (…) un determinado periodo mínimo de cotización"[5].

De acuerdo con ello, pueden identificarse tres supuestos típicos:

a) *Viudedad derivada de muerte por contingencias profesionales*: el causante se considera, "de pleno derecho, en situación de alta" (art. 124.3 TRLGSS) y no se exige "ningún periodo previo de cotización" (art. 174.1, párrafo primero, in fine, concordante con art. 124.4, ambos TRLGSS)
b) *Viudedad derivada de muerte por accidente no laboral*: es preciso acreditar el alta del causante o situación asimilada; pero no periodo previo de cotización (art. 174.1, párrafo primero, *in fine*, concordante con art. 124.4, ambos TRLGSS)
c) *Viudedad derivada de muerte por enfermedad común*: se exige alta o situación asimilada y la carencia específica de quinientos días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. No obstante, si el fallecimiento se produce en situación de alta o de asimilada al alta, pero sin obligación de cotizar, este período de quinientos días debe estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar[6].

En conclusión, el alta o situación asimilada solo se exige en los supuestos de viudedad por contingencias comunes[7], pero puede eludirse siempre que se acredite que el causante ha completado en la fecha del fallecimiento un período mínimo de cotización de quince años.

Los problemas aparecen, por tanto, cuando, como acontece en el caso ahora estudiado, se pretende lucrar una pensión de viudedad derivada de contingencia común a

[5] RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pág. 131. Del mismo puede verse también *Prestaciones por muerte y supervivencia: viudedad, orfandad y favor de familiares*, Ediciones Laborum, Murcia, 2009.

[6] Adviértase que en estos casos de fallecimiento del causante derivado de *enfermedad común*, si la misma no puede calificarse como "sobrevenida tras el vínculo conyugal", se requiere además desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, "que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes". No obstante, no se exige este requisito si en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia como "pareja de hecho" que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años. Sobre las dudas que suscita esta regla, puede verse, entre otros, RODRÍGUEZ INIESTA, G., "La protección por muerte y supervivencia", en CAVAS MARTÍNEZ, F., (Dir.), *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007*", Ediciones Laborum, Murcia, 2007, págs. 171 y ss.

[7] Y el doble requisito de alta o situación asimilada y carencia específica solo en los casos de muerte por enfermedad común.

pesar de que en el momento del hecho causante el trabajador no se encontraba en alta o situación asimilada y tampoco acredita el período mínimo de cotización de quince años.

4. LA RELATIVIZACIÓN DEL REQUISITO DE ALTA

Aunque la afiliación y alta de los trabajadores por cuenta ajena es una obligación empresarial cuyo incumplimiento no puede afectar a los derechos que aquellos tienen en materia de Seguridad Social[8], la variedad de situaciones que en la práctica pueden plantearse ha suscitado numerosos problemas en relación con este requisito y ha obligado tanto al legislador, como a jueces y tribunales a agudizar el ingenio para hacer compatible el mandato de la norma con la evitación de situaciones injustas. De este modo se ha producido una cierta relativización o flexibilización de la exigencia del requisito del alta en relación –además de otras prestaciones del sistema– con la pensión de viudedad. Siguiendo la clasificación propuesta por la doctrina[9], cabe distinguir entre la existencia de determinadas "previsiones legales que flexibilizan el requisito del alta" y otras "situaciones de creación jurisprudencial y administrativa".

Entre las primeras se incluyen a) las denominadas "alta de pleno derecho o presunta" a efectos de accidente de trabajo, enfermedad profesionales, desempleo y asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral (art. 125.3 TRLGSS) y "alta especial" en los casos de huelga y cierre patronal (art. 125.6 TRLGSS); b) la "supresión del requisito del alta, bien a favor de ciertos colectivos (pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, accidentes sufridos por trabajadores emigrantes en sus desplazamientos o beneficiarios de prestaciones asistenciales), bien en relación con concretas prestaciones a través de sus reemplazo por periodos extra de cotización (vgr. en ciertas prestaciones por muerte y supervivencia); c) la inexigencia del requisito respecto de quien ya es beneficiario de prestaciones económicas de la Seguridad Social y se considera en situación asimilada al alta (perceptor de prestaciones por desempleo) o directamente sujeto causante (beneficiarios del subsidio de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y pensionistas); y d) las "*situaciones asimiladas al alta"*, concepto muy vago e impreciso bajo el que se colocan toda una serie de situaciones de difícil catalogación; entre otras (cfr. art. 36 RD 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): suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo, suscripción de convenio especial, desempleo total y subsidiado, paro involuntario subsistente tras el agotamiento de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, periodos de inactividad entre trabajos de temporada, o traslado del trabajador por su empresa fuera del territorio nacional.

Ahora bien, además de los supuestos citados, como tales reconocidos normativamente, existen otras muchas "situaciones asimiladas al alta" de creación judicial

[8] Con rotundidad, el art. 126.2 TRLGSS deja claro 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 las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva".

[9] RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 133 y ss.

fruto de una "interpretación humana, flexible e individual del requisito del alta"[10]. Una interpretación que, como señala la STS 19 de julio de 2001 (RJ 2001, 580), resulta respetuosa del "principio de protección suficiente por el sistema de la Seguridad Social, proclamado en el artículo 41 de la Constitución" y que conduce a interpretar los preceptos legales "mitigando el rigor de su pura literalidad en lo referente a la exigencia del requisito del alta o de la situación asimilada al alta, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia, atendiendo, sobre todo, a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso, con el fin de evitar situaciones de desprotección".

Precisamente por la inconcreción de estos criterios, por la abundancia de resoluciones judiciales que realizan esta interpretación flexible del requisito del alta y porque, obviamente, siempre se está ante el caso concreto, es muy difícil enunciarlas y sistematizarlas. La doctrina que lo ha intentado propone algunos elementos comunes a todas ellas[11]; a saber: a) posibilidad de acreditar la larga vida laboral del causante[12]; b) existencia de una causa impeditiva ajena a la voluntad del causante de continuar su actividad laboral y carrera de seguro; y c) la desvinculación con el sistema se produce o mantiene por circunstancias extraordinarias.

Más allá de estos rasgos comunes, resulta difícil avanzar. Pero sí cabe registrar cómo, por ejemplo, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a pensión al viudo cuya esposa no se encontraba en el momento del fallecimiento en situación de alta; y ello porque la baja se había producido cuando llevaba "casi dos años con el proceso que acabó con su vida y que, como es lógico, no le permitía ya realizar una vida activa, siendo explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para estar en alta"[13]. También se ha considerado que existe una situación asimilada al alta a los efectos de lucrar una pensión de viudedad cuando se prueba la existencia de una grave enfermedad "que conduce al hecho causante (y que explica por qué se han) descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta"[14]. Bajo análogas consideraciones, se reconoce el derecho a pensión de viudedad y orfandad a la esposa e hijo de trabajador fallecido que no se encontraba en alta en el momento del hecho causante, sino en "situación de paro involuntario después de haber agotado la prestación de desempleo, continuando inscrito como demandante de empleo mientras percibió el subsidio asistencial y con posterioridad habiendo sido dado de baja por la oficina correspondiente, por no haber acudido a un control –a lo que contribuyó su desfavorable estado físico– en cuya situación permaneció durante seis meses, volviendo a causar alta como demandante de empleo, situación en la que se encontraba en el momento de su fallecimiento, (circunstancia que) no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral, ni desvirtúa la consideración de que se encontrase en situación asimilada al alta, al efecto de

[10] RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 148.
[11] BARRIOS BAUDOR, G., *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 64 y ss.
[12] Como dice la STS 19 enero 2010 (RJ. 2010, 450), la Sala de lo Social el Tribunal Supremo "ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación del requisito de estar de alta en la seguridad social, o en situación asimilada, y lo ha hecho con un criterio flexibilizador, carente de rigor formalista, para los supuestos de trabajadores que han estado asegurados con regularidad durante su tiempo de trabajo activo".
[13] STS 19 de diciembre de 1996 (RJ 1997, 1885).
[14] STS 17 septiembre 2004 (RJ 2004, 6320).

lucrar las prestaciones de viudedad y orfandad reclamadas"[15]. En cambio, STS 14 mayo 2010 (ROJ STS 3466/2010) consideró, en el caso estudiado, que la simple drogadicción no es suficiente para entender que concurre esa asimilación al alta, ni la misma puede reconocerse respecto de quien no manifiesta voluntad alguna de permanecer en el ámbito del mundo del trabajo, valorándose muy especialmente la "gran extensión y alcance del apartamiento del sistema de cotización en el análisis conjunto de su vida laboral, de su carrera de seguro"[16]. Más recientemente, en fin, el TS ha considerado que se halla en situación asimilada al alta quien es perceptor de la llamada renta activa de inserción al tiempo del óbito[17].

5. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN COMO DEMANDANTE DE EMPLEO ANTE LA PERSPECTIVA INMINENTE Y CIERTA DE UN NUEVO EMPLEO COMO SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA

La sentencia de 20 de enero de 2015 se inscribe con toda claridad en esta corriente jurisprudencial, de la que constituye un magnífico ejemplo; si bien, poco más que ese ejemplo, pues su doctrina es mera reiteración de la previamente formulada por STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 450), expresamente señalada por la recurrente como sentencia de contradicción.

Ambas resoluciones enfrentan verdaderamente supuestos de hecho análogos: trabajadores con una larga carrera de seguro, aunque inferior a los 15 años que exige el art. 174.1 TRLGSS, y que ante la extinción de contrato de trabajo no solicitan las correspondientes prestaciones por desempleo y, por tanto, tampoco se inscriben como demandantes de empleo[18]. En el caso ahora resuelto, ante una expectativa de inmediata recolocación; en el de la sentencia de contrate, por la realización de un curso formativo vinculado al empleo anterior[19]. En ambos casos, en fin, la fatalidad hace que fallezcan precisamente en ese momento intermedio entre el anterior y el nuevo empleo en que ninguno de los dos trabajadores está percibiendo prestaciones por desempleo ni inscrito como demandante de empleo.

El examen de ambos casos a la luz de los criterios que según la doctrina sintetizan la jurisprudencia sobre flexibilización del requisito del alta en las prestaciones por muerte y supervivencia parece ratificar la solución alcanzada tanto por la sentencia comentada como por la que le da soporte doctrinal. En efecto, a) ambos causantes acreditan una larga vida laboral, b) en ambos es reconocible el *animus laborandi*, pues su voluntad probada era la de emplearse o la de formarse para mejorar sus expectativas laborales, y c) son circunstancias extraordinarias las que determinan la muerte a las pocas semanas de extinción de los contratos (51 días en un caso y dos meses en el otro). Y es, sin duda, esta identidad fáctica lo que explica por qué la sentencia de 20 de enero de 2015 simplemente se limita a declarar

[15] STS 12 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2565).
[16] Cfr. SSTS 27 mayo 1998 (RJ 1998, 5700), 22 octubre 1999 (RJ 1999, 8738), 27 noviembre 2002 (RJ 2002, 1932).
[17] STS 5 mayo 2014 (RJ 2014, 2847).
[18] Recuérdese que conforme al art. 207 d) TRLGSS "estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente" es un requisito para el nacimiento y el mantenimiento del derecho a las prestaciones del nivel contributivo (cfr. art. 209 TRLGSS). Para el asistencial, art. 215.4 TRLGSS.
[19] La trabajadora causó baja voluntaria en la autoescuela en que prestaba servicios como auxiliar administrativa para obtener la titulación de profesora de autoescuela.

ahora, tras unas breves citas de la STS de 19 de enero de 2010, que "las circunstancias concurrentes en ambos casos son semejantes y de ellas no se desprende, en el ahora enjuiciado, una voluntad de separarse del sistema, deduciéndose del relato de la sentencia recurrida que se debió sólo al destino que el trabajador no se reinsertase en muy breve período de tiempo en la Seguridad Social y que, por el contrario, el pensamiento de que así sería es lo que le indujo a entender que no precisaba registrarse como demandante de empleo, lo que implica que la ausencia de ese requisito en tales condiciones, dadas, por otra parte, las demás positivas ya enumeradas, no debe impedir el acceso de su viuda a la prestación litigiosa".

Y sin embargo, pese a lo que a primera vista parece, la solución no es en absoluto tan sencilla. Básicamente porque asimiladas al alta solo están a) la "*situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia"* (art. 125.1 TRLGSS); y b) la de "*paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la Oficina de Empleo*" (art. 36.1 1ª RD 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).

Es decir, nuestras normas de Seguridad Social no acogen –como una lectura apresurada de la STS de 20 de enero de 2015 podría dar a entender– la situación asimilada al alta consistente simplemente en la "inscripción ininterrumpida como demandante de empleo". Lo que el citado Reglamento de afiliación tipifica es, en cambio, la situación de agotamiento en el disfrute de una prestación por desempleo y subsiguiente mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo. Y precisamente es el rigor en la exigencia de esta continuidad de la inscripción lo que ha sido objeto de una sensible atemperación por parte del Tribunal Supremo, de modo que pueda apreciase la existencia de situaciones asimiladas al alta aunque dicha inscripción haya sufrido interrupciones siempre que éstas no sean significativas[20].

[20] Por todas, STS 19 de julio de 2001 (RJ 2002, 580). La idea que late en el fondo de esta construcción es que la situación asimilada de paro involuntario supone el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de las prestaciones o del subsidio de desempleo. Y "la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse normalmente por el mantenimiento de la inscripción actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente Oficina de Empleo. De ahí que no pueda estimarse la continuidad del paro involuntario cuando el transcurso del tiempo sin inscripción pone de manifiesto que ya no subsiste la búsqueda de empleo (...) porque la situación de paro involuntario no se refiere únicamente al momento del hecho causante de la prestación, sino con carácter general al período que sigue al agotamiento de las prestaciones de desempleo" (SSTS 22 de mayo de 1992, 22 de marzo de 1993, 1 de abril de 1993). Por ello, y salvo en supuestos excepcionales, la voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación, no presupone la asimilación al alta de quien solicita prestaciones después de haber estado en tal situación. Ahora bien, la citada STS 19 julio 2001, con apoyo, entre otras en STS 14 de abril de 2000 y STS 7 de mayo de 1998, explica como, conforme a un criterio humanizador, el TS "ha mitigado el rigor en la exigencia de los requisitos para el reconocimiento de prestaciones que protejan situaciones de necesidad, eludiendo el resultado a que conduciría la interpretación literal, para considerar como más razonable que, pese a rupturas temporales, sigue vivo el *animus laborandi* o la voluntad decidida de seguir trabajando, pese a carecer de empleo, entendiendo que se cumple el requisito de la situación asimilada al alta cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias". Véase también, STS 19 diciembre 1996 (RJ 1997, *(...)*

Ahora bien, la realidad enseña que existen todavía situaciones más extremas que desbordan manifiestamente el marco normativo de referencia y respecto de las que el Tribunal Supremo se ve puesto a prueba para, en su caso, llevar al límite su vocación humanizadora.

Un extraordinario ejemplo de ello es el que ofrece la STS 30 de enero de 2007 (RJ 2007, 1360), que reconoce el derecho a las pensiones de viudedad y orfandad reclamadas en un caso en que la trabajadora fallecida había estado de alta y cotizado al RETA un total de 1035 días y luego, tras cesar en su actividad en abril de 2001, se inscribió como demandante de empleo (sin derecho a prestaciones, obviamente), situación en la que permaneció, con alguna interrupción, hasta su fallecimiento acaecido en julio de 2003. La imposibilidad apreciar la existencia de una situación legal de desempleo o de paro involuntario subsiguiente al agotamiento de una prestación contributiva o asistencial, que en ningún caso pudo percibirse, no representa para el Tribunal Supremo un "obstáculo" que impida apreciar "tal asimilación respecto de los asegurados en el RETA, que carecen del derecho a las mismas". Y ello porque "de acuerdo con el canon de interpretación finalista, es tal carencia de protección, y no el origen de la misma por agotamiento del periodo de protección, lo verdaderamente relevante a efectos de la asimilación al alta prevista en la citada disposición reglamentaria".

Y algo parecido ocurre en los casos enjuiciados por SSTS de 19 de enero de 2010 y de 20 de enero de 2015. Aunque –como ya se ha dicho– una lectura poco atenta de ambas resoluciones puede hacer pensar que fundan su fallo en la suposición de que la mera inscripción como demandante de empleo constituye una situación asimilada al alta cuya falta de mantenimiento en los casos estudiados sería disculpable, no es así en absoluto. Conoce bien la Sala que la situación asimilada al alta que normativamente deriva de aquella inscripción consiste en estar en el disfrute de las prestaciones económicas por desempleo o en haberlas agotado. En cambio, nuestro Derecho no considera asimilada al alta la situación de quien simplemente está inscrito como demandante de empleo, pero no tiene, ni ha tenido derecho a prestaciones económicas. Y tampoco la de quien, pudiendo lucrar tales prestaciones económicas, no las solicita y no se inscribe como demandante de empleo.

Pues bien, en el caso de las sentencias últimamente citadas no estamos ante un supuesto de interrupción justificable en la continuidad de una inscripción como demandante de empleo, sino ante la pura y simple inexistencia de inscripción. Y es que lo que plantean las SSTS de 19 de enero de 2010 y de 20 de enero de 2015 es algo radicalmente distinto y original: la posibilidad de afirmar una nueva situación asimilada al alta que acogería los supuestos extinción de contrato sin la subsiguiente formalización de la situación legal de desempleo por expectativa de una inminente recolocación[21].

1885). En la doctrina, entre otros, BLASCO LAHOZ, J.F., "El acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social desde una situación de inactividad laboral o profesional", *Aranzadi* Social, núm. 18/2010 (BIB\2009\2049).

[21] Conforme al art. 209.1 TRLGSS, las personas que cumplan los requisitos legalmente establecidos "deberán solicitar a la Entidad Gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo (y) deberá mantenerse durante todo el período de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción (…)".

El pilar sobre el que se levanta toda la construcción es, muy claramente, la insatisfacción ante una regulación legal que, sin consideración a las particulares carreras de seguro, deja desprotegido a todo trabajador que, por las razones que fuere, no liga sin solución de continuidad el fin una relación laboral con la formalización de su situación legal de desempleo. Y de acuerdo con ello la argumentación del Tribunal Supremo se proyecta en tres direcciones diferentes.

En primer lugar, trata de convencer de la injusticia de la solución normativa aplicada en un caso en que los "datos revelan el cumplimiento riguroso por la causante de la situación de alta y cotización a la Seguridad Social durante el periodo de actividad laboral, (así como su) decidida voluntad de continuar en el mundo laboral, mejorando sus expectativas".

En segundo lugar, observa cómo, en realidad, no puede hablarse propiamente de una laguna normativa, sino quizá de una regulación demasiado compleja y poco ágil. Y es que, precisamente para evitar lagunas de cotización y otros perjuicios –como el que ahora se analiza–, nuestro sistema de Seguridad Social ofrece al trabajador cuyo contrato se extingue y no pasa a situación legal de desempleo la posibilidad de suscribir un Convenio Especial que le hubiera mantenido en situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia. Por tanto, desde este punto de vista, lo que debe cuestionarse es si resulta o no disculpable su no formalización, sobre todo atendiendo al escaso periodo de tiempo transcurrido en los casos comentados entre el fin de los contratos y el fallecimiento[22].

Y, en tercer lugar, hace ver el distinto tratamiento que nuestro ordenamiento dispensa en situaciones análogas a trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena. Y es que, conforme al art. 29.1 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, los trabajadores que causen baja en dicho Régimen Especial "quedarán en situación asimilada a la de alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener otros beneficios de la acción protectora". Sin duda, esta diferente regulación se explica por la tradicional inexistencia de protección por cese de actividad de este colectivo; pero en ningún caso justifica la desprotección del trabajador por cuenta ajena en análoga situación.

Estas razones, que la STS de 19 de enero de 2010 expone y que la STS 20 enero 2015 asume y hace suyas, especialmente la valoración del hecho de que los causantes de las pensiones fallecieran antes del transcurso de los 90 días siguientes a su baja en la Seguridad Social, justifican la solución dada a los casos estudiados. Sobre todo, porque como advierte la primera, al hacerlo están interpretando y aplicando las normas Seguridad Social "no de forma aislada, atendiendo a su pura literalidad, sino poniéndolas en relación de manera concurrente e integradora, con las que tienen una misma o análoga finalidad, atendiendo a la realidad social en que se aplica el precepto".

[22] Importa mucho subrayar que conforme al art. 5.2 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, la solicitud del convenio especial puede presentarse "dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha del cese en la actividad o en la situación que determine la baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social (… y) surtirá efectos desde el día siguiente a aquél en que haya producido efectos la baja en el Régimen correspondiente (…).

Los límites del real decreto ley desde la perspectiva de la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgencia necesidad y requistos exigidos a los beneficiarios de la prestación por desempleo. (Comentario a la sentencia del tribunal constitucional 27/2015, de 19 de febrero)

The limits of royal decree law from the perspective of budget enabling the attendance of extraordinary and urgent need and requirements required to beneficiaries of unemployment benefit. (Commentary on the judgment of the constitutional court 27/2015, of 19 february)[1]

MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (UCLM)

Resumen

Dos son las cuestiones a analizar, la primera de política legislativa, el incumplimiento del presupuesto habilitante previsto en el art. 86.1 Constitución Española (en adelante CE) por cuanto, ni en la exposición de motivos o preámbulo de la norma, ni en su debate de convalidación se habría acreditado la existencia de una necesidad extraordinaria y urgente que justifique la modificación introducida mediante RDL. El segundo motivo es competencial pues se sostiene que esta nueva regulación introducida por el RDL 11/2013 vulnera el orden constitucional de distribución de competencias, en cuanto que atribuye al Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SPEE) la competencia para sancionar determinadas conductas atribuidas a las CCAA por TRLGSS.

Abstract

There are two issues to be analyzed, the first of legislative policy, breach of enabling budget provided for in art. 86.1 Spanish Constitution (hereinafter EC) in that, nor in the explanatory memorandum or preamble to the regulation, or in their discussion of validation would have established the existence of an extraordinary and urgent necessity justifying the amendment. The second reason is competence for the appellant submits that this new regulation introduced by RDL 11/2013 violates the constitutional division of powers, in that it attributes to the Public State Employment Service (hereinafter SPEE) the power to punish certain behaviors.

Palabras clave

Real Decreto Ley, extraordinaria y urgente necesidad, prestación por desempleo, requisitos.

Keywords

Royal Decree, extraordinary and urgent need, unemployment benefit requirements.

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia que aquí se analiza resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 6368/2013 que pone de relieve entre otras cuestiones y una vez más la caracterización atípica de nuestro proceso legislativo en los últimos tres años de uso y abuso al Real Decreto-Ley.

[1] El presente estudio se inscribe dentro del Proyecto de Investigación "La influencia de las crisis económicas en la regulación jurídica del trabajo: modelos y pautas de regulación. La reciente reforma laboral"POII-2014-006-P.

En este caso concreto en relación con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, a propósito de las normas que regulan el control de los requisitos exigidos a los beneficiarios de las prestaciones por desempleo. La STC 27/2015, declara la inconstitucionalidad y la nulidad de los arts. 7 referido y 8.cinco del Real Decreto Ley mencionado, en cuanto a la redacción que se procedió del art. 27.4 párrafo segundo, inciso final del Ley 56/2003, de 16 de diciembre[2], de empleo (en adelante LE).

Por tanto, son dos las cuestiones a analizar, la primera de política legislativa, el incumplimiento del presupuesto habilitante previsto en el art. 86.1 Constitución Española (en adelante CE) por cuanto, ni en la exposición de motivos o preámbulo de la norma, ni en su debate de convalidación se habría acreditado la existencia de una necesidad extraordinaria y urgente que justifique la modificación introducida. El segundo motivo es competencial pues la recurrente sostiene que esta nueva regulación introducida por el RDL 11/2013 vulnera el orden constitucional de distribución de competencias, en cuanto que atribuye al Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SPEE) la competencia para sancionar determinadas conductas, desconociendo la doctrina analizada en la STC 104/2013, de 25 de abril y por tanto declarando incompetente a la CCAA recurrente de su competencia sancionadora en materia de Seguridad Social[3].

El Abogado del Estado niega ambas infracciones, por considerar que el uso del RDL y por tanto el presupuesto habilitante del art. 86.1 CE es constitucional al defender que se trata de una reforma que persigue mejorar la actuación de las Administraciones Públicas en relación con el desempleo, adaptando el régimen jurídico de determinadas infracciones con el objetivo de proporcionar mayor seguridad jurídica a los destinatarios de la regulación. Justificando la extraordinaria y urgente necesidad puesto que "la gestión de este tipo de prestaciones por las necesidades a las que atiende y por el gasto público que supone requiere una actuación inmediata y urgente en continua adaptación a la realidad". Y en segundo lugar, en cuanto al marco competencial de actuación y su nuevo sistema de distribución de competencias entiende el Abogado del Estado que no es otro que "llevar a cabo una reordenación de la potestad sancionadora de las distintas Administraciones Públicas con competencias en la materia que es conforme con la doctrina constitucional de la STC 104/2013"[4] (sic).

A mayor abundamiento, en ningún momento se justifica cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos por la modificación operada

[2] Art. 27.4. párrafo segundo Ley 56/2003, "Los servicios públicos de empleo competentes verificarán, asimismo, el cumplimiento de la obligación de dichos beneficiarios de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, debiendo comunicar los incumplimientos de esta obligación al Servicio Público de Empleo Estatal en el momento en que se produzcan o conozcan. Dicha comunicación podrá realizarse por medios electrónicos y será documento suficiente para que el Servicio Público de Empleo Estatal inicie el procedimiento sancionador que corresponda" (el subrayado es nuestro).

[3] Vid. Estatuto de Autonomía de Cataluña, concretamente los arts. 165.1.a) "Corresponde a la Generalitat, en materia de seguridad social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social, la competencia compartida, que incluye: a**)** El desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico"; y 170.1.h) Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales, que incluye en todo caso: … h) La potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias.

[4] Entrecomillados STC 27(2015, 19 de febrero

y mencionada, se hubiera evitado con la utilización del Real Decreto-Ley en lugar del procedimiento legislativo parlamentario, que hubiera sido a nuestro juicio el cauce procedimental adecuado.

Vaya por delante que en todo caso, los efectos del presente pronunciamiento de inconstitucionalidad no van a afectar a las situaciones jurídicas consolidadas, debiéndose considerar como tales las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes o las que, en la vía judicial, hayan sido decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Alto Tribunal[5].

2. PRESUPUESTOS JURÍDICOS A DEBATE

Dos son los motivos de impugnación objeto de debate como hemos manifestado anteriormente. En primer lugar, el ya clásico y demasiado frecuente debate[6] del incumplimiento del presupuesto habilitante previsto en el art. 86.1 CE, por cuanto ni en el amplio Preámbulo de la norma ni en su debate de convalidación se acreditó la existencia de una necesidad extraordinaria y urgente. Así reza del Preámbulo del Real Decreto-Ley 11/2013, donde se fundamenta la urgencia de modificar el régimen sancionador fijado en la LISOS "con el fin de adaptar el régimen de infracciones y sanciones a la novedad de que la inscripción como demandante de empleo y el mantenimiento de la misma pasan a ser requisitos necesarios para percibir y conservar el derecho a la prestación. Lo que conlleva la necesidad de adaptar la tipificación de las infracciones a estos nuevos condicionantes o requisitos fijados en el RDL señalado. Además, nada más lejos de la realidad al señalar el Preámbulo que con ello se refuerza la validez de las citaciones y comunicaciones efectuadas por medios electrónicos, eso sí, marcando que siempre que los beneficiarios de las prestaciones por desempleo hayan expresado previamente su consentimiento.

Esta anodina justificación carece a nuestro juicio de toda posibilidad a los efectos del art. 86.1 CE, ya que no deja de ser una vez más una mera declaración descriptiva para justificar el ejecutivo las medidas legales reformadas en la norma en cuestión, sin aludir a los parámetros obligados como son la extraordinaria y urgente necesidad que permita la reforma inmediata de las infracciones imputables a los perceptores de las prestaciones por desempleo y el trasvase parcial de la competencia de las Comunidades Autónomas para sancionar dichas infracciones al SPEE, lo que a juicio del TC determina la infracción del art. 86.1 CE. Es más, tampoco en el debate parlamentario de convalidación se especificó la situación de extraordinaria y urgente necesidad. Por ello el TC entiende que ni en el Preámbulo del RDL 11/2013 ni en el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados se ha justificado de forma razonada y motivada, la existencia de una situación de urgente y extraordinaria necesidad que lo exija. La referencia genérica a la seguridad jurídica o a la existencia de controversias jurídicas o problemas en la aplicación de las normas para entender justificado el presupuesto habilitante y acudir a este instrumento normativo es insuficiente. A nuestro juicio el TC insiste en la necesidad de un mayor control en el uso del Real Decreto-Ley[7].

[5] Vid. Art. 40.1 LOTC, y entre otras SSTC 86/2013, 206/2013.
[6] Vid. STC 96/2014, 12 de junio, 68/2007, 28 de marzo 2007, 12/2015, 5 febrero, entre otras.
[7] Vid. Con la misma insistencia STC 29/2015, de 19 de febrero.

Nos resulta importante traer a colación la importante justificación general de la adopción de la norma que hace aquí el TC, aunque ya lo había manifestado con anterioridad[8] con ocasión de referenciar la situación de crisis por la que está atravesando nuestro país y que a juicio del TC exige la adopción de reformas que contribuyan a la recuperación del crecimiento económico y la creación de empleo, en el plazo más corto posible, y adquiere pleno sentido –no lo compartimos– en un contexto como el del conjunto del Real Decreto-Ley 11/2013 que, en su heterogeneidad, comprende diversas materias que afectan a distintas iniciativas en otros campos diferentes de las modificaciones que se contienen en el ámbito de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en el empleo y la protección por desempleo y en materia laboral pero esa justificación genérica, que habría que entender aplicable a la totalidad de las normas modificadas por el Real Decreto-Ley mencionado, no resulta suficiente a la hora de apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante respecto de las dos normas impugnadas[9], pues la doctrina del TC[10] ha exigido que también lo sea de los preceptos concretamente impugnados. En este sentido, tampoco el Gobierno ha explicitado la concreta relación existente entre la situación de crisis y la modificación de los tipos de infracción y, como consecuencia de esa modificación, de la administración competente para sancionar su comisión.

De este modo, para valorar la concurrencia del presupuesto habilitante en la atribución de la competencia sancionadora al SPEE, consecuencia directa de la modificación de las obligaciones que han de cumplir los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo y del régimen de infracciones y sanciones al que se encuentran sometidos, resulta preciso acudir a la justificación de carácter específico en torno a ambos extremos. Así, la nueva definición de las conductas infractoras supone en nuestra opinión solo aparentemente un refuerzo de "la vinculación entre la protección por desempleo y la inserción laboral de las personas desempleadas", y responde "al objetivo de otorgar una mayor seguridad jurídica a los empresarios y a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo". Se trata de la misma posición sostenida por el Gobierno en el debate parlamentario sobre la convalidación del RD-L por el Congreso de los Diputados. Respecto a la necesidad de implantar estas reformas utilizando la legislación de urgencia lo que se afirma es que "se exige que, con carácter urgente, se adopten las medidas necesarias para configurar la inscripción como demandante de empleo y el mantenimiento de la misma como un requisito necesario para percibir y conservar el derecho a la prestación"[11].

En segundo lugar, los requisitos de inscripción como demandante de empleo y su renovación se encontraban ya regulados en la normativa y su incumplimiento era también tipificado como infracción administrativa en la LISOS. La reforma en el régimen sancionador introducida por el RDL 11/2013, parece que tiende un objetivo competencial importante tendente a neutralizar los efectos de la STC 104/2013, de 25 de abril[12] que reconoció el ejercicio de las funciones ejecutivas de control y sancionadora de las CCAA en materia de prestaciones de la Seguridad Social y así trasvasar infracciones que antes de la señalada reforma eran, sancionables por las CCAA, en infracciones en materia de gestión

[8] STC 170/2012, de 4 de octubre.
[9] Especialmente Fdo Jco 4º STC 31/2011, 17 de marzo; Fdo Jco 6º STC 137/2011, 14 de septiembre; Fdo Jco 5º STC 170/2012, 4 octubre, que también lo sea de los preceptos concretamente impugnados.
[10] Por todas, STC 170/2012, de 4 de octubre.
[11] Entrecomillados del Fdo Jco 4º STC 27/2015, 19 de febrero.
[12] También STC 195/1996, de 28 de noviembre.

económica de la Seguridad Social, cuya responsabilidad en la gestión de las infracciones tipificadas en el art. 24.4.a) y b) TRLISOS al supuesto de conductas infractoras de la obligación de facilitar la información para recibir notificaciones relativas a la gestión de actuaciones que, como la inscripción como demandante de empleo y su renovación o mantenimiento, como el de no mantener la inscripción como demandante de empleo, son de competencia autonómica[13], sin pasar a ser competencia del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SEPE). No dudando ni cuestionando el reconocimiento competencial del SEPE de su potestad sancionadora en el incumplimiento de la obligación de facilitar dicha información cuando tal obligación se halla vinculada a actos de gestión económica de la Seguridad Social que corresponde a la competencia ejecutiva del Estado[14].

3. PRECEPTOS CUESTIONADOS Y DECLARADOS NULOS: ARTICULO 7 Y 8.CINCO DEL REAL DECRETO-LEY 11/2013, DE 2 DE AGOSTO

La declaración de nulidad de los art. 7 y 8.Cinco del Real Decreto-Ley 11/2013, hacen referencia a dos concretas Leyes. En primer lugar afecta al apartado 4 del artículo 27 de la LE:

«4. Los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo inscritos en los servicios públicos de empleo, una vez hayan suscrito el compromiso de actividad, deberán participar en las políticas activas de empleo que se determinen en el itinerario de inserción, sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 231. 1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Los servicios públicos de empleo competentes verificarán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, comunicando la sanción impuesta, en su caso, en el momento en que se imponga, al SPEE para su ejecución por éste.

Los servicios públicos de empleo competentes verificarán, asimismo, el cumplimiento de la obligación de dichos beneficiarios de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, debiendo comunicar los incumplimientos de esta obligación al Servicio Público de Empleo Estatal en el momento en que se produzcan o conozcan. Dicha comunicación podrá realizarse por medios electrónicos y será documento suficiente para que el Servicio Público de Empleo Estatal inicie el procedimiento sancionador que corresponda.»

Y en segundo lugar, la modificación del Artículo 8. Cinco de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Ley 5/2000, de 4 de agosto (en adelante, TRLISOS), en los siguientes términos: "La imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente. En el caso de infracciones cometidas por solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, la competencia corresponde a la entidad gestora de éstas, salvo en el supuesto de las infracciones contenidas en los artículos 24.3 y 25.4 de esta Ley en el que la imposición de

[13] A pesar de la reordenación sistemática y el cambio semántico, deben ser ilícitos administrativos referidos a actuaciones "instrumentales" para obtener la prestación o subsidio por desempleo, sin vincularse en modo alguno con la gestión económica de la Seguridad Social que obviamente es competencia del SPEE.
[14] Por todas, STC104/2013, 25 de abril.

la sanción corresponderá al servicio público de empleo competente que comunicará la sanción, en el momento en que se imponga, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para su ejecución por ésta".

4. ROCAMBOLESCA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y JUEGO COMPETENCIAL

La parte recurrente específicamente lo que cuestiona es el último inciso del párrafo segundo del núm. 27.4 LE a fin de establecer la necesaria obligación de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, asignando la verificación de su cumplimiento a los servicios públicos de empleo competentes, que, en caso de incumplimiento, deberán comunicarlo al SPEE a fin de que incoe el correspondiente expediente sancionador. En concordancia con lo anterior, el art. 8.cinco supone, a partir de la nueva definición de las conductas infractoras en las que pueden incurrir los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo, la atribución al SPEE de la competencia sancionadora. Y por tanto, la atribución al Servicio Público de Empleo Estatal de la competencia para sancionar las conductas tipificadas en el nuevo art. 24.4.a) y b) TRLISOS que se deriva de lo dispuesto en el segundo inciso del reformado art. 48.5 TRLISOS[15].

Concretamente tales infracciones consisten, por un lado, en "no facilitar la información necesaria a la entidad gestora de las prestaciones para garantizar la recepción de las notificaciones y comunicaciones; Las citaciones o comunicaciones efectuadas por medios electrónicos se entenderán válidas a efectos de notificaciones siempre que los trabajadores hayan expresado previamente su consentimiento" (letra a); y, por otro, en "no cumplir el requisito, exigido para conservar la percepción de la prestación, de estar inscrito como demandante de empleo, en los términos previstos en los artículos 209.1 y 215.4 Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social, salvo causa justificada "(letra b). Así, el art. 7, primero de los preceptos impugnados, modifica el mencionado art. 27.4 LE a fin de establecer la obligación de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, asignando la verificación de su cumplimiento a los servicios públicos de empleo competentes, que, en caso de incumplimiento, deberán comunicarlo al SPEE a fin de que incoe el correspondiente expediente sancionador.

De otra parte, puede advertirse que la STC estudiada entiende que las dos conductas descritas anteriormente a las que se refiere el nuevo art. 24.4 TRLISOS son contradictorias con la urgente necesidad de introducir mayor seguridad jurídica como defiende y no compartimos con el Abogado del Estado, y tampoco su invocación en el Preámbulo de la norma como presupuesto de hecho habilitante.

[15] "La imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente. En el caso de infracciones cometidas por solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, la competencia corresponde a la entidad gestora de éstas, salvo en el supuesto de las infracciones contenidas en los artículos 24.3 y 25.4 de esta ley, *en el que la imposición de la sanción corresponderá al servicio público de empleo competente que comunicará la sanción*, en el momento en que se imponga, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para su ejecución por ésta."

En efecto, la infracción leve relativa al incumplimiento por los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial de la obligación de facilitar a los servicios públicos de empleo la información necesaria para garantizar la recepción de sus notificaciones y comunicaciones se mantiene inalterada en el art. 24.3.d) TRLISOS , habiéndose tipificado en el nuevo art. 24.4.a) TRLISOS idéntica infracción leve con la única modificación de introducir la referencia a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo. La consecuencia es que sobre "los mismos sujetos, los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, pesa una misma obligación, suministrar la información necesaria para garantizar la recepción de sus notificaciones y comunicaciones, cuyo incumplimiento se tipifica como infracción leve en dos preceptos distintos, determinantes de la atribución de la competencia sancionadora a dos Administraciones diferentes, pues no otro es el efecto directo de la modificación introducida"[16].

Es más, como hemos señalado con anterioridad, la conducta prevista en el nuevo art. 24.4.b) TRLISOS , consistente en no cumplir la obligación, exigida para la conservación de la percepción de la prestación, de mantener la inscripción como demandante de empleo ha sustituido a la infracción relativa a la no renovación de la demanda de empleo, tipificada antes en el segundo inciso de la redacción anterior del art. 24.3.a) TRLISOS, cuya sanción correspondía a las CCAA, y así lo vino a declarar el TC en una importante y transcendental Sentencia, la STC 104/2013, de 13 de abril.

Sin embargo, como muy acertadamente señala el TC que la modificación legal introducida responde al mismo parámetro de comportamiento, pues los incumplimientos de la obligación de mantener la inscripción se materializan en la práctica *con la no renovación de la demanda de empleo,* lo que no parece diferir de la anterior obligación que pesaba sobre el beneficiario de la prestación, que era, precisamente, la de *tener que renovar su demanda de empleo*. Las palabras utilizadas por el ejecutivo expresan conceptos y los describen, por eso quienes imponen el lenguaje jurídico, manifiestan su poder. Y aquí el uso de algunas palabras en lugar de otras están cargadas de intencionalidad, pero entenderá el lector que las frases descritas en cursiva, tienen y deben de tener consecuencias idénticas, siendo la pérdida de la prestación durante determinados períodos de tiempo[17], el objetivo de tal modificación.

5. CONCLUSIONES

Sin reiterar aquí las opiniones y comentarios alcanzados en el presente comentario, sí queremos poner de manifiesto lo positivo de presente pronunciamiento constitucional, no único, sino iniciado ya por la STC 104/2013, de 25 de abril. En este sentido la STC 27/2015 puede consolidar una esperanza en la delimitación y alcance del art. 86.1 CE, pues concretamente en este caso y una vez más, no ha quedado explicitado el presupuesto habilitante del precepto constitucional, la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que debían responder particularmente los arts. 7, en la redacción que da al último inciso del párrafo segundo del art. 27.4 LE, y 8.cinco del Real Decreto-Ley 11/2013, en cuanto que da nueva redacción al art. 48.5 TRLISOS, atribuye al SPEE la competencia para sancionar las conductas previstas en el art. 24.4 TRLISOS.

[16] Vid. Fdo Jco 6º.
[17] Cfr. Art. 47.1 TRLISOS.

El análisis comparativo de la regulación establecida en la anterior normativa y en la reformada por los preceptos que son anulados por la STC comentada se manifiestan en un uso del lenguaje que aproxima conceptos, aproxima objetivos y aproxima resultados de las conductas tipificadas como infractoras, lo que en palabras del TC "refuerza aún más la idea de que aquellas modificaciones no obedezcan a una situación de urgente necesidad".

Por la concurrencia de tales circunstancias, al TC le ha resultado innecesario, profundizar en el análisis del segundo de los presupuestos exigidos por la CE para reconocer la adecuación constitucional del uso por el Gobierno de esta modalidad legislativa, esto es el estudio de la eventual relación de conexión entre la situación de urgencia apreciada y su correspondencia con las medidas legislativas incorporadas a la norma.

En definitiva, nada se ha alegado sobre la necesidad de una acción normativa inmediata como la llevada a cabo a través de los preceptos impugnados, en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia, sin que tampoco en momento alguno se haya justificado, ni a ellos se haya aludido siquiera, cuáles podrían ser los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación de la modificación normativa que llevan a cabo los preceptos recurridos por el procedimiento legislativo parlamentario. De hecho, en el presente caso, nada hay que indique que la regulación introducida trate de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o que constituya una necesidad urgente, hasta el punto de que su efectividad no pueda demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación en sede legislativa, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida.

Y finalmente la doctrina que incorpora la sentencia comentada acoge su argumentación jurídica también en la conocida STC195/1996, de 28 de noviembre al analizar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, que el citado precepto constitucional obliga a distinguir, desde un punto de vista competencial, entre la Seguridad Social y su régimen económico. Respecto a la primera es evidente que, ostentando la Comunidad Autónoma competencias ejecutivas, "le corresponde ejercitar las potestades sancionadoras que garanticen el cumplimiento de la legislación básica estatal y de la autonómica que la desarrolle[18]. En cuanto a la segunda, la delimitación del ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma requiere mayores precisiones, pues la atribución al Estado o a las Comunidades Autónomas del régimen en una determinada materia comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma[19]; pero implica también un plus: además de la legislación, puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario. Eso es lo que sucede en el caso del régimen económico de la Seguridad Social"[20] y así se ha manifestado en la presente STC que aquí se comenta.

[18] STC 102/1995, de 26 de junio.
[19] STC 84/1982, 23 de diciembre y 38/1983, 16 de mayo.
[20] STC 195/1996, de 28 de noviembre.

Gran invalidez y adquisición de habilidades adaptativas. Hacia una interpretación humanista y flexible de los requisitos normativos.

Great disability and acquisition of adaptive abilities. Towards a humane and flexible interpretation of the normative requirements.

Mª TERESA DÍAZ AZNARTE

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La STS de 10 de febrero de 2015, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina que versa sobre el reconocimiento de la situación de gran invalidez a una persona que acredita una pérdida muy cualificada de agudeza visual, equiparada a la ceguera total. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se pronuncia sobre dos cuestiones esenciales: la flexibilización del requisito legal de "identidad fáctica sustancial" para la admisión del recurso y la reinterpretación del art. 137.6 LGSS que literalmente exige, la asistencia de un tercero para la realización de los actos más esenciales de la vida.

Abstract

The sentence of the Supreme Court of 10th February 2015 resolves the appeal for the unification of doctrine that deals with the recognition of the situation of great disability for a person who shows proof of a very qualified loss of visual acuity, equated to total blindness. The Social Courtroom of the Supreme Tribunal pronounces about two essential issues: the relaxation of the law requirement of "factual fundamental identity" for the admission of the appeal and the reinterpretation of the art. 137.6 LGSS, which literally demands the assistance of a go-between for the fulfilment of the most essential acts of life.

Palabras clave

Recurso de casación para la unificación de doctrina en la concreción del grado de invalidez, ceguera como causa objetiva de gran invalidez, adquisición de habilidades adaptativas

Keywords

appeal for the unification of doctrine, precision of the disability degree, blindness as an objective cause of great disability, acquisition of adaptive abilities.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Debemos destacar que el Tribunal Supremo sólo en contadas ocasiones se ha pronunciado en torno a la determinación del grado de incapacidad permanente. La configuración legal del recurso de casación ha propiciado este hecho. Conforme al art. 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social "El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos". Los requisitos de procedibilidad del recurso de casación contenidos en el mencionado precepto (y en su antecesor, el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral), han provocado que el Tribunal Supremo haya declarado la ausencia de interés casacional de las pretensiones sobre incapacidad permanente: "*Es criterio jurisprudencial constante que:* "la calificación de la incapacidad permanente no es materia propia de la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el

enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general" (SSTS Sala General de 23 de junio de 2005 (Rcud. 1711/2004 y 3304/2004): Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, por las SSTS de 18/4/2007 (Rec.4757/2005); 13/11/2007 (Rec.81/2007); 15/11/2007 (Rec.4687/2006); 22/1/2008 (Rec.3890/2006); 4/03/2013 (Rec. 170/2012); 15/01/2015 (2015/7071). Adicionalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que "este tipo de litigios carece de interés –o contenido– casacional y que su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora que le es propia, sino que comprometería gravemente su funcionamiento, con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social" (STS de 17/02/2010, Rec. 52/2009, 4/03/2013, Rec. 170/2012)

Resulta por ello especialmente reseñable el hecho de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a pesar de la doctrina expuesta, haya aceptado pronunciarse sobre el caso que nos ocupa y que a continuación pasamos a analizar.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 4ª DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2015[1]

2.1. Los antecedentes de hecho

En el caso que nos ocupa, se valora el grado de incapacidad de un sujeto nacido en 1947, afiliado al RETA como mecánico a quien, en el año 2005, le fue reconocida una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común por padecer "miopía magna bilateral. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: agudeza visual de bultos en ojo derecho, con catarata secundaria y de 0,05 ojo izquierdo con atrofia coriorretiniana con afectación macular. Según OMS ceguera profunda (equivalente a 100% escala de Wecker)".

El actor inició expediente de revisión solicitando una declaración de gran invalidez, que debería producir efectos desde el 11-5-2012, sin que fuese necesario señalar fecha de revisión dada la edad del demandante. Fundamenta su pretensión en el padecimiento de las siguientes dolencias: ceguera profunda, ojo derecho cuenta dedos a un metro, ojo izquierdo movimiento de manos. Necesita ayuda de otra persona para realizar desplazamientos fuera de su domicilio así como para tomar la medicación pues tiene que tomar nueve medicamentos diarios dado que además de lo anterior padece: Cardiopatía isquémica tipo IAM inferoapical killip I. ACTP primaria sobre CD, FEVI conservada. Diabetes mellitus de reciente diagnóstico. Dislipemia.

El INSS denegó la declaración de gran invalidez y frente a esta resolución, el actor interpuso la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de León, que estimó su pretensión en la sentencia de 22 de octubre de 2012. El INSS recurrió en suplicación la mencionada resolución judicial y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, a través de la Sentencia de 13 de marzo de 2014, estimó su recurso.

[1] JUR\2015\65950. Recurso de casación para la unificación de doctrina número 1764/2014. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sempere Navarro.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, fundamentado en dos argumentos: en primer lugar, se identifica como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014; en segundo término, se alega la infracción del art. 137.1.d) y 6 de la LGSS.

2.2. La admisión a trámite del recurso. Valoración de la existencia de contradicción en materia de invalidez permanente

Como hemos tenido oportunidad de señalar, el Tribunal Supremo ha venido declarando que la unificación de doctrina resulta de difícil aplicación en lo que atañe a la calificación de la incapacidad permanente. También en este caso se subraya que "las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables dado que, en principio, lesiones que son aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo, especialmente si se trata de profesiones distintas o aun siendo iguales, cuando se desempeñan en situaciones diferentes" (Fundamento de Derecho Segundo).

Sin embargo, en esta ocasión, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide efectuar una excepción, admitiendo a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina. Ello obliga a justificar los motivos que sustentan la admisión del recurso, a la vista de lo preceptuado por el art. 219.1 LRJS y la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala al respecto. Así, aunque se alude al hecho de que "la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS , en términos idénticos a los del precedente art. 217 LPL , no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales", ello se pondera inmediatamente al afirmar que "la igualdad sustancial a que alude la Ley no debe interpretarse con un rigor tal que impida el acceso al recurso de temas tan importantes como el presente, cuando existe la necesaria paridad en los hechos. De exigirse una identidad absoluta la contradicción sería prácticamente imposible (…)". En definitiva, se afirma que "esta imprescindible flexibilización, a su vez, no puede desembocar en la neutralización de la exigencia legal relativa a la identidad fáctica sustancial".

Descendiendo al supuesto que nos ocupa, la STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2014 reconoció que el actor, necesitaba el auxilio de una tercera persona para desplazarse fuera de su domicilio, dada la relevancia de sus dolencias visuales. Pero la Sala considera evidente "que puede valerse por sí mismo para alimentarse, vestirse, asearse, es decir, para la mayor parte de los actos propios de la vida diaria que afectan a la intimidad y dignidad de la persona, por lo que no puede ser reconocido en situación de gran invalidez".

A la vista de lo expuesto, dada la negativa de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla León a reconocer al actor la situación de gran invalidez, se decide interponer recurso de

casación para la unificación de doctrina, identificando como sentencia de contraste, tras un complejo periplo procesal[2], la STS de 3 de marzo de 2014.

Efectivamente, la STS de 3 de marzo de 2014, aborda el supuesto de una trabajadora que solicita que la gran invalidez por el agravamiento de las dolencias que sustentaron el reconocimiento de su situación de incapacidad permanente absoluta: Atrofia coriorretinariamiópica severa A.O. Limitaciones orgánicas y funcionales: AVL: O.D. sc 005 cc 005 (+1) (-1 esf -1 cil a 100). OI. sc < 005 no mejora cc'. En instancia la demanda se desestimó, pero en suplicación fue atendida, habiendo confirmado el Tribunal Supremo esta última sentencia.

Se considera que en este supuesto concurre la mencionada identidad fáctica sustancial, dado que en ambos casos se está en presencia de actores "ciegos", quienes reclaman el reconocimiento de una gran invalidez (desde una situación de incapacidad permanente absoluta). Existe no obstante una diferencia entre la sentencia recurrida y la de contraste, toda vez que en la primera, consta que el recurrente necesita ayuda de una tercera persona para realizar determinadas actividades (desplazamientos fuera de su domicilio y administración de la medicación), mientras que esta circunstancia no se recoge en la segunda, en la que se da por sentado que la ceguera que padece la actora "implica siempre la ayuda de tercera persona", produciéndose una "objetivación de las lesiones". Las resoluciones judiciales dictadas en uno y otro caso son contradictorias. La sentencia recurrida considera que no puede reconocerse al actor la condición de gran inválido ya que aunque "puede necesitar ayuda puntual de otras personas para determinados actos como pasear fuera de su domicilio o tomar medicación, en realidad puede realizar los actos esenciales de la vida como asearse, comer, vestirse, etc.". Por el contrario, la sentencia de contraste entiende que por el simple hecho de ser "ciega" debe reconocerse a la actora la situación de gran invalidez, independientemente de que la persona pueda realizar actos esenciales de la vida, que sólo necesite ayuda "puntual" de tercera persona, e incluso que pueda realizar trabajos compatibles con su estado de salud. En definitiva, las sentencias objeto de comparación permiten el contraste en atención a los hechos, pretensiones, fundamentos y fallos.

2.3. Ceguera y gran invalidez en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Una mirada al pasado para redefinir el presente

El punto de partido obligado es la interpretación del art. 137.6 de la Ley General de Seguridad Social, precepto que define la gran invalidez como "la situación del trabajador

[2] En realidad, la parte recurrente, en su escrito de preparación (art. 221 LRJS), presentado el 25-03-2014, invoca tres sentencias de contraste: a) STSJ Extremadura, de 23 de septiembre de 2010 (Rec. 321/2010); b) STSJ Andalucía (Sevilla) de 10 de octubre de 2012; y c) STSJ Castilla León (Valladolid), de 13 de octubre de 2011 (Rec. 134/2011). Posteriormente, mediante escrito de 01-04-2014, amplió el de preparación del recurso para que se tuviera en cuenta, como sentencia de contraste, la del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (Rec. 1246/2013). En el escrito de impugnación del recurso, la Administración de la Seguridad Social descarta que la STS de 3 marzo 2014 pueda utilizarse como referencial, porque no estaba en el escrito de preparación. Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que el escrito de ampliación se presentó dentro de plazo y por lo tanto el grave defecto procesal denunciado es inexistente. El escrito de interposición de la parte recurrente insiste en invocar las tres sentencias de contraste citadas en preparación y la STS de 3 de marzo de 2014 (Rec. 1246/2013). Por Diligencia de Ordenación de 10-06-2014 se otorgó plazo de 10 días a la parte recurrente para que seleccionara una sola resolución de contraste, lo que hizo con fecha 24-06-2014 a favor de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (Rec. 1246/2013).

afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos".

¿Cuáles son los términos del debate casacional? Como ya hemos señalado, se trata de determinar el alcance de la situación invalidante de una persona que padece una grave alteración visual, calificada como ceguera. Dos son las interrogantes que se plantean en torno a esta materia:

A) La primera, si la persona que sufre una alteración visual que da lugar a la calificación de ceguera, puede ser objetivamente considerada, a efectos de las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, en situación de gran invalidez.

B) En segundo lugar, si esa situación ya no corresponde a quien es capaz de percibir algún tipo de estímulo luminoso y puede (por factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros) realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso efectuar trabajos no perjudiciales con su situación.

Efectivamente, la ceguera comporta la existencia de una gran invalidez, como ha señalado reiteradamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, si bien, tal operación jurídica se ha desarrollado en el contexto de la resolución de recursos de casación por infracción de ley. Hasta la STS de 3 de marzo de 2014 –sentencia de contraste–, sólo de manera indirecta se había abordado la cuestión que nos ocupa en unificación de doctrina. Por ello, reviste una importancia trascendental el hecho de que la STS de 3 de marzo de 2014, en su Fundamento Jurídico Tercero, incluya referencias expresas a las principales sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (que resuelven recursos de casación en infracción de ley) en relación a la ceguera total y situaciones asimilables en relación con la situación de gran invalidez, efectuando un interesante recorrido por la evolución jurisprudencial de esta cuestión, a la luz del análisis del caso concreto. El citado Fundamento jurídico constituye una herramienta de gran valor para el intérprete, toda vez que contiene todo un elenco de sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas postconstitucionales, de las cuales la Sala selecciona y reproduce textualmente los argumentos jurídicos más relevantes para avalar su posición actual. Curiosamente, el pasado –las referencias se remontan a 1979–, ha sido determinante a la hora de interpretar actualmente el concepto de gran invalidez en lo que respecta a la ceguera[3].

[3] Entre todas las Sentencias expresamente traídas a este fundamento jurídico, interesa resaltar la STS de 18 de octubre de 1980 que afirma que "estando afecto el demandante de enfermedad que le produce "ceguera absoluta" ello constituye a quien la sufre en un "Gran Inválido", situación que ya fue tenida presente en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de Junio de 1.956, en cuyo articulo 41 c) las calificó de incapacidad absoluta, si bien posteriormente, y a la vista de las consecuencias que de la misma se derivan, el Decreto de 5 de Junio de 1963, dispuso la situación de gran invalidez para quienes padecen ceguera absoluta y si bien es cierto que los referidos preceptos no fueron recogidos en la Ley de Seguridad Social vigente, indudablemente han de ser tenidos en cuenta como orientadores e indicativos (…)".

Es el Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 3 de marzo de 2014, el que contiene la doctrina unificada sobre el tema que nos ocupa (reproducida en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 10 de febrero de 2015):

- "Una persona que pueda ser considerada ciega, por estar indiscutidamente dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir pérdida de la visión a ella equiparable (cuando, sin implicar uña absoluta anulación de la misma, sea funcionalmente equiparables a aquélla) reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez.

- Aunque no hay una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera.

- Es claro que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, aunque no figure así en los hechos declarados probados de la correspondiente resolución judicial, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada.

- No debe excluir tal calificación de gran invalidez la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación".

3. CONCLUSIONES

En definitiva, si una persona padece ceguera total o la pérdida de visión equiparable a la misma –agudeza visual inferior a una décima en cada ojo– su situación, objetivamente, es incardinable en la gran invalidez. Y ello aunque no requiera de manera continuada la colaboración de un tercero para la realización de tareas esenciales de la vida y/o haya llegado a adquirir determinadas habilidades adaptativas que le permitan prescindir de ayuda permanente.

A la vista de lo expuesto, la STS de 10 de febrero de 2015, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, reconociendo al actor la situación de gran invalidez.

La relevancia de la sentencia objeto de nuestro análisis es indiscutible, y ello en orden a las siguientes razones:

a) Consolida una interesante línea jurisprudencial en virtud de la cual se admite el recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de determinación del grado de invalidez. Cierto es que la Sala insiste en que esta posibilidad tiene carácter excepcional, pero interesa reseñar que expresamente se alude a la "imprescindible flexibilización" en la consideración del requisito legal de "identidad fáctica sustancial" contenido en el art. 219.1 de la LRJS de cara a la admisión del recurso. La sentencia de contraste primero, y la que ahora comentamos, marcan un antes y un después en lo tocante a esta cuestión. La circunstancia de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reitere esta argumentación jurídica, implica que lo que hasta este momento era constitutivo de una mera "doctrina

unificada", se convierte en "doctrina jurisprudencial", en el sentido expresado por el art. 1.6 del Código civil: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

b) Pero esa no es la única cuestión novedosa y reseñable de la STS de 10 de febrero de 2015. El aspecto procesal ya señalado, se ve complementado por dos cuestiones vinculadas al Derecho sustantivo especialmente significativas. La primera se refiere al hecho de que el Tribunal Supremo considera que la ceguera total o la pérdida de agudeza visual asimilable a la misma –visión reducida al 10 por 100 o menos en cada ojo–, objetivamente constituye una situación de gran invalidez, con independencia de otras consideraciones. Ello conduce a la segunda precisión: se efectúa una interpretación flexible y humanista del art. 137.6 de la Ley General de Seguridad Social, que literalmente exige para el reconocimiento de la situación de gran invalidez, la necesidad de "asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos". La Sentencia comentada admite que se reconozca la situación de gran inválido a una persona que no necesite de manera continuada la ayuda de un tercero para el desarrollo de actividades esenciales de la vida, apartándose así de la interpretación literal del mencionado precepto que había presidido anteriores pronunciamientos.

c) En definitiva, el Tribunal Supremo, ha efectuado un viraje en la interpretación de los arts. 219.1 LRJS y 137.6 LGSS que, sin lugar a dudas, desplegará relevantes consecuencias. De un lado, abre un resquicio en la fortaleza construida para acotar el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina en lo que respecta a la determinación del grado de invalidez. Con ello, irrumpe una bocanada de aire fresco en la interpretación que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo venía realizando del requisito de "identidad fáctica sustancial" para admitir a trámite el recurso. A la vista está que se trata de una interpretación mucho más acorde a la finalidad de la norma, pues la pertinaz negativa a considerar tal identidad, tal y como acontecía con anterioridad a las SSTS de 3 de marzo de 2014 y 10 de febrero de 2015, conducía a situaciones de manifiesta injusticia, ya que el rechazo a aceptar a trámite el recurso propiciaba que situaciones "sustancialmente idénticas" tuviesen un tratamiento jurídico diverso. No hay más que examinar los antecedentes de hecho de las sentencias objeto de comparación, para constatar que, efectivamente, la identidad sustancial es posible. La ceguera total o la pérdida de agudeza visual de un 90 por 100 en cada ojo, es un hecho objetivable que debe tener unas consecuencias jurídicas unívocas.

Del mismo modo, compartimos con la Sala que la adquisición de habilidades adaptativas por parte de la persona que padece esta dolencia no puede constituir un obstáculo de cara al reconocimiento de la gran invalidez. La situación de necesidad de una persona ciega total o con una visión del 10 por 100 en ambos ojos, es objetiva y debe incardinarse en la gran invalidez, sin que los esfuerzos realizados para adaptarse a una dolencia de tales características, puedan desplegar efectos negativos en cuanto a la calificación del grado de invalidez. Exigir que la persona que ha perdido la visión en los términos expresados, necesite de manera continuada y permanente la asistencia de un tercero para desenvolverse en las actividades vitales esenciales, no resulta de recibo. Tal y como la Sentencia señala, la adquisición de habilidades para la realización de actividades esenciales de la vida constituye un elemento motivador de cara a la reinserción social de la persona, y precisamente por ello no puede constituir una traba insalvable de cara al reconocimiento de la condición de gran inválido.

Compatibilización entre situación asimilada al alta, derivada de la vigencia de excedencia por cuidado de hijo o familiar, y realización de actividad productiva (STS, Sala IV, 708/2015, de 10 de febrero)

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA
PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

La sentencia 708/2015 dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, con fecha 10 de febrero, viene a zanjar las dudas respecto a la correcta interpretación de lo que ha de entenderse por situación asimilada al alta, a los efectos del reconocimiento de la prestación por maternidad, en los supuestos de periodos de excedencia por cuidado de hijo, durante los cuales, se ha realizado actividad productiva por cuenta propia. Esta Sentencia aporta así un criterio claro a seguir para considerar compatible la realización de estas actividades con la citada excedencia, sin que ello suponga necesariamente, que deba decaer la naturaleza causal de esta excedencia, y con ello, la pérdida de su consideración como situación asimilada al alta.

La doctrina que en esta Sentencia 708/2015 unifica la Sala IV del Tribunal Supremo, presenta así mismo la virtualidad de resultar extensiva a otros supuestos de hecho similares a la excedencia por cuidado de hijo, como es el caso de la motivada por cuidado de familiar. De igual forma, dicha interpretación permitirá igualmente su aplicación en los supuestos de actividad productiva por cuenta ajena.

Palabras clave

Excedencia por cuidado de hijo, Situación asimilada al alta, prestaciones por maternidad, derechos de conciliación de la vida familiar y laboral

Abstract

The judgment 708/2015 from Supreme Court from 10 th February ends doubts about the correct interpretation of similar service for the purposes of recognition of maternity benefit in cases of periods child care leave, when the workers do productive activity .This provides a clear interpretation for considering support these activities with the leave, without the loss of the causal nature of this leave or loss of consideration as an equivalent situation.

This judgment 708/2015 extends to other similar cases, as in the case of family care leave. This interpretation can also be applied to cases of paid employment.

Keywords

Child care leave, situation similar service, rights maternity benefit, reconciling work and family life.

1. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO

1.1. Antecedentes de hecho

Tal y como consta en el relato de los antecedentes de hecho de la Sentencia 708/2015, de 10 de febrero, emitida por la Sala IV del Tribunal Supremo que constituye el objeto de estudio, la actora tras el nacimiento de su quinto hijo, solicita el 23 de julio de 2010, excedencia en su empresa, en la que venía desempeñando las funciones de jefa de zona, sometida por tanto al Régimen General de Seguridad Social, para encargarse del cuidado del menor, al amparo del art. 46.3 ET, excedencia que le fue concedida.

Estando vigente esta situación, el día 1 de septiembre de 2010, la actora decide darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos –RETA– para ejercer una

actividad cuyas características de ubicación y flexibilidad de horario, le permitían hacer compatible el desarrollo de la misma con el fin esencial de atender al cuidado de su hijo.

El 13 de agosto del 2011, la actora da a luz a su sexto hijo y motivada por esta circunstancia, solicita la correspondiente prestación de maternidad, al amparo del art. 133 ter del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de Seguridad Social –LGSS–, así como de los arts. 1, 2 y 3 del RD 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. Ante dicha solicitud, la Entidad Gestora reconoce la prestación solicitada en el RETA, pero le deniega la solicitada en el Régimen General, motivando dicha denegación en el hecho de que la actora no se encontraba en alta ni en situación asimilada en el Régimen General, de acuerdo con lo previsto en el art. 180 de la citada LGSS, en relación con la Disposición Adicional Cuarta, párrafo primero, del RD 295/2009, de 6 de marzo.

Ante esta negativa, la actora decide demandar a la entidad gestora, siendo esta demanda estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de León, de 29 de mayo de 2013, la cual, reconoce el derecho a la prestación de maternidad por el nacimiento de su sexto hijo.

Esta sentencia de instancia es posteriormente recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, en su sede de Valladolid, entendiendo dicha Sala, en su sentencia de 30 de octubre de 2013, que debe estimar este recurso planteado por las citadas entidades y por tanto, revoca la sentencia dictada en instancia. Para ello, la citada Sala de lo Social basa su argumentación en entender que el desarrollo de una actividad profesional durante la vigencia de la excedencia por cuidado de hijo en un trabajo anterior, provoca que decaiga aquella situación de excedencia, por lo que no podrá entenderse que exista la situación asimilada al alta que de esta excedencia se haría derivar y, en base a ello, entiende justificada la denegación de la prestación por maternidad solicitada por la actora.

Este mismo criterio había sido ya esgrimido con anterioridad por esta misma Sala del TSJ de Castilla y León, en Sentencia de 8 de abril de 2013 (JUR/2013/178849). La argumentación seguida en ambos pronunciamientos, se basa en considerar la naturaleza causal de la situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar, considerando como tal, la dedicación en exclusiva al cuidado del menor o familiar que la motiva. Por lo que, siguiendo con la línea argumentativa mantenida por esta Sala de lo Social, la realización de actividades productivas durante el periodo de disfrute de estas excedencias, provocará la pérdida de la causa de las mismas y su transformación a una mera excedencia voluntaria, no correspondiéndole a ésta la consideración de situación asimilada al alta.

Es la sentencia emitida por esta Sala del TSJ de Castilla León, el 30 de octubre de 2013, la que posteriormente se recurre por la actora en casación, aportando como sentencia de contraste, la Sentencia 504/2012, emitida por la Sala Social del TSJ de Aragón, de 10 de octubre. Esta última sentencia mantiene como criterios de identidad con la recurrida, el hecho de versar también sobre el reconocimiento de la prestación de maternidad solicitada por una trabajadora, que al igual que la ahora actora, se encontraba en situación de excedencia por cuidado de un hijo y que durante la vigencia de esta situación, desarrolló durante cuatro meses y medio una actividad profesional compatible con el cuidado del

menor, aunque en este caso concreto, esta actividad se realizó con sujeción al Régimen General y a tiempo parcial. Las diferencias que, en este sentido, mantiene la Sentencia de contraste con la recurrida en casación, se basan por tanto en el distinto régimen a que quedaban sometidas las actividades productivas realizadas en cada caso por las distintas actoras, quedando en el caso de la Sentencia 504/2012, dictada por el TSJ de Aragón, sometida al Régimen General y en el caso de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León que se eleva a casación, al Régimen de Trabajadores Autónomos. No obstante, esta diferencia es calificada por la Sala IV del Tribunal Supremo encargada de resolver el recurso de casación, como de "diferencia irrelevante".

En concreto, la sentencia 504/2012, del TSJ de Aragón de 10 de octubre, aportada como contradictoria, entendió que el mero hecho de prestar servicios a tiempo parcial en una empresa durante la vigencia de una excedencia por cuidado de hijo, pese a poder motivar un despido, no supone la pérdida de efectos derivados de la situación de excedencia. En este sentido, mantiene la Sala que, puesto que la empresa no había despedido a la actora, la situación de excedencia subsistía en la fecha en que tiene lugar el nacimiento de su segundo hijo. En base a esta vigencia, la Sala reconoce la situación asimilada al alta en que se encontraba la actora en el momento del hecho causante y por ende, el reconocimiento de la prestación por maternidad que le había sido denegada por el INSS, por entender que no se cumplía el requisito de encontrarse en situación asimilada al alta.

1.2. ¿Posible compatibilización o uso abusivo del Derecho?

En la Sentencia 708/2015 de la Sala IV del Tribunal Supremo, 10 de febrero, que resuelve este recurso de casación en unificación de doctrina, reconoce la Sala que la actora se encontraba en situación asimilada al alta en el momento de solicitar la prestación por maternidad, por aplicación del artículo 180.1 LGSS, según el cual, los tres años de período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido (…) tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Así mismo, la sentencia trae a colación el art. 2.6 del RD 295/2009, de 6 de marzo, según el cual, en caso de pluriempleo o pluriactividad, el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos.

Con este pronunciamiento la Sala IV del Tribunal Supremo corrige la restrictiva interpretación que había venido manteniendo la Sala Social del TSJ de Castilla León, la cual, mantenía como línea de argumentación que la realización de actividad por cuenta propia durante la vigencia de la situación de excedencia por cuidado de hijos, llevaba aparejado un cambio en la naturaleza de esta situación, pasando así de excedencia forzosa a voluntaria, con las nada desdeñables consecuencias jurídicas que de ello se harían derivar para quien se encuentra en dicha situación, centradas básicamente en que no llevaría aparejado el reconocimiento de tres años como periodo de cotización efectiva y por tanto, como situación asimilada al alta, así como la pérdida del derecho a reserva del puesto de trabajo, quedando el mismo reducido a un mero derecho de reintegro preferente en la empresa en caso de existir vacante, tal y como se desprende del art. 46.5 E.T.

Esta argumentación mantenida por algunas Salas de lo Social de nuestro país[1] que ahora queda superada con la doctrina de la Sala IV, partía de considerar que se producía un uso abusivo del derecho a la excedencia por cuidado de hijo o familiar, cuando durante su vigencia se llevaba a cabo una actividad productiva, entendiendo que la misma quedaba reducida a mero pretexto, dado que la concurrencia de los requisitos legales para entender existente esta excedencia, era utilizada realmente para realizar una finalidad distinta de las labores de cuidado que le servían de motivación. De esta forma, partían de la convicción de que el hecho de compatibilizar estos periodos de excedencia con la realización de actividad productiva, conllevaba la desatención del menor o familiar, sin entrar a valorar realmente si las condiciones de ubicación, proximidad, flexibilidad horaria, jornada, etc, en las que se desarrollaba dicha actividad productiva, permitían la efectiva compatibilización con las actividades de cuidado, quedando con ello asegurada la atención del menor o familiar que había motivado la excedencia.

Afortunadamente esta interpretación no era unánimemente compartida por todas las Salas de lo Social, entendiéndose en otros casos, que esta compatibilización sí era posible, sin que la realización de otra actividad por parte del trabajador o trabajadora, durante el periodo de excedencia por cuidado de hijo, supusiera sin más la pérdida de su naturaleza causal, admitiendo que era posible el mantenimiento de la misma con la realización de actividades que "por su característica, ubicación, horario, jornada…pudiera convenir más al trabajador durante ese periodo"[2].

2. CUANDO LO DETERMINANTE ES EL CUIDADO EFECTIVO –QUE NO EXCLUSIVO– DEL MENOR. LA PUESTA EN VALOR DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

La Sentencia 708/2015 emitida por la Sala IV del Tribunal Supremo, de 10 de febrero, tiene la virtualidad de unificar la doctrina ante la existencia de las distintas interpretaciones que como comprobamos, venían manteniendo las Salas de lo Social de los TSJ, respecto a los efectos que se harían derivar de la realización de actividad productiva durante la vigencia de una situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar. En concreto, y por lo que interesa a los derechos controvertidos en esta Sentencia, si de esta compatibilización era posible deducir o no la pérdida de la condición de asimilación al alta, a efectos de reconocimiento de prestaciones derivadas de nuestro sistema de Seguridad Social.

De esta forma, la Sala IV del Tribunal Supremo reconoce en primer lugar, que no cabe exigir el requisito de "dedicación exclusiva" al cuidado de hijo o familiar, tal y como venían entendiendo algunas de nuestras Salas de lo Social, para considerar vigente la excedencia por cuidado de los mismos, puesto que tal exigencia no se hace derivar del art. 180 LGSS. Por el contrario, la Sala IV reconoce legítima la aspiración de los progenitores en situación de excedencia por cuidado de hijo, madres en la inmensa mayoría de las ocasiones,

[1] Esta argumentación es posible apreciarla entre otras en la Sentencia 498/2010, de 19 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

[2] Este era el criterio seguido entre otras, por la Sala de lo Social de la Comunidad Valencia en su Sentencia 1391/2000, de 4 de abril y por la propia Sentencia de TSJ de Aragón de 504/2012, de 10 de octubre, aportada como contradictoria.

de obtener unos ingresos que compensen el salario dejado de percibir, precisamente como consecuencia de encontrarse en esta situación.

A efectos de valorar la viabilidad de esta posible compatibilización entre situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar y desarrollo de actividad productiva, ya sea ésta por cuenta propia o ajena, sin que ello venga a suponer el menoscabo de la consideración que la primera merece a nuestro ordenamiento jurídico, como situación asimilada al alta, el único criterio que la Sala considera determinante es que las condiciones en que se desarrolle la actividad productiva permitan realizar de forma adecuada el cuidado del menor o familiar. De esta forma, quedando este hecho probado en la sentencia de instancia, la Sala IV reconoce la subsistencia de la situación asimilada al alta y por consiguiente, el derecho de la actora a la correspondiente prestación por maternidad, derivada tanto del Régimen General como del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Con este pronunciamiento, el Tribunal Supremo se aparta de rigideces infundadas que en tantas otras ocasiones vienen aún hoy manteniendo nuestras Salas de lo Social, a la hora de dotar de contenido efectivo a los derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral y cuyo resultado viene consistiendo en dificultar, en la práctica, el ejercicio de los mismos.

Por tanto, a tenor de este nuevo pronunciamiento emitido por la Sala IV del Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 2015, hemos de entender que la excedencia por cuidado de hijos o familiares no perderá su objeto ni razón de ser por el hecho de realizar durante su vigencia otra actividad productiva, bien sea por cuenta ajena o por cuenta propia, en tanto se acredite que las condiciones en que ésta se ha desarrollado, han permitido realizar de forma efectiva las labores de cuidado del menor o familiar que dota a aquélla de fundamento. De esta forma, se abre la posibilidad de seguir considerando como situaciones asimiladas al alta estos periodos de excedencia por cuidado de hijos o familiares, con el consiguiente reconocimiento de las distintas prestaciones que puedan hacerse derivar de nuestro Sistema de Seguridad Social.

La doctrina que de esta forma sienta la Sala Social del Tribunal Supremo se muestra favorable al desarrollo del derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En este sentido, cabe recordar que la actual redacción que presenta el art. 180.1 de la LGSS se hace derivar de la L.O 3/2007 para la Igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres, siendo modificado posteriormente por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La contribución que de esta doctrina cabe esperar al desarrollo de este derecho fundamental a la igualdad, consiste en evitar la penalización que hasta ahora venían manteniendo algunas Salas de lo Social, consistente en hacer recaer sobre quienes solicitaban esta situación de excedencia, la imposibilidad de obtener recursos económicos derivados de actividades productivas, durante la vigencia de estos periodos. Debemos recordar, además, que las situaciones de excedencia motivadas por cuidado a hijos[3] o familiares[4] vienen recayendo en nuestro país en abrumadora

[3] Según los datos oficiales publicados por el Instituto de la Mujer, correspondientes al año 2013, último año del que aparecen publicadas estadísticas oficiales, el porcentaje de mujeres entre quienes se encuentran en esta situación de excedencia por cuidado de hijos, es el 94,5%. Vid. http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6

mayoría sobre las trabajadoras, por lo que eran éstas las principalmente afectadas por esta limitación que ahora aparece superada por la doctrina sentada en unificación.

Esta doctrina resulta así mismo acertada, desde otro punto de vista muy distinto al anterior, como es la conveniencia de fomentar que emerjan las actividades que en muchos casos se vienen realizando en nuestro país, sin sujeción al correspondiente régimen de Seguridad Social, con el fin precisamente de evitar la contribución al mismo. De esta forma, la obtención de las prestaciones derivadas de ambos regímenes de Seguridad Social puede actuar en la práctica como incentivo para procurar la situación de alta en la segunda actividad, incentivo éste que decaería si la contribución al mismo no se hiciese acompañar del correspondiente reconocimiento del derecho a obtener las prestaciones correspondientes.

3. CONCLUSIONES

La sentencia 708/2015 dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, con fecha 10 de febrero, que constituye el objeto de este estudio jurisprudencial, viene a representar una novedosa interpretación de lo que ha de entenderse por situación asimilada al alta, a los efectos del reconocimiento de la prestación por maternidad, en los supuestos de periodos de excedencia por cuidado de hijo, durante los cuales se ha realizado actividad productiva por cuenta propia. La novedad reside en este caso en que la Sala IV aporta un criterio claro a seguir para considerar compatible la realización de estas actividades con la citada excedencia, sin que ello suponga necesariamente, en contra del criterio que venían manteniendo distintas Salas de lo Social, que deba decaer la naturaleza causal de esta excedencia, y con ello, la pérdida de su consideración como situación asimilada al alta.

Habrá que estar, por tanto, a las circunstancias concretas del caso para valorar si las condiciones en que se ha desarrollado la actividad productiva durante los periodos de excedencia hacen posible la compatibilización de la misma con las labores de cuidado, puesto que si ello es así habrá que entender la subsistencia de la naturaleza causal de esta excedencia y, con ello, de la situación de asimilación al alta que de ella se hace derivar.

La doctrina que en esta Sentencia 708/2015 unifica la Sala IV del Tribunal Supremo, presenta, así mismo, la virtualidad de resultar extensiva a otros supuestos de hecho similares a la excedencia por cuidado de hijo, como es el caso de la motivada por cuidado de familiar. De igual forma, dicha interpretación permitirá igualmente su aplicación en los supuestos de actividad productiva por cuenta ajena.

De esta forma, esta Sentencia se inscribe claramente en aquella corriente mantenida por algunas de nuestras Salas de lo Social, favorable a dotar de contenido efectivo a los derechos reconocidos en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral, en concreto y en el caso que nos ocupa, en una vertiente tan sensible para el efectivo ejercicio de los mismos, como es el reconocimiento de prestaciones de carácter contributivo derivadas de nuestro Sistema Público de Seguridad Social.

[4] En el caso de excedencia por cuidado de familiar, el porcentaje de mujeres entre quienes ejercitan esta situación es el 85,22%. Fuente: Instituto de la Mujer. http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

La regulación de la protección por desempleo en Europa y en los Estados Unidos. Un estudio de Derecho comparado
The unemployment protection legislation in Europe and in the United States. A study of Comparative Law*

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS
PROFESOR DOCTOR CONTRATADO INDEFINIDO
ESCUELA UNIVERSITARIA DE RELACIONES LABORALES
CENTRO ADSCRITO UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

En este trabajo se analizan algunos de los ordenamientos jurídicos nacionales más significativos desde un punto de vista comparatista, en lo tocante a la regulación de la protección por desempleo. Sobre la base de la distinción entre legislación codificada y no codificada de seguridad social, aborda los ordenamientos jurídicos de Francia, Alemania, Portugal, Italia y Gran Bretaña, desde los puntos de vista sustantivo y procesal. También compara, siempre en relación con el tema de la regulación de la protección por desempleo, los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos y de la Unión Europea.

Palabras clave

Protección por desempleo; Derecho comparado; Seguridad social; Legislación codificada; Legislación no codificada

Abstract

In this paper some of the most significant legal orders are analyzed from a comparatist point of view, regarding the subject matter of the legislation about unemployment protection. On the basis of the differentiation between codified and non codified social security legislation, it deals with the legal orders of France, Germany, Portugal, Italy, and Great Britain, from the substantive and procedure points of view. It also compares, always relating to unemployment protection legislation, the legal orders of the United States and of the European Union.

Keywords

Unemployment protection; Comparative Law; Social security; Codified legislation; Non codified legislation

1. PLANTEAMIENTO

Lógicamente, abordar el concreto tema a que se refiere este escrito –al igual que abordar cualquier otro de Derecho comparado– exige ajustarse a determinadas pautas metodológicas, ya puestas de relieve por la doctrina científica a la que sigo, y que reconduzco a las siguientes[1]. En primer lugar, la reduccionista de que «el Derecho comparado nada tiene que ver con ordenaciones alfabéticas de Estados, que empezasen en la "A", quizá con Afganistán, y concluyesen en la "Z", seguramente con Zimbabwe»[2]. En segundo lugar, sobre la base de la existencia de países del

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal DER2012-38745, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

[1] Desde otro punto de vista, pero con utilísimo aparato dogmático, véase D. PIETERS, *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, 2ª ed., Kluwer Law International (Alphen aan den Rijn, 2006), págs. 73 y ss.

[2] Cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. XXII.

llamado «primer mundo» que resultan comparativamente irrelevantes («al menos al lado de otros que desde siempre figuraron en la vanguardia del progreso y del conocimiento jurídicos, también desde el punto de vista laboral y de la seguridad social»)[3], la de que la selección de países apuntada obliga a incluir en la misma «los cuatro más "grandes" de Europa (esto es, Alemania, Francia, Italia y Gran Bretaña, pero no el Reino Unido, por considerar perfectamente prescindible el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social noirlandés), más Portugal»[4] (esto último, «por evidentes razones transfronterizas», pues lo comparatistas españoles no pueden hacer abstracción del dato de su «particular condicionamiento de ser precisamente españoles»)[5], lo que lógicamente provoca que tengamos ya acotado, aunque sólo parcialmente, el término «Europa» que utilizamos en el título de este trabajo. Y en tercer lugar, la de que un estudio comparatista a múltiples bandas, como el que pretendemos realizar, tampoco podía preterir el ordenamiento de los Estados Unidos, aunque sólo fuese por causa del hecho de que dicho país –país gigante– sea la única «unidad nacional entidad oponible, en términos iuscomparatistas eficaces, al conjunto de administraciones públicas de la Unión Europea»[6], probándolo contundentemente el dato de la existencia de interacciones recíprocas entre el Derecho de los Estados Unidos y el Derecho de la Unión Europea, también en materias jurídico-laborales y de seguridad social[7]. Por todo ello, ajustándome a las premisas metodológicas citadas, en lo que sigue abordaré el tema de la regulación de la protección por desempleo (en principio, un asunto puro de seguridad social, aunque con alguna tendencia a desdibujarse[8], y en el que resulta clave la distinción de dos niveles de protección[9]) en ordenamientos europeos con legislación codificada de seguridad social (más en concreto, los de Francia y Alemania; cfr. *infra*, 2), en ordenamientos europeos con legislación no codificada de seguridad social (cfr. *infra*, 3, a propósito de los de Portugal, Italia y Gran Bretaña), en el ordenamiento de los Estados Unidos (en donde el tema posee, desde la perspectiva española, cierta peculiaridad comparatista de sumo interés, ligada al carácter federal de dicho país; cfr. *infra*, 4) y, por último, en los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros (cfr. *infra*, 5).

2. EN ORDENAMIENTOS EUROPEOS CON LEGISLACIÓN CODIFICADA DE SEGURIDAD SOCIAL

Sobre la base de que toda la legislación estructural francesa se encuentra codificada en una pluralidad de Códigos distintos –todos ellos gratuitamente accesibles, en versión consolidada, por medio del sistema oficial francés de difusión del Derecho a través de

[3] Ibidem.
[4] *Ibidem*, pág. XXIII.
[5] Ibidem.
[6] Ibidem.
[7] Acerca de ellas, tanto en un sentido como en otro, véase A. ARUFE VARELA, Los despidos colectivos en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio comparado con el Derecho español y el de la Unión Europea, Netbiblo (A Coruña, 2014), págs. 49 y ss., y 89 y ss.
[8] Sobre todo cuando se refiere al desempleo de larga duración. Al respecto, con planteamientos novedosos, véase J.L. MONEREO PÉREZ, «Desempleo de larga duración y medidas activas de "empleabilidad" e inserción laboral: a propósito del Acuerdo Político-Social de 15 de diciembre de 2014 y del RDL 16/2014, de 19 de diciembre, sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 3 (2015), págs. 15 y ss.
[9] Sobre la distinción entre dichos niveles contributivo y asistencial, muy claro y sugerente, véase J.I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO, «Algunas cuestiones sobre las modificaciones operadas en los requisitos de acceso a la protección por desempleo en el nivel contributivo de prestaciones», *Tribuna Social*, núm. 150 (2003), págs. 9 y ss.

Internet, donde también resulta posible la localización de la jurisprudencia[10]–, Francia presenta una singularidad muy grande en el tema de la regulación de la protección por desempleo, puesto que no se trata de un tema regulado en el Código francés de la Seguridad Social (*Code de la Sécurité Sociale*), sino en el Código francés del Trabajo (*Code du Travail*), lo que no obsta para que la doctrina científica francesa lo considere un asunto propio del Derecho de la Seguridad Social[11]. Este último Código remite la regulación de la protección por desempleo a «los acuerdos concluidos entre organizaciones representativas de empresarios y de trabajadores»[12], de acuerdo con los cuales el ente nacional gestor del desempleo contributivo es un ente paritario de naturaleza jurídica privada denominado en acrónimo UNEDIC (esto es, la *Union Nationale Professionnelle pou l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce*), lo que explica la singularidad de la ubicación en Francia de nuestro tema. De acuerdo con dicho Código, cabe distinguir, de un lado, el desempleo contributivo, cuya prestación estelar es la llamada «prestación de seguro [*allocation d'assurance*]», financiada «por las contribuciones de los empresarios y de los trabajadores»[13]; y de otro lado, el desempleo no contributivo, cuya prestación estelar es la llamada «prestación de solidaridad [*allocation de solidarité*]», a cargo del «fondo de solidaridad» regulado en el propio Código[14]. A pesar de la existencia en Francia de tribunales especiales de seguridad social, el contencioso de la protección por desempleo no es en Francia contencioso de la seguridad social –lo que parece lógico–, aunque tampoco es contencioso laboral[15]. En efecto, aunque sorprenda, el contencioso del desempleo contributivo es contencioso civil (lo ha confirmado muy recientemente una importante sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte de Casación)[16], mientras que el contencioso del desempleo no contributivo es, en cambio, contencioso administrativo (según confirma igualmente la más reciente jurisprudencia francesa)[17].

En Alemania, la legislación laboral estructural no se encuentra codificada –aunque se intentase hacerlo, sin éxito[18]–, a diferencia de lo que sucede con la legislación estructural de seguridad social, actualmente contenida en el Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), cómodamente manejable en versión consolidada en el portal en Internet

[10] Ubicado en www.legifrance.gouv.fr.

[11] Véase, por ejemplo, F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, 2ª ed., Dalloz (París, 2005), págs. 376 y ss.; y J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE y R. RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, 15ª ed. Dalloz (París, 2005), págs. 1107 y ss. Desde el punto de vista de la casuística judicial sobre protección por desempleo, véase X. PRÉTOT, *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, 2ª ed., Dalloz (París, 1998), págs. 621 y ss.

[12] Cfr. artículo L 5422-20.

[13] Cfr. artículo L 5422-9.

[14] Cfr. artículo L 5423-24.

[15] Al respecto, críticamente, véase J. SAVATIER, «Contentieux de l'assurance chômage», *Droit Social*, núm. 12 (2000), págs. 1130 y ss.

[16] Cfr. Sentencia de 18 diciembre 2014 (núm. de recurso 13-24449), «publicada en el Boletín». Acerca del altísimo valor jurisprudencia de este tipo de Sentencias «publicadas», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 344 y ss.

[17] Cfr. Sentencia de la Corte Administrativa de Apelación de Nantes de 27 noviembre 2014 (contencioso núm. 13NT02596).

[18] Véase págs. U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 5 y ss.

para la difusión del Derecho legislativo y reglamentario federal alemán[19]. Los doce Libros de que se compone este último fueron promulgándose progresivamente a partir de 1969[20], apareciendo regulado el tema de la protección por desempleo en dos de ellos. Se trata, de un lado, del Libro Segundo del Código de Seguridad Social (rotulado «Aseguramiento básico para demandantes de empleo [*Grundsicherung für Arbeitsuchende*]», y cuya abreviatura oficial es SGB 2), promulgado en 24 diciembre 2003 y últimamente modificado por Ley de 15 abril 2015, donde aparece regulada la protección no contributiva por desempleo[21], cuya prestación estelar es el legalmente denominado «subsidio de desempleo II [*Arbeitslosengeld II*]»[22]; y de otro lado, en el gigantesco Libro Tercero del Código de Seguridad Social (rotulado «Promoción del empleo [*Arbeitsförderung*]», y cuya abreviatura oficial es SGB 3), promulgado en 24 marzo 1997 y últimamente modificado por la recién citada Ley de 15 abril 2015, que trata –a lo largo de más de cuatro centenares de parágrafos– la protección contibutiva por desempleo y las políticas activas y pasivas de empleo ligadas al mismo[23], teniendo en cuenta que la prestación contributiva estelar por desempleo es el legalmente denominado «subsidio de desempleo [*Arbeitslosengeld*]»[24]. A diferencia de lo que sucede en Francia, la protección por desempleo es en Alemania un tema estricto de Derecho de la Seguridad Social, no sólo desde el punto de vista sustantivo –como acabamos de ver–, sino también desde el punto de vista procesal. En efecto, sobre la base de que existe en Alemania una jurisdicción laboral y, separada de ella, también una jurisdicción de seguridad social, la Ley del Tribunal de Seguridad Social (*Sozialgerichtsgesetz*) o, en su abreviatura oficial SGG, de 3 agosto 1953, afirma que «los tribunales de la jurisdicción de seguridad social [*Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit*] deciden conflictos jurídico-públicos [*öffentlich-rechtliche Streitigkeiten*]»[25], en una pluralidad de asuntos sobre seguros sociales, apareciendo expresamente mencionados «los asuntos de promoción de empleo»[26] y «los asuntos de aseguramiento básico para demandantes de empleo»[27], existiendo al respecto una constante y reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Federal alemán de Seguridad Social (*Bundessozialgericht*), donde aparece mencionada la más relevante doctrina científica sobre el tema (incluido el comentario oficioso de referencia, que es el llamado «Comentario Kasseler»)[28].

[19] Ubicado en www.bundesrecht.juris.de.
[20] Acerca de la historia de este Código, véase H. SCHELLHORN, *SGB XI — Pflegeversicherung*, 4ª ed., Luchterhand (Múnich, 2005), págs. 2 y ss.
[21] Sobre este Libro, véase W. EICHER (Ed.), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2013), págs. 1 y ss.
[22] Cfr. parágrafos 19 y ss.
[23] Sobre este Libro, véase J. BRAND (Ed.), *Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung –SGB III–. Kommentar*, 6ª ed., C.H.Beck (Múnich, 2012), págs. 9 y ss.
[24] Cfr. parágrafos 117 y ss.
[25] Cfr. parágrafo 51, apartado 1.
[26] *Ibidem*, núm. 4.
[27] *Ibidem*, núm. 4a.
[28] Por ejemplo, véase Sentencia de 18 noviembre 2014 (referencia B 4 AS 12/14 R), marginal 14, localizable en el sitio en Internet de este Tribunal ubicado en www.bundessozialgericht.de. Acerca de dicho característico género de la literatura jurídica alemana, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), págs. 7 y ss.

3. EN ORDENAMIENTOS EUROPEOS CON LEGISLACIÓN NO CODIFICADA DE SEGURIDAD SOCIAL

A diferencia de lo que sucede en Francia y Alemania –y a semejanza de lo que ocurre en España–, la legislación portuguesa de seguridad social no se encuentra codificada, apareciendo regulada la protección por desempleo en el Decreto-ley núm. 220/2006, de 3 noviembre, últimamente modificado por el Decreto-ley núm. 13/2013, de 25 enero[29]. Se trata de una norma que regula no sólo las políticas activas de empleo (bajo el rótulo genérico «Medidas activas»)[30], sino también la política pasiva de empleo o protección por desempleo en sentido estricto[31], afirmando respecto de estas últimas que «constituyen medidas pasivas», de un lado, la prestación contributiva de desempleo (denominada «subsidio de desempleo»)[32]; y de otro lado, la prestación no contributiva de desempleo (legalmente denominada «subsidio social de desempleo»)[33]. La protección por desempleo aparece asimismo mencionada en la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, de Bases Generales del Sistema de Seguridad Social[34], donde aparece tratado el tema crucial del contencioso de la seguridad social (que incluye el contencioso relativo a la protección por desempleo). De acuerdo con esta última Ley, a diferencia de lo que sucede en Alemania y en España (y con una coincidencia sólo parcial, respecto de lo que sucede en Francia), el contencioso de la seguridad social (y por tanto, el contencioso de la protección por desempleo) es lo que en España llamaríamos contencioso administrativo, pues «las acciones y omisiones de la administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa en los términos del Código de Proceso en los Tribunales Administrativos»[35]. Sobre el tema, existe una abundante y muy reciente jurisprudencia del Supremo Tribunal Administrativo portugués, en cuanto que cúspide de la jurisdicción contencioso-administrativa portuguesa, gratuitamente accesible (y con buscadores muy útiles) por medio del sitio oficial de difusión de la jurisprudencia portuguesa a través de Internet[36].

Sobre la base de que tradicionalmente la legislación italiana de seguridad social –por su caótica dispersión y sus alteraciones continuas– constituye un verdadero «mosaico»[37], la protección contributiva por desempleo acaba de ser sacudida por un reciente terremoto en Italia. Ha sido provocado por la promulgación de la Ley núm. 92, de 28 junio 2012, de disposiciones en materia de reforma del mercado del trabajo en una prospectiva de crecimiento, reciente modificada por el Decreto Legislativo núm. 22, de 4 marzo 2015, de disposiciones para la reordenación de la normativa en materia de amortiguadores sociales en caso de desocupación involuntaria y de recolocación de los trabajadores desocupados, en ejecución de la Ley núm. 183, de 10 diciembre 2014, cabiendo manejarla por medio del sitio

[29] Al respecto, véase A.J.B. CONCEIÇÃO, *Legislação da segurança social. Sistematizada e anotada*, 5ª ed., Letras e Conceitos (Lisboa, 2013), págs. 527 y ss.
[30] Cfr. artículo 4.
[31] Cfr. artículo 3.
[32] Letra a).
[33] Letra b).
[34] Véanse artículos 41 y 52.
[35] Artículo 77.
[36] Ubicado en www.dgsi.pt. Últimamente, por ejemplo, véase Sentencia de 19 junio 2014 (proceso núm. 01308713).
[37] Al respecto, véase R. PESSI, *Lezioni di Diritto della Previdenza Sociale. II. Profili storici*, 4ª ed., CEDAM (Padua, 2005), pág. 57.

oficial de difusión de la legislación italiana a través de Internet[38]. Ante todo, dicha Ley procede a crear el denominado «ASpI», afirmando que «a partir del 1 enero 2013 y en relación con los nuevos casos de desocupación verificados a partir de la citada fecha se instituye … el Aseguramiento social para el empleo (ASpI), con la función de proporcionar a los trabajadores que hayan perdido involuntariamente la propia ocupación una indemnización mensual de desocupación [*indennità mensile di disoccupazione*]»[39], sobre la base de que esta indemnización se reconoce a los trabajadores que cumplan el requisito de «hacer valer al menos dos años de aseguramiento y al menos un año de cotización en el bienio precedente al inicio del período de desocupación»[40]. Pero también procede a crear el llamado «mini-ASpI» –de carácter semicontributivo, al igual que alguno de los subsidios no contributivos españoles por desempleo[41], y que sustituye a la denominada «*indennità di disoccupazione con requisiti ridotti*»[42]–, indicando ahora que a los trabajadores que «puedan hacer valer al menos trece semanas de cotización de actividad laboral en los últimos doce meses, por la que se hayan abonado … cotizaciones para el aseguramiento obligatorio, se abona una indemnización … denominada mini-ASpI»[43]. Al igual que sucede en España, en Italia –eso sí, respecto de los trabajadores del sector privado– el contencioso laboral y el contencioso de la seguridad social están unidos, aunque –a diferencia de lo que sucede en nuestro país– los litigios sobre el tema se confían allí a los tribunales civiles[44].

Aunque en Gran Bretaña la protección por desempleo estaba originariamente regulada en la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social (*Social Security Contributions and Benefits Act*) de 1992, en 1995 se desgajó de la misma[45]. Desde entonces, aparece regulada en la Ley de Demandantes de Empleo (*Jobseekers Act*) de 1995 –aplicable en Inglaterra, Escocia y Gales (Gran Bretaña), pero no en Irlanda del Norte[46]–, que trata no sólo de las políticas activas de empleo, sino también del subsidio de desempleo (*jobseekers' allowance*), poseyendo este último una modalidad contributiva (esto es, sujeta a «condiciones basadas en la cotización [*contribution-based conditions*]»)[47] y una modalidad no contributiva (esto es, sujeta a «condiciones basadas en la renta [*income-based conditions*]»)[48]. Todos estos extremos han sido desarrollados por el gigantesco reglamento del subsidio de desempleo (*The Jobseeker's Allowance Regulations*) núm. 207 de 1996[49]. A

[38] Ubicado en www.normattiva.it.
[39] Artículo 2, apartado, 1.
[40] *Ibidem*, apartado 4, letra b).
[41] Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013), págs. 187 y ss.
[42] Al respecto, abordando el tema –como es usual en la doctrina científica italiana de seguridad social– en relación con los llamados «amortiguadores sociales», véase F. DEL GIUDUCE, F. MARIANI y M. SOLOMBRINO, *Compendio di diritto della Previdenza Sociale*, 9ª ed., Simone (Roma, 2013), págs. 221 y ss.
[43] *Ibidem*, apartado 20.
[44] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law, 2ª ed., cit., págs. 107 y ss.
[45] Poniendo de relieve la trascendencia del cambio legislativo, y contextualizándolo, véase T. BUCK, «Jobseeker's allowance: policy perspectives», *Journal of Social Security Law*, núm. 3 (1996), págs. 149 y ss.; y D. BONNER, «Jobseeker's allowance: an uneasy hybrid», *Journal of Social Security Law*, núm. 3 (1996), págs. 165 y ss.
[46] Cfr. sección 39.
[47] Cfr. sección 2.
[48] Cfr. sección 3.
[49] Lo he manejado, en versión consolidada, a través de la base de datos *Westlaw International*.

pesar de haberse desgajado su regulación de la general sobre cotizaciones y prestaciones de seguridad social, el contencioso de la protección por desempleo es del todo idéntico al contencioso de seguridad social, estando dividido en una primera fase cuasi-jurisdiccional (que se desarrolla ante el denominado Tribunal de Primer Nivel [*First-Tier Tribunal*] y luego ante el denominado Tribunal Superior [*Upper Tribunal*]), a la que subsigue una segunda fase plenamente jurisdiccional, desarrollada ante las Cortes de Derecho común (esto es, primero ante la Corte de Apelación [*Court of Appeal*], y luego ante la Corte Suprema del Reino Unido [*Supreme Court of the United Kingdom*])[50]. Este peculiar contencioso dual aparece descrito en el caso *Reilly and Wilson v. Secretary of State for Work and Pensions*, fallado el 12 febrero 2013[51], jaleado por nuestra doctrina científica, al haberse discutido frontalmente en él si parados y desempleados tenían o no el deber de aceptar un trabajo gratis en el sector privado, en cuanto que condición exigible para poder permanecer sujetos a los beneficios de las políticas británicas activas y pasivas de empleo[52].

4. EN EL ORDENAMIENTO DE LOS ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos –a diferencia de lo que sucede en Europa (eso sí, con todos los matices antes apuntados respecto de Francia)–, la protección por desempleo no se considera un tema de seguridad social, habiéndose explicado doctrinalmente entre nosotros el porqué («por la sencilla razón de que se trata de un asunto –siempre respecto del grueso de los trabajadores norteamericanos– no regulado en la Ley [federal norteamericana] de Seguridad Social [de 1935]»)[53]. Según esta misma doctrina científica, el Título III de dicha Ley «se limita a prever la concesión de subvenciones federales a los diversos Estados federados norteamericanos, con la finalidad de que monten sus propios sistemas estatales de protección por desempleo, lo que convierte este asunto en un tema de Derecho estatal»[54], aunque también es cierto que «la Ley norteamericana de Seguridad Social regula la protección por desempleo de los empleados públicos federales (más en concreto, en su Título XV, rotulado "Protección por desempleo para empleados federales [*Unemployment compensation for federal employees*]"), pero este hecho tiene simplemente la naturaleza de excepción que hace brillar la regla de que el Derecho del desempleo, en los Estados Unidos, no es Derecho de Seguridad Social»[55]. En consecuencia, resulta obligado remitirse a la legislación de cada uno de los cincuenta Estados federados norteamericanos, al efecto de conocer no sólo cuáles sean sus políticas pasivas de empleo, sino también cómo se articulan y desarrollan sus políticas activas de empleo, resultando especialmente llamativa a este respecto la legislación vigente en el Estado de California –en el que, como se sabe, sólo una media docena de Condados tienen más Producto Interior Bruto que toda Francia–, cuya ordenación del tema aparece

[50] Acerca de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law, 2ª ed., cit., págs. 106-107.

[51] La referencia oficial del caso es «[2013] EWCA Civ 66». Puede localizarse gratuitamente en las bases de datos www.judiciary.gov.uk y www.bailii.org.

[52] Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «Trabajar gratis como medida pública de fomento de la empleabilidad: ¿una nueva forma de esclavitud?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 153 y ss.

[53] Véase A. ARUFE VARELA, El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español, Atelier (Barcelona, 2014), pág. 123.

[54] *Ibidem*, págs. 123-124.

[55] *Ibidem*, pág. 124.

contenida en el Código del Seguro de Desempleo de California (*California Unemployment Insurance Code*), gratuitamente accesible a través de Internet[56], en el que –a pesar de su nombre– se regulan no sólo las prestaciones por desempleo[57], sino también los mecanismos de ayuda a parados y desempleados allí residentes para encontrar un empleo[58]. A su vez, «de este hecho se deriva la consecuencia de que el grueso de la jurisprudencia norteamericana sobre desempleo sea jurisprudencia estatal (en consecuencia, primariamente establecida por las Cortes Supremas de los diversos Estados federados), aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos (por definición, una Corte federal) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la protección contributiva estatal por desempleo, dentro siempre del citado telón de fondo relativo a que dicha protección está extramuros de la Ley federal de Seguridad Social»[59]. Y según esta misma doctrina científica a la que sigo, cabe incluso identificar dos grandes casos de dicha Corte federal relativos al Derecho estatal contributivo sobre protección por desempleo, convenientemente espaciados en el tiempo (1946 y 1987)[60].

5. EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Aunque los Estados Unidos hayan logrado ser una «unión más perfecta» que la actualmente conformada por la Unión Europea, especialmente desde el punto de vista político-constitucional, también es cierto que la Unión Europea –en cuanto que sujeto político internacional– va por delante de los Estados Unidos en nuestro concreto asunto, esto es, el de la regulación de la protección por desempleo. Como acaba de decirse, los cincuenta Estados federados norteamericanos conforman un mosaico de cincuenta teselas sobre dicho concreto tema –y lo mismo cabría afirmar de los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea, al poseer cada uno su propia y peculiar, incluso sorprendente (desde el punto de vista comparatista español), regulación nacional de la protección por desempleo–, pero la Unión Europea ha dado un paso adelante en la coordinación de sus sistemas nacionales de protección por desempleo[61], que no tiene en los Estados Unidos ni equivalente ni tampoco término de comparación eficaz. Lógicamente, de un lado, me refiero al Capítulo 6 (rotulado «Prestaciones de desempleo») del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 abril 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social[62], en el que se afirma –sobre la base de que «para fomentar la movilidad de los trabajadores, resulta especialmente oportuno facilitar la búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembro»[63]– que «es menester velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados

[56] A través del sitio www.leginfo.ca.gov.
[57] Secciones 100 y ss.
[58] Secciones 9000 y ss.
[59] Véase A. ARUFE VARELA, El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español, cit., pág. 124.
[60] *Ibidem*, págs. 125 y ss.
[61] Al respecto, véase J. GARCÍA VIÑA, «The coordination of unemployment benefit under Regulation 883/2004», en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Migrants and Social Security. The (EC) Regulations 883/2004 & 987/2009*, Laborum (Murcia, 2010), págs. 113 y ss. Contraponiendo diversidad nacional y coordinación europea en materia de protección por desempleo, véase O. GOLYNKER, «Jobseekers' rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity», *European Law Review*, núm. 30 (2005), págs. 111 y ss.
[62] Cfr. artículos 61 a 65.bis.
[63] Preámbulo, considerando 32, inciso primero.

miembros»[64]; y de otro lado, me refiero asimismo al Capítulo V (rotulado «Protección por desempleo») del Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 septiembre 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, con sus cruciales preceptos sobre «totalización de períodos y cálculo de las prestaciones»[65], sobre «condiciones y límites de la conservación del derecho a las prestaciones para un desempleado que se desplaza a otro Estado miembro»[66], o sobre «personas desempleadas que residan en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente»[67]. Se trata de un paso adelante muy significativo, aunque todavía cabría dar muchos más. Lo ha puesto de relieve nuestra doctrina científica, al proceder a estudiar todas las limitaciones con las que opera el Tribunal de Luxemburgo cuando se ve obligado a enjuiciar (usualmente, por la vía del planteamiento de una cuestión prejudicial), respecto de las prestaciones por desempleo, el papel del principio cardinal y tradicional (no sólo en España, sino también en Italia, en donde nació, o en Portugal) de automaticidad de las prestaciones[68], que posee –sin que ello sorprenda– una cierta vida autónoma en el Derecho de la Unión Europea[69].

6. COLOFÓN

Como era previsible, el examen de la regulación –sustantiva y adjetiva– de la protección por desempleo, si se proyecta sobre los Estados miembros más comparativamente significativos de la Unión Europea, depara sorpresas. Así, por ejemplo, la de que en Francia se trate de un tema regulado –desde el punto de vista sustantivo– no en su Código de Seguridad Social, sino en su Código del Trabajo, a pesar de lo cual la doctrina científica francesa viene considerándolo un capítulo más del Derecho francés de la Seguridad Social. Desde el punto de vista adjetivo (esto es, el del contencioso judicial de la protección por desempleo, del que emana jurisprudencia interpretadora de la correspondiente regulación legislativa sustantiva), las disparidades y sorpresas son todavía más grandes, pues no es frecuente la existencia de una jurisdicción especializada y centrada sólo en el enjuiciamiento de asuntos de seguridad social (como, según se ha visto, ocurre en Alemania), pudiendo competir a las más diversas jurisdicciones (incluidas la civil o la contencioso-administrativa) el enjuiciamiento de los pleitos relativos a la protección por desempleo. A pesar de todas estas disparidades nacionales, la Unión Europea ha dado un paso adelante, si comparado su Derecho específico con lo que ocurre en los Estados Unidos, al haber sabido poner en marcha mecanismos de coordinación de los sistemas nacionales de protección por desempleo de los veintiocho Estados miembros, de los que carecen los cincuenta Estados federados norteamericanos (estos últimos competentes, cada uno por su cuenta, en materia de protección por desempleo).

[64] *Ibidem*, inciso segundo.
[65] Véase su artículo 54.
[66] Véase su artículo 55.
[67] Véase su artículo 56.
[68] Véase A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del Derecho alemán de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008), págs. 198 y ss.
[69] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El Derecho de la Unión Europea y el principio de automaticidad de las prestaciones», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2009), págs. 285 y ss.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARUFE VARELA, A., «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del Derecho alemán de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008).

— «Trabajar gratis como medida pública de fomento de la empleabilidad: ¿una nueva forma de esclavitud?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013).

— Los despidos colectivos en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio comparado con el Derecho español y el de la Unión Europea, Netbiblo (A Coruña, 2014).

— El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español, Atelier (Barcelona, 2014).

BONNER, D., «Jobseeker's allowance: an uneasy hybrid», *Journal of Social Security Law*, núm. 3 (1996).

BRAND, J. (Ed.), *Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung — SGB III —. Kommentar*, 6ª ed., C.H.Beck (Múnich, 2012).

BUCK, T., «Jobseeker's allowance: policy perspectives», *Journal of Social Security Law*, núm. 3 (1996).

CONCEIÇÃO, A.J.B., *Legislação da segurança social. Sistematizada e anotada*, 5ª ed., Letras e Conceitos (Lisboa, 2013).

DEL GIUDUCE, F., MARIANI, F. y SOLOMBRINO, M., *Compendio di diritto della Previdenza Sociale*, 9ª ed., Simone (Roma, 2013).

DUPEYROUX, J.-J., BORGETTO, M., LAFORE, R. y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, 15ª ed., Dalloz (París, 2005).

EICHER, W. (Ed.), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2013).

GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., «Algunas cuestiones sobre las modificaciones operadas en los requisitos de acceso a la protección por desempleo en el nivel contributivo de prestaciones», *Tribuna Social*, núm. 150 (2003).

GARCÍA VIÑA, J., «The coordination of unemployment benefit under Regulation 883/2004», en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Migrants and Social Security. The (EC) Regulations 883/2004 & 987/2009*, Laborum (Murcia, 2010).

GOLYNKER, O., «Jobseekers' rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity», *European Law Review*, núm. 30 (2005).

KESSLER, F., *Droit de la protection sociale*, 2ª ed., Dalloz (París, 2005).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El Derecho de la Unión Europea y el principio de automaticidad de las prestaciones», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2009).

— «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009).

— «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011).

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013).

MONEREO PÉREZ, J.L., «Desempleo de larga duración y medidas activas de "empleabilidad" e inserción laboral: a propósito del Acuerdo Político-Social de 15 de diciembre de 2014 y del RDL 16/2014, de 19 de diciembre, sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 3 (2015).

PESSI, R., *Lezioni di Diritto della Previdenza Sociale. II. Profili storici*, 4ª ed., CEDAM (Padua, 2005).

PIETERS, D., *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, 2ª ed., Kluwer Law International (Alphen aan den Rijn, 2006).

PRÉTOT, X., *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, 2ª ed., Dalloz (París, 1998).

SAVATIER, J., «Contentieux de l'assurance chômage», *Droit Social*, núm. 12 (2000).

SCHELLHORN, H., *SGB XI — Pflegeversicherung*, 4ª ed., Luchterhand (Múnich, 2005).

ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

Crónica legislativa de Seguridad Social y materias conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

Laborum

1. PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD.- REAL DECRETO 184/2015, DE 13 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL CATÁLOGO HOMOGÉNEO DE EQUIVALENCIAS DE LAS CATEGORÍAS PROFESIONALES DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y EL PROCEDIMIENTO DE SU ACTUALIZACIÓN. BOE 7 ABRIL 2015

El objeto de este Real Decreto es garantizar la movilidad, en términos de igualdad efectiva, del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, mediante la aprobación de un catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud, y la regulación del procedimiento de actualización de dicho catálogo conforme los servicios de salud de las comunidades autónomas procedan a la creación, modificación y supresión de dichas categorías.

El artículo 15.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, modificado por el Real Decreto-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, estableció la creación, modificación y supresión de las categorías de personal estatutario en el ámbito de las competencias de cada administración sanitaria, de forma que los servicios de salud debían comunicar al Ministerio de Sanidad las categorías de personal estatutario existentes en los mismos, así como su modificación o supresión y la creación de nuevas categorías, a fin de proceder, en su caso, a la homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario, para garantizar la movilidad en términos de igualdad efectiva del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. Desde entonces, los servicios de salud, dentro del ámbito de competencias que le reconoce el citado artículo 15.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, han suprimido, creado y modificado categorías de personal estatutario de acuerdo a los criterios de organización que cada servicio de salud ha considerado conveniente, con el único requisito de comunicarlo al Ministerio de Sanidad para que procediera a su homologación. Esto ha dado lugar a una diversidad de categorías profesionales que ha supuesto una barrera a la movilidad de los profesionales entre los servicios de salud.

El Real Decreto-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 encomendó al Ministerio de Sanidad la aprobación de un catálogo homogéneo donde se establecieran las equivalencias de las categorías profesionales de los servicios de salud. Este catálogo homogéneo de equivalencias de categorías profesionales permitirá que el personal estatutario pueda acceder a plazas vacantes de otros servicios de salud, mejorando la calidad de la asistencia y haciendo efectiva la garantía de su movilidad en todo el Sistema Nacional de Salud.

De esta forma, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha procedido, previa comprobación de las categorías de régimen estatutario existentes en las disposiciones vigentes en cada servicio de salud de cada comunidad autónoma, a la identificación de las categorías profesionales vigentes de personal estatutario y, consecuentemente, a la elaboración del catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud. En dicho catálogo se declaran las categorías que se consideran equivalentes entre sí y respecto a las denominadas «de referencia».

En este sentido, en el ámbito de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud se ha detectado la conveniencia de que aquellas Administraciones competentes para la creación de categorías de personal estatutario, que no lo hayan hecho, procedan a la creación de las correspondientes a las de enfermero/a especialista, en aras de desarrollar el modelo de especialidades de enfermería en el Sistema Nacional de Salud, así como para facilitar la movilidad del personal estatutario que acceda a las categorías de enfermero/a especialista. Con esta medida se pretende fomentar la generación del espacio profesional de quienes accedan al título de enfermero/a especialista y completar las expectativas del sistema de formación sanitaria especializada en el ámbito de la profesión enfermera.

El artículo 5 de este Real Decreto establece que el catálogo homogéneo de equivalencias se estructura en los siguientes elementos: a) Grupo y subgrupo profesional. b) Categoría de referencia. c) Categorías equivalentes a la que se fija, en cada caso, como de referencia. Con dicha estructura, el Anexo de este Real Decreto establece dicho Catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud.

2. PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.- REAL DECRETO 291/2015, DE 17 DE ABRIL, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1051/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULAN LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA, ESTABLECIDAS EN LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. BOE 1 MAYO 2015

Conforme a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia le corresponde, entre otras funciones, establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos de acuerdo con los artículos 10.3 y 15. En su reunión de fecha 16 de julio de 2014, el Consejo Territorial aprobó el Acuerdo sobre los criterios para determinar el contenido del servicio de promoción de la autonomía personal para las personas reconocidas en situación de dependencia en grado II y III.

El RD 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, determina las intensidades de los servicios, entre los que se encuentra la intensidad del servicio de promoción de la autonomía para las personas en situación de dependencia en grado I, pero se modifica a través del presente RD para introducir la regulación del servicio de promoción de la autonomía personal para las personas con grado II y III de dependencia, que tiene por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, facilitando la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria y la consecución de una mejor calidad de vida y de autonomía personal.

Este RD dispone, así, la modificación del RD 1051/2013, de 27 de diciembre, estableciendo que, en particular, son servicios de promoción de la autonomía personal,

además de los previstos en el apartado 2, los siguientes: a) Habilitación y terapia ocupacional. b) Atención temprana. c) Estimulación cognitiva. d) Promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional. e) Habilitación psicosocial para personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual. f) Apoyos personales, atención y cuidados en alojamientos de soporte a la inclusión comunitaria.

El Anexo I fija la intensidad de dicho servicio de promoción:

-Para el servicio de promoción de la autonomía personal, en general:

Grados I y II: un mínimo de doce horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones.

Grado III: un mínimo de ocho horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones.

-Para el servicio de atención temprana: Grados I, II y III: un mínimo de seis horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones.

-Para el servicio de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional:

Grado I: un mínimo de quince horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones.

Grado II: un mínimo de doce horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones.

Grado III: un mínimo de ocho horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones.

Las intensidades del servicio de atención temprana y del servicio de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional podrán ser complementarias de otras previstas por los diferentes servicios establecidos por las comunidades autónomas para esta

3. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA: PROFESIONALES SANITARIOS.- LEY 11/2015, DE 8 DE ABRIL, DE AUTORIDAD DE PROFESIONALES DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO Y CENTROS SOCIOSANITARIOS DE EXTREMADURA. BOE 6 MAYO 2015

El objetivo de esta Ley es tratar de impedir las agresiones físicas o verbales a los profesionales sanitarios, en el ejercicio de sus funciones, por parte de los pacientes, usuarios, familiares o sus acompañantes, reforzando los instrumentos jurídicos necesarios que permitan que los profesionales sanitarios puedan desempeñar sus tareas en un ambiente de máxima confianza, respeto y seguridad para ellos y para el sistema sanitario.

Para ello, en esta Ley autonómica se reconoce la condición de autoridad pública a los profesionales del sistema público sanitario de Extremadura que se determinan en el anexo de

esta ley, lo que supone que gozarán de presunción de veracidad en sus informes y declaraciones, y se contempla expresamente una especial protección para estos profesionales.

El ámbito de aplicación de esta ley se circunscribe al sistema sanitario público de la Comunidad Autónoma de Extremadura y, en concreto, a los centros sanitarios y sociosanitarios, teniendo efectos tanto en el desarrollo de las actividades realizadas en el interior de los centros sanitarios y sociosanitarios como de aquellas que, como consecuencia del ejercicio de las funciones propias, se realicen fuera de los centros. La actividad quirúrgica y las pruebas diagnósticas realizadas mediante fórmulas de actividad concertada en empresas privadas por profesionales de éstas estarán excluidas del ámbito de aplicación de esta ley.

La Ley regula la Presunción de veracidad de los hechos constatados por los mencionados profesionales, en el ejercicio de sus funciones, cuando se formalicen por escrito en documento que cuente con los requisitos establecidos según la normativa que resulte de aplicación en cada caso, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

Se establece, además, el deber de colaboración de los ciudadanos con los profesionales y su obligación de efectuar un uso adecuado de los servicios sanitarios en un ambiente de mutua cordialidad, confianza y respeto, con el objeto de obtener una mejora del clima laboral para los trabajadores que redunde en una mejora de la prestación de los servicios.

Ante los casos de agresión en el sistema sanitario público donde quede constatada una alteración de la relación profesional sanitario-paciente, se prevé que la Inspección de Servicios Sanitarios intervendrá haciendo uso de la facultad de cambio de ciudadano de cupo médico, en los términos establecidos en la legislación vigente.

La Administración garantizará que estos profesionales cuenten con la adecuada asistencia jurídica y protección que resulte preceptiva en los procedimientos que se sigan ante cualquier órgano jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos. La asistencia jurídica se proporcionará de forma gratuita también al personal que preste servicios en los centros sanitarios y sociosanitarios de la Junta de Extremadura, en labores de gestión, admisión y administración relacionadas con la tramitación de la actuación sanitaria. Dicha asistencia jurídica consistirá en la representación y defensa en juicio, adoptándose medidas que garanticen a los profesionales objeto de la agresión la cobertura de responsabilidad civil que se derive del ejercicio de sus funciones.

Igualmente, se establece Apoyo psicológico y médico a las víctimas de violencia y la protección necesaria para que se garantice su derecho a la intimidad.

Finalmente, se creará reglamentariamente un Registro de Casos de Agresión a Profesionales dependiente de la Consejería competente en materia de sanidad.

4. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA: SERVICIOS SOCIALES.- LEY 14/2015, DE 9 DE ABRIL, DE SERVICIOS SOCIALES DE EXTREMADURA. BOE 6 MAYO 2015

Según la Exposición de Motivos, esta Ley acomete una nueva regulación de los Servicios Sociales de Extremadura que tiene como finalidad fortalecer los derechos sociales con la inclusión del derecho subjetivo de los ciudadanos extremeños al sistema público de servicios sociales.

El elemento central de este nuevo marco legislativo es la declaración del derecho a los servicios sociales, constituido en un derecho subjetivo y universal de los ciudadanos. Para garantizarlo, la ley pretende construir "un sistema de servicios sociales de responsabilidad pública, moderno, avanzado y garantista".

Esta Ley de Servicios Sociales de Extremadura prevé la aprobación del Catálogo del Sistema Público de Servicios Sociales, que incluirá las prestaciones a las que los ciudadanos tienen derecho, entendido como un derecho subjetivo que será exigible ante las Administraciones que deban garantizarlas y, en última instancia, ante los Tribunales, lo que elimina el carácter asistencialista de los servicios sociales.

Además, se introducen elementos homogeneizadores en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con el fin de garantizar unas prestaciones mínimas y unas condiciones básicas de calidad de los servicios, independientemente del municipio en el que vivan o reciban la prestación.

La ley pretende también llevar a cabo una reordenación del Sistema Público de Servicios Sociales de Extremadura, introduciendo la distinción entre áreas de servicios sociales y zonas básicas de servicios sociales; configurando estas últimas como el ámbito de actuación de una nueva figura, las unidades básicas de Servicios Sociales.

Se establece que la participación del tercer sector en el ámbito de los Servicios Sociales será subsidiaria y sólo en aquellos casos de imposibilidad de la Administración Pública en la prestación de los Servicios, respetando los modelos de convenio o concierto exclusivamente. Si bien, por otra parte, en relación a la iniciativa social, la Ley presta una especial importancia y reconoce la labor que las entidades del tercer sector de acción social vienen desarrollando en la prestación de los servicios sociales.

El Título V de la Ley se refiere a la financiación del Sistema Público de Servicios Sociales, estableciendo la cooperación financiera entre las distintas Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y de éstas con la iniciativa privada; así como la participación económica de las personas usuarias para lo que se tendrá en cuenta la naturaleza de la prestación de servicios sociales, el coste de referencia y la capacidad económica de la persona usuaria.

El Título VI se dedica la calidad del sistema de servicios sociales, llevando a cabo una regulación en este ámbito de la que hasta ahora se carecía en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Finalmente, el Título VII regula el régimen sancionador, enumerando las infracciones en materia de servicios sociales y las sanciones que correspondan, dentro del marco de la normativa estatal básica, en la normativa que la desarrolle y en el resto de la normativa aplicable al ámbito de los servicios sociales.

5. SEGURIDAD SOCIAL.- RESOLUCIÓN DE 4 DE MAYO DE 2015, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECE EL PLAN GENERAL DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, A APLICAR POR LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PLANIFICACIÓN DE SUS ACTIVIDADES PARA EL AÑO 2015. BOE 14 MAYO 2015

A través de esta resolución se organizan las actividades preventivas de la Seguridad Social que deben desarrollar las mutuas durante el ejercicio, estableciendo los criterios convenientes para que sirvan a los fines de la Seguridad Social, en la que se encuadran, y racionalizar el destino de los recursos económicos de la misma.

Durante el año 2015 se considera conveniente dar continuidad a las actuaciones llevadas a cabo el año anterior y, por tanto, mantener los programas establecidos para el año 2014 y, consiguientemente, los criterios y prioridades en que se fundan. No obstante, se actualizan los sectores que constituyen los objetivos del plan general prorrogado según los datos puestos de manifiesto durante el ejercicio anterior.

A tal efecto, mediante anexos se publican las relaciones de divisiones de actividades económicas y de enfermedades profesionales con baja, sus agentes causantes y los sectores de actividad afectados que serán objeto de las diferentes actividades establecidas en el programa de asesoramiento técnico a PYMES.

Por tanto, se establece el Plan general de actividades preventivas a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social durante el año 2015, estableciendo:

-Los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas en la planificación de sus actividades preventivas: programa de asesoramiento técnico a PYMES y empresas de sectores preferentes; programa de asesoramiento a empresas o actividades concurrentes; programa de difusión del servicio de la Seguridad Social denominado «Prevención10.es»; programa para el control del gasto en prestaciones económicas de la Seguridad Social por contingencias profesionales.

-Las actividades preventivas a desarrollar por las mutuas, que no podrán suponer en ningún caso la sustitución de las empresas en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

-La financiación de las actividades preventivas a desarrollar por las mutuas, que deberá hacerse por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social con las disponibilidades presupuestarias existentes para el año 2015, sin que los gastos que se destinen a su ejecución por cada mutua puedan superar el 0,7 por ciento de sus ingresos por cuotas de contingencias profesionales, limitación a la que habrá de ajustarse en todo caso el desarrollo del plan por cada mutua.

-Todas las publicaciones, guías e informes que faciliten las mutuas se destinarán exclusivamente a las empresas asociadas y a los trabajadores adheridos a cada una de las mismas.

-Presentación por las mutuas del plan de actividades preventivas a desarrollar en el año 2015, en el plazo de los quince días siguientes a la publicación de esta resolución.

-Información sobre la ejecución del plan de actividades preventivas durante el primer trimestre del año 2016.

-Coordinación con las comunidades autónomas que, en virtud de sus respectivos estatutos de autonomía, ostenten competencia de ejecución compartida con la Secretaría de Estado de la Seguridad Social en materia de coordinación de las actividades preventivas de este ámbito.

6. ACUERDOS INTERNACIONALES.- ACUERDO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL, HECHO EN LISBOA EL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009. FIRMA POR PARTE DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA. BOE 23 DE MAYO DE 2015

Se recoge la aplicación a Portugal del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, así como al depósito de sus respectivos anexos debidamente cumplimentados. Dicha aplicación se produce después de que la República Portuguesa procediese, el 19 de marzo de 2013, a la firma ad referéndum de dicho Acuerdo y una vez que ha comunicado a la Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social que el 21 de julio de 2014 concluyeron sus procedimientos internos necesarios para la entrada en vigor respecto a dicho Estado del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

El texto del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 7, de 8 de enero de 2011, páginas 1630 a 1643, junto con el texto del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Se recoge aquí el contenido de los anexos cumplimentados por la República Portuguesa respecto de las Autoridades e Instituciones competentes, regla de cálculo para el pago de pensiones, y acuerdos sobre reembolsos de gastos administrativos y médicos.

7. COTIZACIÓN.- CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA ORDEN ESS/86/2015, 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, CONTENIDAS EN LA LEY 36/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2015. BOE 1 DE ABRIL DE 2015

Las correcciones afectan a erratas menores y a los tramos retributivos para determinar la base de cotización por contingencias comunes en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Laborum

Crónica de Doctrina Judicial

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

STJUE de 14 de enero de 2015, Asunto C-171/13. Caso Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) contra M.S. Demirci y Otros (JUR 2015\19126)

Procedimiento prejudicial — Acuerdo de Asociación CEE-Turquía — Seguridad social de los trabajadores migrantes — Supresión de las cláusulas de residencia — Prestaciones complementarias concedidas con arreglo a la normativa nacional — Requisito de residencia — Aplicación a los antiguos trabajadores turcos — Nacionales turcos que han adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

Las disposiciones de la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias, examinadas también a la luz del artículo 59 del Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas, y concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) nº 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, deben interpretarse en el sentido de que los nacionales de un Estado miembro que han formado parte, como trabajadores turcos, del mercado legal de trabajo de ese Estado no pueden, por haber conservado la nacionalidad turca, invocar el artículo 6 de la Decisión nº 3/80 para oponerse a un requisito de residencia establecido por la normativa de dicho Estado para el pago de una prestación especial de carácter no contributivo, en el sentido del artículo 4, apartado 2 bis, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005.

STJUE de 15 de enero de 2015, Asunto C-179/13. Caso Raad van *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* contra L.F. Evans (JUR 2015\19129)

Procedimiento prejudicial — Determinación de la normativa aplicable a un trabajador en el ámbito de la seguridad social — Reglamento (CEE) nº 1408/71 — Aplicabilidad — Nacional de un Estado miembro empleado en el consulado de un Estado tercero establecido en el territorio de otro Estado miembro en cuyo territorio reside — Convención de Viena sobre Relaciones Consulares — Artículo 71, apartado 2 — Normativa nacional que concede facilidades, privilegios e inmunidades a los residentes permanentes.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 2 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en la versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, en relación con el artículo 16 de ese mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que, en lo que respecta al período durante el cual un nacional de un Estado miembro ha estado empleado en una oficina consular de un Estado tercero establecida en el territorio de un Estado miembro del que no es nacional pero en cuyo territorio reside, dicho nacional no está sujeto a la legislación de un Estado miembro en el sentido de esta disposición si, en virtud de la normativa del Estado miembro en el cual reside, adoptada de conformidad con el artículo 71, apartado 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, celebrada en Viena el 24 de abril de 1963, el referido nacional no está afiliado al régimen de seguridad social nacional.

STS de 3 de diciembre de 2014. RCUD 3264/2013 (RJ 2015\38)

Determinación de contingencia. Síntomas de infarto antes de comenzar el trabajo e interrupción del mismo sin acreditarse nueva crisis. El supuesto no es comparable al de la STS de contraste (síntomas previos, episodio cardíaco durante el trabajo) por lo que el recurso no puede examinarse en el fondo. Diversidad de hechos y de soluciones, sin que ello comporte oposición de doctrinas aplicadas. Desestimación del recurso.

STC núm. 49/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2015)

Recurso de inconstitucionalidad 1114-2013. Interpuesto por más de cincuenta diputados respecto del 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, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones. Voto particular.

Declara el TC en su Fundamento de Derecho cuarto lo siguiente:

De acuerdo con la doctrina expuesta, resulta ineludible determinar con carácter previo si en el momento en que se dictó el Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre (RCL 2012, 1635) , de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado para el año 2012 o, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio.

A estos efectos, consideran los recurrentes que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635) establece una retroactividad auténtica, pues lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, o sea, las correspondientes al año

2012. Sin embargo, para el Abogado del Estado la actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la Ley general de presupuestos del año siguiente si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente.

La revalorización de las pensiones obedece a la necesidad de garantizar su poder adquisitivo en consonancia con el mandato constitucional, en virtud del cual los poderes públicos deberán garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE [RCL 1978, 2836]), así como ―prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE [RCL 1978, 2836]). De acuerdo con la interpretación que este Tribunal ha hecho de esta materia debemos tener en cuenta que:

a) ―Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho (STC 114/1987, de 6 de julio [RTC 1987, 114], FJ 3);

b) el art. 50 CE (RCL 1978, 2836) tiende ―a erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, 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 (STC 127/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 127], FJ 4);

c) este precepto constitucional, no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones (STC 134/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 134] , FJ 5);

d) y, por último, la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, ―en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable (STC 100/1990, de 30 de mayo [RTC 1990, 100] , FJ 3).

Como hemos señalado en el FJ 2, el art. 48.1 LGSS (RCL 1994, 1825) y el art. 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) contenían dos mandatos diferentes:

-Por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año (art. 48.1.1 LGSS [RCL 1994, 1825] y 27.1 párrafo primero de la Ley de Clases Pasivas del Estado [RCL 1987, 1305, 1691]). Para el año 2012 esa revalorización fue del 1 por ciento;

-Y, por otro, la actualización de dicha revalorización, de manera que, que en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización fuese superior al índice previsto, ―se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la Ley de presupuestos generales del Estado (arts. 48.1.2 LGSS [RCL 1994, 1825] y 27.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado [RCL 1987, 1305, 1691]). El art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre (RCL 2012, 1635), dejó sin efecto esta regla para el año 2012, lo que a juicio de los recurrentes vulnera el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836).

Pues bien, los arts. 48.1.2 LGSS (RCL 1994, 1825) y 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta remisión es entendida por los recurrentes como un mero apunte contable, de manera que la Ley de Presupuestos, a su juicio, deberá limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. Sin embargo, si esta hubiera sido la intención del legislador no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. En efecto, la Ley General de Presupuestos es un instrumento a través del cual se consigna la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un determinado ejercicio con la finalidad de hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de otras leyes. Pero para que esto sea así no es necesario que dichas leyes contengan una remisión expresa a la Ley de Presupuestos. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos.

La expresión ―de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales (STC 134/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 134], FJ 5). La remisión que la LGSS (RCL 1994, 1825) y la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) hacen a la Ley de Presupuestos Generales del Estado no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del Sistema de Seguridad Social. Sobre la base de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el legislador no ha hecho sino reconocer que la

actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización.

De este modo, el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos Generales del Estado el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de Presupuestos. Por ello, cuando se dictó el Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635) los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación.

En consecuencia, dado que cuando se aprobó el Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635) no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836).

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN

STJUE de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13. Caso Lourdes Cachaldora Fernández contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TJCE 2015/15).

Procedimiento prejudicial — Trabajadores y trabajadoras — Igualdad de trato en materia de seguridad social — Directiva 79/7/CEE — Artículo 4 — Directiva 97/81/CE — Acuerdo marco UNICE, CEEP y CES sobre el trabajo a tiempo parcial — Cálculo de las prestaciones — Sistema de integración de lagunas de cotización — Trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) *El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción*.

2) *El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción*.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STS de 5 de noviembre de 2014. RCUD 1515/2013 (RJ 2014\6326)

Incapacidad temporal. Determinación de contingencia. Enfermedad profesional: limpiadora con síndrome del túnel carpiano bilateral. Presunción.

STS de 11 de noviembre de 2014. RCUD 384/2014 (RJ 2014\6680)

Acceso a suplicación. Prestaciones de Seguridad Social. Cabe suplicación cuando el objeto inicial de la pretensión no iba encaminada a la obtención de diferencias económicas sino, precisamente, al reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, y ello pese a que lo único que luego se discute en el recurso de suplicación sea el importe de la base reguladora y las diferencias resultantes en la pensión, en cómputo anual, no alcancen el límite de acceso a tal recurso. Reitera doctrina.

STS de 18 de noviembre de 2014. RCUD 3084/2013 (RJ 2015\20)

Lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional, hipoacusia. Responsabilidad en el abono de la prestación. Disposición final octava de la Ley 51/2007.

STS de 20 de noviembre de 2014. RCUD 2399/2013 (JUR 2015\30353)

Incapacidad permanente absoluta y recargo de prestaciones, procede. Atraco en una gasolinera habiendo adoptado el empresario ciertas medidas de seguridad pero no otras como conexión con la central de alarmas. Definición de riesgo laboral, lo es el atraco.

Los atracadores propiciaron una paliza al actor, expendedor-vendedor, a resultas de la cual fue declarado en IPA. La gasolinera tenía alarmas, pero no la tenía conectada a la central de alarmas, lo que realizó con posterioridad. Había una zona mal iluminada, al lado de un murete por el que accedieron los atracadores. Se desestima el recurso, confirmándose la sentencia recurrida que apreció falta de medidas de seguridad, confirmándose la sentencia de instancia, que había impuesto un recargo del 30%.

STS de 26 de noviembre de 2014. RCUD 960/2014 (RJ 2014\6486)

Incapacidad permanente reconocida en resolución judicial: es competente el INSS para dictar resolución fijando el plazo para instar la revisión de la incapacidad (art. 143.2 LGSS): se deja sin efecto el plazo fijado en la sentencia recurrida.- Reitera doctrina.

STS de 2 de diciembre de 2014. RCUD 573/2014 (RJ 2015\35)

Prestaciones por incapacidad temporal. El subsidio debe abonarse al beneficiario, hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa con declaración de alta médica por agotamiento del plazo, que es cuando el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo y comenzará a lucrar el correspondiente salario y no se extingue en la fecha de la resolución.

STS de 10 de diciembre de 2014. RCUD 3138/2013.

Derivada de accidente de trabajo la Incapacidad Temporal y posterior Incapacidad Permanente Absoluta producida por la hemorragia cerebral sufrida en la pausa de descanso para comer, cuando previamente, durante el tiempo y lugar de trabajo, se había sentido indispuesto.

STS de 23 de diciembre de 2014. RCUD 360/2014 (JUR 2015\47752)

Incapacidad permanente total: gruista y visión monocular. Se trataba allí también de un gruista al que se le había reconocido una incapacidad permanente parcial en la vía previa. A consecuencia de un accidente de trabajo consistente en un traumatismo perforante, padecía agudeza visual lejana sin corrección en OD 10/10, contando dedos en OI en el que, con corrección de -2* 130 alcanzaba 1/10; visión máxima OD normal OI incapacidad para la lectura; visión estereoscópica limitada por baja visión en OI. La Sala de suplicación gallega tiene en cuenta el Reglamento de accidentes de trabajo, pero sostiene que las tareas de

gruista requieren de una buena visión binocular de la que carece el actor. De ahí que el TS confirme la sentencia del Juzgado que había reconocido al actor el grado de total.

STS de 4 de febrero de 2015. RCUD 202/2014 (RJ 2015\890)

Incapacidad permanente total derivada de Enfermedad Profesional por silicosis. La responsabilidad corresponde al INSS, pese a que la declaración de IP es posterior a la entrada en vigor de la L 51/2007. Reitera doctrina.

En el caso, el trabajador estuvo a lo largo de su vida laboral sometido al riesgo de enfermedad profesional por silicosis, y el aseguramiento correspondió al INSS hasta el 31/12/2007 y a la Mutua aseguradora en el mes de febrero de 2008 y en los 18 días de enero de 2008 a otra aseguradora, de ahí que la Sala de suplicación condene a la Mutua de las contingencias profesionales al abono de la pensión correspondiente. En casación unificadora, la cuestión suscitada es si esa responsabilidad también le es exigible respecto de declaraciones de IP por EP declaradas con posterioridad a aquella fecha, pero cuya génesis se corresponde con periodos en los que el aseguramiento de la contingencia de IP por EP correspondía en exclusiva al INSS. La Sala IV declara que la responsabilidad corresponde al INSS, pese a que la declaración de IP es posterior a la entrada en vigor de la DF octava de la L 51/2007, argumentando que en el periodo en el que se produjo la enfermedad éste era el responsable de la prestación, por aplicación de la doctrina mantenida de forma reiterada para los accidentes de trabajo: "Se mantiene en aquella inicial decisión –y en las muchas que la reiteran– que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro".

STS de 3 de marzo de 2015. RC 48/2014 (JUR 2015\106432)

Rcud. Incapacidad permanente. Validez –a los efectos de tener por agotada la via administrativa ante el INSS–, de una segunda reclamación previa con contenido y pretensión igual a la demanda posterior. Existencia de contenido casacional. Estimación del recurso, con declaración de nulidad de la sentencia recurrida y reposición de los autos al momento anterior a ser dictada la sentencia, para que se dicte una nueva resolviendo sobre la cuestión de fondo planteada en la demanda.

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

STS de 10 de febrero de 2015. RCUD 25/2014 (RJ 2015\673)

Prestación de maternidad. Acceso desde situación asimilada al alta por estar en situación de excedencia por cuidado de hijo previo

La sentencia comentada reconoce el acceso a la prestación de maternidad a una mujer que disfrutó excedencia en su trabajo por cuenta ajena para el cuidado de su quinto hijo, y desde esa situación, se dio de alta en el RETA para ejercer una actividad cuyas ?características, ubicación, horario, etc. (le) permitían el fin esencial de conciliar el cuidado del menor?, y al tener otro hijo solicita la prestación en liza. El INSS se la reconoce en el RETA pero le niega en el Régimen General, régimen en el que se la reconoce también la

Sala al entender que se encuentra en situación asimilada al alta, puesto que la excepción indicada en la norma se refiere al caso en que se haya superado el período considerado como de cotización efectiva, lo que no ocurría en el caso de autos. Entiende la Sala que debe estarse a la compatibilidad del trabajo en el RETA con el adecuado cuidado del menor, compatibilidad que sí ha sido alegada y probada en este caso, pues no hay referencia a la ?exclusividad? en el art. 180 LGSS.

6.3. Jubilación

STS de 28 de octubre de 2014. RCUD 79/2014 (RJ 2014\6147)

Porcentaje de pensión de jubilación aplicable a una trabajadora a tiempo parcial. Procedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. Cuestión que debe analizarse de oficio. Y sin perjuicio de la incidencia de la STC 25-9-2014 o de las resoluciones que pudieran recaer en instancias internacionales se devuelven las actuaciones a la sala de suplicación para que resuelva aquel recurso.

STS de 17 de noviembre de 2014. RCUD 3309/2013 (RJ 2014\5943)

Jubilación parcial. Responsabilidad de la empresa por las prestaciones correspondientes al periodo de incapacidad temporal prorrogada del trabajador relevista, si no procedió a su sustitución. Reitera doctrina (STS 24/09/13 –rcud 2520/12–).

STS de 26 de noviembre de 2014. RCUD 3362/2013 (JUR 2015\57686)

Pensión de jubilación. Efectos económicos cuando se obtiene en situación de asimilación al alta el hecho causante es la solicitud y no se produce la retroacción de 3 meses. Estimación del recurso del INSS.

STS de 9 de diciembre de 2014. RCUD 3346/2013 (RJ 2014\6765)

Jubilación parcial. La expresión convenios y acuerdos colectivos de empresa a que refiere la DT 2ª RD-Ley 8/2010, y que permite acceso a jubilación con 60 años, se refiere a convenios y acuerdos de empresa y no sectoriales.

STS de 15 de diciembre de 2014. RCUD 279/2014 (JUR 2015\38705)

Jubilación parcial. Cómputo recíproco de cotizaciones en el RGSS y el Régimen de Clases pasivas, no procede por cuanto está excluida la jubilación parcial del art. 2.2 RD 691/1991 y no se permite la jubilación parcial de los funcionarios.

STS de 14 de enero de 2015. RCUD 463/2014 (RJ 2015\440)

Jubilación parcial. Responsabilidad de la empresa. Extinción (por despido colectivo) de los contratos del relevado y del relevista. Contratación posterior del relevista pero respecto de otro trabajador. Reitera doctrina.

La empresa demandante contrató a un trabajador en concepto de relevista para cubrir la jornada liberada por un trabajador jubilado a tiempo parcial, con duración prevista hasta el

22/12/2011. Con posterioridad, la empresa llevó a cabo la extinción autorizada de los contratos de parte de la plantilla (46 trabajadores), incluyendo a los dos afectados por el relevo cuyo cese se produjo el 07/01/2011. El 07/02/2011 la demandante celebró nuevo contrato de relevo con el mismo relevista para sustituir a otro trabajador parcialmente jubilado. El INSS comunicó a la empresa el 06/06/2011 la exigencia de responsabilidad en el pago de la prestación de jubilación parcial satisfecha al trabajador cuyo contrato fue extinguido en virtud del ERE. La sentencia que se examina estima el RCUD del INSS y declara la responsabilidad de la empresa siguiendo la doctrina de la Sala, según la cual la DA 2ª RD 1131/2002 obliga al empresario a contratar a un nuevo trabajador relevista hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada, lo que no es el caso de autos. Añade la sentencia que tampoco estamos en el caso de que el contrato del jubilado parcial se extinga por despido colectivo que afecte además a la totalidad de la plantilla, supuesto en el que la Sala no atribuye ninguna responsabilidad empresarial.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STS de 18 de septiembre de 2014. RCUD 3217/2013 (RJ 2014\5217)

El actor, beneficiario de la prestación de orfandad hasta el 10 de agosto de 2011, por haber cumplido 22 años, reclama la prórroga de la prestación al cursar estudios universitarios en el curso 2012/2013 y entender que le es de aplicación lo previsto en la Ley 27/2011, por la que se da una nueva redacción al art. 175.2 de la LGSS y que entró en vigor el 2 de agosto de 2011. Dicha pretensión resultó estimada en la instancia y rechazada en sede de suplicación. La Sala IV, interpretando la norma citada, así como la Disposición Transitoria 6ª de la LGSS, que establece una aplicación progresiva durante los años 2012, 2013 y 2014 de la ampliación del límite de edad, concluye que, de la interpretación conjunta del artículo 175.2 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 27/2011 y de la Disposición Transitoria 6ª bis de la LGSS, cabe concluir que la reforma normativa amplía el beneficio de la percepción de la prestación hasta los 25 años para quienes cumplan esa durante el año 2014; o 24 años en el año 2013; o 23 en el año 2012. Ello dejaría fuera del beneficio a los que tuvieran 22 años entre agosto y diciembre de 2011. Entiende la Sala que debe enlazarse la nueva edad protegida con la que era de objeto de protección anteriormente, por lo que también alcanza el beneficio al actor, que tenía 22 años en el año 2011. Se estima en consecuencia el recurso, confirmando la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión.

STS de 30 de septiembre de 2014. RCUD 2516/2013 (RJ 2014\5772)

La cuestión debatida consiste en determinar si corresponde percibir pensión de viudedad al cónyuge del causante que falleció por enfermedad común previa al matrimonio, antes del transcurso de un año de la fecha de éste, pero acreditando convivencia con el causante superior a dos años si se le añade el tiempo anterior al matrimonio en que convivieron como pareja de hecho. En el caso la demandante se separó en fecha 14/09/2006, obteniendo el divorcio el 11/11/2009, contrayendo matrimonio con el causante en fecha 21/05/2010. La sentencia se centra en la interpretación que debe darse a la remisión contenida en el art. 174.1.3º segundo inciso LGSS y, más concretamente, si ha de cumplirse con la exigencia establecida en ese inciso de que esa convivencia de hecho, que debe

completar la matrimonial hasta los dos años, se produzca entre "quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona....", puesto que tal exigencia figura en el repetido inciso primero, que es el único al que, según la doctrina de esta Sala, se remite el apartado primero del art. 174. Y la respuesta que da es afirmativa, ya que si la remisión es al inciso primero se entiende que lo es a todo su texto; otra interpretación violentaría el propio entendimiento literal de la norma, siendo así como lo entendió también la STS 25/06/2013 (R. 2528/12).

STS de 14 de octubre de 2014. RCUD 541/2013 (RJ 2014\5802)

Se suscita en el recurso que resuelve esta sentencia el derecho de la viuda de un trabajador de Repsol Butano S.A, a un mayor importe de la pensión complementaria de viudedad, prestaciones que venía gestionando la extinta Fundación Benito Cid, existiendo una póliza de aseguramiento con la mercantil Allianz que también fue demandada. No obstante, la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo, al considerar relevante para impedir la apreciación de identidad el que la fecha de la sentencia de contraste (enero de 2003) fuese anterior a la fecha del fallecimiento del causante en el de autos (noviembre de 2003). Y ello porque tanto la legislación reguladora de los seguros privados como la propia póliza de seguros objeto del litigio ordenan regularizaciones de las pólizas para el supuesto de producción de las posibles variaciones que afectaran a su contenido. Y un acontecimiento importante en el devenir de la relación de seguro, como es la fijación de doctrina unificada sobre los factores de cálculo de una mejora voluntaria de Seguridad Social, ha podido dar lugar a tal regularización de la prima para la mejora voluntaria asegurada en el caso de la sentencia recurrida, lo que por hipótesis no pudo acontecer en la sentencia de contraste, que es justamente la que se encargó de establecer dicha doctrina unificada.

STS de 14 de octubre de 2014. RCUD 2897/2013 (RJ 2014\6127)

Pensión de orfandad. Concurrencia con la de jubilación. Discapacitado mental nacido el 6-12-48 que tiene reconocida pensión de orfandad desde el 26-8-04 por una minusvalía que se sitúa en la infancia y en todo caso con anterioridad a su mayoría de edad aunque su reconocimiento es posterior, habiendo trabajado en un centro especial de empleo realizando tareas ocupacionales compatibles con su situación y al que el 27-2-12 se le comunica la baja en la prestación de orfandad por haber ejercitado la opción por otra pensión. No ha de entenderse ejercitada tal opción. Si se declara probado en sentencia que la discapacidad es desde la infancia, ha de considerarse cumplido el requisito legal que permite la compatibilidad de prestaciones, aún cuando la resolución administrativa reconociendo dicha circunstancia sea posterior a la mayoría de edad.

STS de 15 de octubre de 2014. RCUD 1648/2013 (RJ 2014\6439)

Pensión de viudedad. Cuantía de la pensión reconocida con fallecimiento del causante en el año 2011 y divorcio anterior al 01/01/2008. Aplicación de la DT 18ª de la LGSS.

En su Fundamento de Derecho Segundo el TS declara que:

La comparativa entre las dos redacciones de ese art 174.2 en este punto permite entender que la anterior a la reforma referida no exigía que esas personas fuesen ineludiblemente

acreedoras de una pensión compensatoria sino que si lo fuesen, quedase extinguida por el fallecimiento del causante, de modo que la diferencia en este punto entre ambas redacciones consistía en que inmediatamente antes de esa reforma normativa no era necesario ser acreedor/a de tal pensión compensatoria y después sí, habiéndose establecido por ello un período transitorio donde quienes estando separados o divorciados antes del 1 de enero de 2008, no tuviesen pactada o fijada tal compensación, que podrán, no obstante, ver reconocido su derecho a la prestación, lo que exigía una disposición de esa clase, al tratarse de un colectivo específico o cronológicamente definido (no se olvide, por otra parte, que esa pensión la introduce la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700)) y que con el tiempo tiende a desaparecer. En ello radica precisamente el fundamento del derecho intertemporal y de ahí que esta Sala tenga declarado, entre otras sentencias, en la de 26-12-12 (RJ 2013, 1422) (Rec 154/2012) que "las modificaciones que afectaron a la pensión de viudedad, fundamentalmente las que se introdujeron a través del apartado Catorce de esa Disposición Final Tercera (de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010), que añadió una nueva Disposición transitoria décimo octava a la LGSS , permitieron que la demandante accediera a la prestación porque, aunque no tenía establecida pensión compensatoria tras su divorcio y, por tanto, en el momento del hecho causante (el fallecimiento del ex cónyuge: 23-6-2009), no habría podido acceder a la pensión, esa nueva regulación la dispensó de aquel requisito (el de ser acreedora a la pensión compensatoria contemplada en el art. 97 del Código civil que se extinga a la muerte del causante, que se introdujo por la Ley 40/2007) a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2009 , y con efectos retroactivos respecto a la dispensa porque se aplica a "los hechos causantes producidos entre 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009" (último párrafo de la DT 18ª LGSS)", reseñando, por otra parte, la de 24-7-12 (Rec 1573/2011) (RJ 2012, 10273) que " a partir de la entrada en vigor de laLey 26/2009 , desaparece la exigencia de pensión compensatoria en los supuestos en ella contemplados, aplicándose (también) "a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009", si bien, solo con efectos a partir del 1 de enero de 2010, a tenor del párrafo primero de la disposición final 3ª de la Ley 26/2009" .

En consecuencia, la solución dada en la sentencia recurrida y conforme a la cual la cuantía de la pensión en litigio ha de calcularse sin el límite impuesto por el art 174.2 de la LGSS, ha de considerarse correcta."

Por su parte, la segunda de dichas resoluciones argumenta también que "de la literalidad del primer párrafo de la transitoria decimoctava de la L.G.S.S. "El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria..." se deriva que el beneficio que allí se establece se reconoce a toda persona que reúna los requisitos allí establecidos, tenga reconocida o no pensión compensatoria. Y es que, si la prestación de viudedad compensa por la pérdida de ingresos que pueda suponer esa contingencia, resultaría absurdo entender que la norma solo protege a quienes no gozaban de pensión compensatoria, porque más razones existían para favorecer a quienes si tenían acreditada la necesidad de asistencia por percibir una compensación de su antiguo consorte, ayuda que perdían con su fallecimiento.... "

No alberga la Sala, por otra parte, duda alguna sobre la constitucionalidad de la norma, remitiéndose al respecto a la jurisprudencia de su máximo intérprete acerca de la materia, que sostiene, entre otros extremos, que en ella, "el legislador puede, a impulso de motivaciones de orden de política jurídica o de política social, ampliar el ámbito de la protección" (STC 103/1983, de 22 de noviembre de 1983 (RTC 1983, 103)), sin que, en fin, la propuesta al respecto del informe del Mº Fiscal ilustre suficientemente acerca de qué precepto/s de la Norma Suprema se podrían ver conculcados por el precepto legal de aplicación y en qué términos.

STS de 28 de octubre de 2014. RCUD 2784/2013 (RJ 2014\5849)

Recargo de prestaciones en sucesión de empresa. La asunción de responsabilidades por la empresa sucesora no alcanza al recargo de prestaciones por muerte derivada de EP, a pesar de la naturaleza mixta atribuible al recargo, sin que quepa imponer la responsabilidad solidaria de empresario cedente y cesionario que dispone el art. 127.2 LGSS. Reitera doctrina [STS 18/07/11 –RCUD 2502/10–].

STS de 4 de noviembre de 2014. RCUD 2707/2013 (RJ 2014\6160)

Pensión viudedad: pareja de hecho (art. 174.3 LGSS ex Ley 40/2007): requisito acreditación mediante inscripción en registro específico o documento público en que conste constitución de la pareja que deberá "haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".- "*Ad imposibilia nemo tenetur*": si óbito se produce antes que transcurriesen dos años desde entrada en vigor Ley 40/2007, no cabe exigir el rigor de tal plazo a parejas inscritas porque aunque se hubiera llevado a cabo la inscripción al día siguiente de entrada en vigor, no hubiese cubierto la inscripción ese tiempo en ningún caso.- Reitera doctrina STS/IV 28-noviembre-2011 (rcud 286/2011) y reflejada en un supuesto de no contradicción en STS/IV 22-diciembre-2011 (rcud 886/2011).

STS de 10 de noviembre de 2014. RCUD 80/2014 (RJ 2014\6454)

Pensión de viudedad para superviviente separada judicialmente y perceptora de pensión compensatoria derivada de acuerdo extrajudicial. Interpretación finalista del requisito introducido por Ley 40/2007 en el art. 174.2 LGSS. Criterio general flexibilizador con posibilidad de excepcionarlo en supuestos fraudulentas. Concordancia con la doctrina indirectamente establecida en casos precedentes.

STS de 19 de noviembre de 2014. RCUD 3156/2013 (RJ 2014\6477)

Pensión de viudedad de cónyuge divorciado o separado del causante. Disposición Transitoria 18ª LGSS. El cómputo de los diez años desde el divorcio o la separación judicial cuyo transcurso impide lucrar la pensión se produce desde el primer día en que se oficializa la ruptura matrimonial sin pensión compensatoria, sea separación judicial o divorcio. Reitera doctrina de las SSTS 02/11/2013 (recurso 3044/2012) y 28/04/2014 (rec. 1737/2013).

STS de 20 de noviembre de 2014. RCUD 2059/2013 (RJ 2014\6340)

Indemnización por daños derivados de Accidente de Trabajo. Compensación con las prestaciones de viudedad y orfandad percibidas.

El TS ha afirmado en su Fundamento de Derecho Cuarto que:

Respecto a los factores de corrección, además de aclararnos el propio Anexo para la Tabla II que "no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro", el "Anejo" posterior nos informa, también en relación con la misma Tabla II ("Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte"), que los "perjuicios económicos" están relacionados con los "ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal", alcanzando hasta el 10% la corrección cuando, como sucede en el caso de autos, la víctima estuviera en edad laboral, aunque no se hubieran justificado sus ingresos.

Parece claro, pues, tal como resolvió esta Sala en asunto análogo (TS 13-3-2014 (RJ 2014,1910), R.1506/13), que es este último factor de corrección, el referido a los ingresos que percibía la víctima, el que cuantifica el lucro cesante al que alude el punto 7 del transcrito apartado Primero del Anexo porque, como renta de sustitución, viene a compensar las retribuciones salariales dejadas de percibir a consecuencia del fallecimiento del trabajador.

La Tabla I del "Anexo" al TRLRCCVM, igual que la del reglamento aplicable aquí por razones temporales (BOE 27-1-2011), ["Indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales"], de forma similar a la Tabla IV que analiza nuestra reciente sentencia de Pleno del 23 de junio de 2014 (RJ 2014, 4761) (R. 1257/2013) "integra el daño moral", esencialmente, y de las cantidades en ella establecidas no pueden deducirse las prestaciones de muerte y supervivencia en liza (viudedad y orfandad), por no guardar la necesaria homogeneidad conceptual, pues tales prestaciones viene a compensar, bien el denominado "daño emergente" desde la perspectiva de los supervivientes (viuda e hija menor), esto es, la "pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso", al decir de la referida sentencia de 23-6-2014 (F.J. 4º.6), bien el lucro cesante si es que nos fijáramos en las rentas dejadas de percibir por el fallecido y su familia: en cualquier caso, tales prestaciones no integran el daño moral que, como vimos, sí forma parte sin duda de la "indemnización básica".

STS de 27 de noviembre de 2014. RCUD 3202/2013

Pensión de viudedad reconocida a quien se hallaba separado o divorciado del causante. Determinación de qué ha de entenderse por Pensión Compensatoria, a los efectos de cumplir con el requisito para el acceso a la prestación. Criterio finalista.

STS de 15 de diciembre de 2014. RCUD 536/2014 (RJ 2014\6879)

Viudedad. Fallecimiento por enfermedad común antes del año desde el matrimonio. Se exige acreditación de convivencia por 2 años unida al tiempo de convivencia matrimonial sin necesidad convivencia 5 años ni constitución formal pareja hecho.

STS de 17 de diciembre de 2014. RCUD 1987/2013 (RJ 2014\6883)

Pensión de orfandad: no tiene derecho al incremento del 52% el huérfano de padre, cuya madre supérstite no tiene reconocida pensión de viudedad por no haber estado casada ni haber constituido pareja de hecho con el causante, en los términos establecidos en el art. 174.3 de la LGSS; interpretación de la expresión «orfandad absoluta»: es la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añada que el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género en los términos legalmente establecidos y, cuando el que quede, carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad, siendo necesario acreditarlo en este caso.

La doctrina de la sala sobre la orfandad absoluta es la siguiente:

Puesto que el hecho causante del presente caso se produjo cuando estaba vigente la actual redacción del artículo 38.1 del Decreto 3158/1966 (RCL 1966, 2394), hora es ya de recordar que la cuestión suscitada por el presente recurso ha sido examinada por diversas sentencias anteriores, todas ellas sosteniendo el criterio acogido por la de 29 de enero de 2014 (rec. 1122/2013) (RJ 2014, 2501), dictada por el Pleno de la Sala, y cuyos razonamientos axiales, en línea con lo expuesto por la sentencia de contraste, se resumen del siguiente modo:

En cualquier caso y en resumen, de resolverse del modo pretendido por la actora, se vulneraría la norma que establece para todos los supuestos la exigencia de orfandad absoluta, requisito que está justificado en atención a la especial situación de necesidad que contempla: la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano. De otra parte se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otro causa.

Para evitar este trato diferente habría que conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, lo que es manifiestamente contrario a la regulación actual que de modo inequívoco exige en todos los casos la orfandad absoluta. La transcendencia de esta innovación sería además muy amplia, pues incluiría todos los supuestos en que no se causa derecho a la pensión de viudedad por falta de cotización, ya que no se exigen periodos previos en la pensión de orfandad; se acrecería así como regla general aunque no existiera un derecho patrimonial del que pueda derivarse el acrecimiento. Además de esta forma se produciría el establecimiento de una regulación alternativa contraria a la vigente por vía de sentencia que no podría justificarse en atención a la cobertura de una situación específica de necesidad, pues la falta de concesión de la pensión compensatoria puede deberse a que el ex - cónyuge tenga recursos propios suficientes, lo que le permitiría atender al huérfano. Y si para evitar este efecto se estableciera un control de recursos, el órgano judicial estaría asumiendo de nuevo una función reguladora que no le corresponde.

Con toda probabilidad, de lege ferenda, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad (lo que corresponde más bien a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual) sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho –inexistencia de ambos progenitores– como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho –cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad– siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto, pero lo cierto es que el tenor gramatical del mismo o sentido propio de las palabras (orfandad, según el DRAE, es "estado de huérfano" y a este término lo define en su primera acepción como "dicho de una persona de menor edad a quien se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, especialmente el padre", señalando también en torno al adjetivo "absoluto/a" que equivale a "ilimitado" y a "entero, total, completo") apunta en el caso enjuiciado sólo a una y primera orfandad absoluta, concepto cuya hermenéutica, incluso teniendo en cuenta los elementos a los que también se refiere el art 3.1 del CC (LEG 1889, 27) , no puede llevar a lo que la norma no dice, en lo que supondría un arriesgado ejercicio entre la interpretación propiamente dicha y la función legislativa, que en virtud del principio de separación de poderes consustancial con un Estado de Derecho, se residencia en otro poder del Estado.

STS de 9 de febrero de 2015. RCUD 2288/2014 (JUR 2015\99310)

Pensión de viudedad: se deniega. Constitución formal de la pareja de hecho. Sólo se admite inscripción en registro de parejas de hecho o documento público, tras STC 40/2014, de 11 de marzo y SSTS (Pleno), 22-09-2014.

La Sala IV reitera, siguiendo lo dispuesto en las SSTS (Pleno) 22-09-2014 (Rec. 1958/2012) en la que se cita la STC 40/2014, de 11 de marzo, y que a su vez sigue la jurisprudencia tradicional de la Sala sobre la cuestión, que la existencia de la pareja de hecho se constituye únicamente mediante los mecanismos a que refiere el art. 174.3 LGSS: inscripción en el registro correspondiente de parejas de hecho, o documento público en que conste dicha constitución, sin que sea posible acudir a otros mecanismos probatorios, puesto que los requisitos legales de existencia de pareja de hecho" y "convivencia estable y notoria", son distintos, pudiendo acreditarse dicha "convivencia estable y notoria", sin embargo, por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

6.5. Prestaciones familiares

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

6.6. Desempleo

STS de 2 de diciembre de 2014. RCUD 2738/2013 (RJ 2015\34)

Seguridad social. Desempleo. Subsidio para mayores de 52 años. Límite de rentas.

Declara el TS en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente:

El recurso merece ser acogido. La cuestión debatida en el recurso es la relativa a la interpretación que ha de darse al requisito exigido por el art. 215.1LGSS para la percepción del subsidio de desempleo, de la carencia de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75% del SMI. Dicha cuestión ha sido resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo en doctrina unificada, entre otras muchas, en la STS de 2-diciembre-2011 (RJ 2012, 1622) (rcud. 909/2011) y las que en ella se citan (23/05/2003 (RJ 2003, 5866) y 30/06/2004 (RJ 2004, 6939)), en las que, después de hacer referencia a la naturaleza mixta de la prestación controvertida, se señala que: "cuando el art. 215.1.1 de la LGSS establece el límite de rentas del 75% del salario mínimo interprofesional se está refiriendo exclusivamente a los ingresos del solicitante del subsidio, no a los de la esposa u otros miembros de la unidad familiar. El número de miembros de ésta y el nivel de ingresos de la familia, tiene incidencia para el requisito de «responsabilidades familiares» del artículo 215.2 de la LGSS que aquí no se debate y en el que sí se computan los ingresos de todos los que integran la unidad familiar. De ahí que no sea correcto sumar, a efectos de determinar el nivel de rentas del solicitante del subsidio, los ingresos propios de éste con los de su esposa, cuando consta que se trata de los rendimientos obtenidos del alquiler de un bien inmueble que no pertenecía en exclusiva al solicitante, sino que había sido adquirido por la propia sociedad de gananciales. Lo procedente es aplicar la asignación de estos ingresos en función de la cuota teórica del 50% (artículos 1347 y 1404 del Código Civil (LEG 1889, 27)). En este sentido hay que tener en cuenta que la sentencia de 30 de junio de 2004 precisa que a la hora de atribuir la titularidad de las rentas, deben distinguirse dos supuestos: (a) Cuando las rentas se obtienen exclusivamente por el solicitante del subsidio, deben imputarse a él en su totalidad para determinar el nivel exigido por el art. 215.1LGSS , aunque el matrimonio se rija por el régimen legal de gananciales (sentencias de 24 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4300), 18 de julio de 1994 (RJ 1994, 7054) , entre otras] y (b) Cuando consta probado que las rentas en cuestión se obtienen por ambos cónyuges o existen datos en la narración histórica que permiten razonablemente llegar a tal conclusión, tales rentas no pueden imputarse íntegramente al posible beneficiario del subsidio, aunque el régimen matrimonial sea el de gananciales, y deberán dividirse entre ellos según su cuota de obtención (sentencia de 23 de mayo de 2003)".

La sentencia recurrida calcula lo percibido anualmente por la demandante (importe de la pensión compensatoria por 14 pagas) y el resultado lo divide por 12; y hace la misma operación con la pensión de alimentos que percibe la hija, sumando la cuantía resultante, que es inferior al mínimo legal. En consecuencia, la solución adoptada por la sentencia recurrida no se ajusta a la buena doctrina que se contiene en la sentencia de contraste que sigue la doctrina unificada de esta Sala IV del Tribunal Supremo.

Procede por tanto, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, y como se ha adelantado, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso presentado por la actora y, como la renta anual asignable a la solicitante en el año anterior (490, 83 €/mes) supera el 75% del salario mínimo interprofesional para 2011 (481,05 €/mes), debe confirmarse la sentencia de instancia que desestima íntegramente la demanda. Todo ello sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación.

STJUE de 4 de febrero de 2015, Asunto C-647/13. Caso Office national de l'emploi contra Marie-Rose Melchior (JUR 2015\41783)

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Requisitos para la concesión de prestaciones por desempleo en un Estado miembro — Consideración de los períodos de servicio prestados como agente contractual al servicio de una institución de la Unión Europea con sede en ese Estado miembro — Asimilación de los días en los que se percibe una asignación con arreglo al régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas a días trabajados — Principio de cooperación leal.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 10 CE, en relación con el Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, se opone a una norma de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, interpretada en el sentido de que, para poder tener derecho a prestaciones por desempleo, no se toman en consideración los períodos de servicio prestados como agente contractual en una institución de la Unión Europea con sede en ese Estado miembro y no se asimilan a días trabajados los días en que se percibe una asignación por desempleo en virtud del Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, mientras que los días en los que se ha percibido una prestación por desempleo con arreglo a la normativa de dicho Estado miembro se benefician de tal asimilación.

STJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-655/13. Caso H. J. Mertens contra Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (TJCE 2015\2)

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CEE) nº 1408/71 — Artículo 71 — Concepto de "trabajador fronterizo en paro parcial" — Negativa del Estado miembro de residencia y del Estado miembro competente a conceder determinadas prestaciones de desempleo.

El Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 71, apartado 1, letra a), inciso i), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) nº 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, debe interpretarse en el sentido de que tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, en el sentido de dicha disposición, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro.

STS de 2 de marzo de 2015. RCUD 903/2014 (JUR 2015\99457)

Desempleo. Incompatibilidad entre los salarios de tramitación y las prestaciones por desempleo reconocidas. Obligación del trabajador que obtiene primero desempleo y después

esos salarios por sentencia, de comunicar la nueva situación al SPEE.

La sentencia anotada reitera doctrina según la cual, si bien incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia de un título en virtud del cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación (en el supuesto enjuiciado una sentencia por la que se declara la improcedencia del despido y el derecho al percibo de salarios de tramitación), la consecuencia de dicho incumplimiento no debe extenderse a la devolución íntegra de la totalidad de la prestación cuando durante el percibo de la misma existía una situación de desempleo protegida no incompatible; es decir, sólo cabría la devolución de lo percibido indebidamente desde la fecha de notificación de la sentencia por la que se condenó al pago de salarios de tramitación. La argumentación de la Sala es que el despido en sí mismo determina la existencia de situación de desempleo y derecho al percibo de la correspondiente prestación, y si después del reconocimiento inicial del derecho a la prestación, se plantea demanda por despido que termina con una sentencia o acta de conciliación en la que se obliga al pago de salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo no se produce una vez finalizado el periodo a que corresponden los salarios de tramitación, sino desde el despido, sobre la que se deben proyectar las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, y que llevan a que la devolución sólo proceda respecto de los periodos incompatibles.

6.7. Prestaciones Sanitarias

STC núm. 211/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2015)

Recurso de inconstitucionalidad 822-2011. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica.

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.

STS de 27 de enero de 2015. RCUD 138/2014 (RJ 2015\755)

Recurso de suplicación. Acceso del reintegro de gastos médicos aunque no se alcance el límite de cuantía

La sentencia comentada, reiterando doctrina previa sobre la consideración de la asistencia sanitaria como prestación, anula actuaciones reconociendo el acceso a suplicación de la pretensión de autos, pese a no alcanzar la cuantía prevista en la ley, y ello porque tratándose de la reclamación del derecho al reintegro del importe de los gastos originados por la prestación de asistencia sanitaria, realizada con medios ajenos a la Seguridad Social, se está reclamando el derecho a una prestación, y como tal debe regirse a efecto de recurso.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

9.1. Mejoras Voluntarias

STS de 19 de enero de 2015. RECUD 677/2014 (RJ 2015\452)

Seguridad Social complementaria. Complemento de pensión de jubilación que establece el art. 37 del Convenio Colectivo de la Banca Privada y los Acuerdos de prejubilación siguen el *iter* de la pensión reconocida por la SS.

La cuestión que se suscita en la sentencia anotada es la de determinar si el trabajador –prejubilado del Banco de Santander–, tiene derecho a que la entidad bancaria le abone, como complemento pactado con el banco, la diferencia económica resultante de la minoración que la Seguridad Social ha efectuado en su pensión de jubilación al concurrir una pensión de viudedad y aplicarle el tope máximo establecido legalmente, dando el TS a tal incógnita una respuesta negativa. Se funda esta decisión en un pronunciamiento anterior que cita y reproduce parcialmente, señalando que al reducirse la pensión de jubilación debido a la aplicación del tope de la pensión de viudedad, no entraña que necesariamente deba incrementarse por el banco el importe del complemento pactado, porque implicaría entender que la empresa se habría comprometido a sufragar las reducciones que en el importe de la pensión ha de llevar a cabo por imperativo legal el INSS, consecuencia totalmente ilógica, al no poderse soslayar mediante pactos privados la aplicación de las medidas legales en los supuestos de concurrencia de pensiones que superen el tope máximo legal de la jubilación correspondiente.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

STJUE de 12 de febrero de 2015, Asunto C-114/13. Caso Theodora Hendrika Bouman contra Rijksdienst voor Pensioenen (JUR 2015\47789)

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CEE) nº 1408/71 — Seguro de vejez y muerte — Artículo 46 bis, apartado 3, letra c) — Liquidación de las prestaciones — Normas nacionales que prohíben la acumulación — Excepción — Concepto de "seguro voluntario o facultativo continuado" — Pensión nacional en virtud de un régimen de seguro obligatorio — Posibilidad de solicitar la dispensa del alta durante un determinado período — Alcance del certificado expedido por la institución competente de otro Estado miembro — Reglamento (CEE) nº 574/72 — Artículo 47.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 46 bis, apartado 3, letra c), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, debe interpretarse en el sentido de que comprende la parte de una prestación que procede de un período de seguro durante el cual el interesado tenía derecho a obtener una dispensa del alta en el régimen de seguro obligatorio, dándose la circunstancia de que, durante el período en cuestión, el alta repercute en el alcance de la prestación de seguridad social.

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

ARUFE VARELA, A.: El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español, Barcelona, Atelier, 2015, 167 páginas.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: Una cuestión de Derechos Humanos. La protección de Seguridad Social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega, Pamplona, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2015, 121 páginas.

ROJO TORRECILLA, E. (Coord.): Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores, Barcelona, Huygens, 2015, 402 páginas.

ROMERO RÓDENAS, M.J.: El accidente de trabajo en la práctica judicial, Albacete, Bomarzo, 2015, 152 páginas.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Pamplona, Aranzadi, 2015, 215 páginas.

TARANCÓN PÉREZ, E., ROMERO RÓDENAS, M.J.: Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social. Adaptado a las reformas del Régimen General de la Seguridad Social de 2012-2014, Albacete, Bomarzo, 2015, 339 páginas.

2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D.: La reforma de las Mutuas, Albacete, Bomarzo, 2015, 266 páginas.

PÉREZ DEL PRADO, D.: La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 141 páginas.

ROQUETA BUJ, R. (Dir.): Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma, Pamplona, Thomson Reuters/Lex Nova, 2015, 208 páginas.

TALÉNS VISCONTI, E.: El nuevo régimen jurídico de la prestación por cese de actividad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 143 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

No existen obras relevantes en esta materia.

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Reformas Paramétricas del Sistema Público de Pensiones Español (I): Efectos sobre la Contributividad y la Equidad de la ley 27/2011

Parametric Reforms of Spanish Public Pension System (I): Contributory and Equity Effects of the law 27/2011

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DE ECONOMÍA APLICADA

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

CONCHA SALVADOR CIFRE

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD DE ECONOMÍA APLICADA

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Resumen

Este trabajo se centra en el análisis de la contributividad de las últimas reformas del sistema público de pensiones en España. Se destacan cuatro medidas que suponen un importante cambio cualitativo en el sistema de cálculo de la pensión de jubilación: la modificación del procedimiento de cálculo del porcentaje de pensión (Ley 27/2011); 2) la ampliación del período de cálculo de la Base reguladora (Ley 27/2011) (Parte I); 3) el Factor de Sostenibilidad (Ley 23/2013) y 4) el nuevo Índice de revalorización de las pensiones (Ley 23/2013) (Parte II). El objetivo es analizar esas medidas y cuestionar la interpretación del criterio de contributividad desde la óptica de la justicia distributiva.

Palabras clave

reforma de la seguridad social, pensión de vejez, solidaridad social, igualdad de trato, equidad

Abstract

This paper focuses on the analysis of the contributory of the recent reforms of the public pension system in Spain. Four measures involving major qualitative change in the system for calculating the pension are: 1) the modification of the method of calculating the rate of pension (Law 27/2011); 2) the extending the period of calculating the regulatory basis (Law 27/2011) (Part I) 3) Sustainability Factor (Law 23/2013) and 4) the new index adjustment of pensions (Law 23/2013) (Part II). The objective is to analyze these measures and question the interpretation of the criterion of contributory from the viewpoint of distributive justice.

Keywords

Reform of Social Security, Old Age Pension, Social Solidarity, Equal Treatment, Equity

1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la necesidad de reformar el Estado del bienestar reaparece en los periodos de crisis económica. El discurso repetido hasta la saciedad es que la crisis económica somete al sistema público de Seguridad Social a una presión financiera en forma de "tijera" (los ingresos públicos disminuyen mientras que los gastos públicos crecen). El resultado, desde esta perspectiva meramente contable-financiera, es la inviabilidad económica y financiera de los regímenes de protección social.

Con esta lógica, en los últimos años, las reformas de las políticas sociales han tenido dos objetivos prioritarios: 1) reestructurar las responsabilidades sobre los viejos y nuevos riesgos sociales (traspasando estas responsabilidades desde el Estado y el empresariado hacia los propios ciudadanos, trabajadores y pensionistas) y 2) contribuir a la consolidación fiscal

y la reducción del déficit público. Las reformas de las pensiones públicas han profundizado en los dos objetivos.

Las últimas reformas del sistema público de pensiones en España (desde la profunda reforma del 2011 hasta las más recientes del 2012 y 2013)[1] se enmarcan en dos escenarios: por un lado, un contexto económico de crisis económica profunda y duradera y, por otro lado, un contexto político de adopción de políticas de austeridad y consolidación fiscal, de discutible legitimidad[2], cuyo objetivo primordial es la reducción del déficit público a través de la moderación o disminución del gasto público.

La salida a la crisis económica actual está pasando por políticas económicas de austeridad y por políticas fiscales cuyo principal objetivo es la consolidación fiscal y la reducción del déficit público. En este escenario de política económica, las reformas del Estado del bienestar contribuyen a alcanzar dichos objetivos restrictivos, garantizando la sostenibilidad del sistema, sin modificar las fuentes de financiación, y bajo el artificio de reforzar la contributividad [sic][3] para conseguir un sistema más justo y equitativo. Las reformas de las políticas sociales están conllevando una reducción intensa del gasto público social, una creciente deslegitimación de las políticas distributivas por las elites políticas y financieras, un recorte de los derechos sociales de ciudadanía y, en definitiva, una reducción de la intensidad protectora de las prestaciones sociales.

Un dato que llama poderosamente la atención es que a la hora de proponer las sucesivas reformas del sistema de Seguridad Social (tanto durante el gobierno del Partido Socialista Obrero Español, PSOE, como del Partido Popular, PP) no se ha tenido en cuenta el contexto económico en el que se aplican (crisis económica, deterioro del mercado de trabajo, precariedad laboral, fuerte aumento del desempleo, bajada de los salarios, etc.) que hace que, para buena parte de los trabajadores, les sea imposible alcanzar las nuevas exigencias que imponen las reformas. Este hecho, sin duda, agravará los problemas de pobreza y exclusión social de buena parte de la población española.

En síntesis, éstas son las últimas reformas aprobadas que afectan al cálculo de la *pensión de jubilación ordinaria*[4]: 1) la modificación del porcentaje de pensión (Tasa de Sustitución); 2) la ampliación del período de cálculo de la Base Reguladora; 3) el factor de sostenibilidad y 4) la revalorización de las pensiones.

Estas reformas tienen como objetivos, según se explica en las distintas memorias e informes, garantizar la sostenibilidad del sistema, sin modificar las fuentes de financiación, y reforzar la contributividad [sic] para conseguir un sistema más justo y equitativo. En el

[1] Un análisis en profundidad de las reformas puede encontrarse en OCHANDO (2014 a) y OCHANDO (2014 b).

[2] Las medidas de reforma se han ejecutado, sobre todo las del gobierno del Partido Popular, mediante sucesivos decretos leyes, lo cual da una idea de la escasa voluntad negociadora del gobierno conservador en esta materia y de la falta de consenso político y social de las reformas aplicadas.

[3] El término contributividad [sic], referido al *carácter contributivo del sistema* –definido en la recomendación 9ª del Pacto de Toledo de 1995 (véase Cuadro 1)–, es acuñando posteriormente en la Ley 27/1997 y en las revisiones del mencionado acuerdo.

[4] Se entiende por pensión ordinaria la que se obtiene en la jubilación a la edad normal, por tanto, no se trata de una pensión anticipada ni demorada.

presente artículo se pretende analizar cómo se concretan estas medidas y cuáles son las consecuencias distributivas que supone su aplicación.

La estructura formal del trabajo es la siguiente. Debido a su extensión, el trabajo está dividido en dos partes. La primera parte (desarrollada en el presente artículo) consta de cuatro apartados. Inicialmente, se hace una breve descripción de las reformas que han ido dirigidas a reforzar el carácter contributivo de las pensiones de jubilación del sistema público de pensiones español. Seguidamente, se analizan los efectos de la modificación del cálculo del porcentaje de pensión (Medida 1) y los argumentos a favor y en contra de la ampliación del periodo de cálculo de la Base Reguladora, en ambos casos fijadas por la Ley 27/2011 (Medida 2). Especialmente, se destacarán los efectos negativos que comportan dichas modificaciones para el bienestar de los perceptores de este tipo de prestaciones sociales.

En la segunda parte del trabajo se analizan las consecuencias y los efectos de la última reforma de pensiones acometida por el gobierno conservador español en 2013 (Ley 23/2013). Esta reforma se ha basado, básicamente, en la introducción de dos nuevos índices: el Factor de sostenibilidad (Medida 3) y el nuevo Índice de revalorización de las pensiones (Medida 4). El trabajo finalizará con las concusiones donde se realizará una valoración conjunta de las reformas puestas en práctica en España en estos últimos años y se presentarán una serie propuestas de reforma.

2. LA GÉNESIS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Uno de los objetivos de un modelo de Seguridad Social de corte profesional es proteger el nivel de vida de los trabajadores. Estrechamente relacionado con este objetivo, aparece el principio contributivo, por el que, en pro de la denominada justicia contributiva, se defiende estrechar la relación de equivalencia entre las pensiones y las cotizaciones efectuadas.

El primer paso desde la Constitución española en la aplicación del mencionado principio lo dio el Gobierno socialista de 1985 (Ley 26/1985) y desde entonces ha supuesto uno de los requerimientos más frecuentes en todos los acuerdos sociales. El punto de referencia de todos ellos ha sido la recomendación número 9 del *Pacto de Toledo (1995)*, en la que se propone el reforzamiento de la equidad y del carácter contributivo del sistema, de modo que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado.

El siguiente paso fue del segundo Gabinete del PP de 1996, mediante un pacto con UGT y CCOO, que subió el período de cálculo de la base reguladora de 8 a 15 años e incrementó la proporcionalidad en los tramos de pensión por años cotizados (Ley 24/1997). Con el mandato de "reforzar la contributividad [sic]" se dio vía libre a que el futuro contemplase nuevos aumentos del período de referencia.

Posteriormente, la contributividad [sic] tuvo su apoyo en el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2011)*, elaborado por la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo y aprobado por el Congreso, en el que se reitera la necesidad de reforzar el principio de contributividad [sic], avanzando en una mayor adecuación entre la pensión y el esfuerzo de cotización realizado por cada trabajador,

tomando como referencia las medidas incorporadas en otros países de nuestro entorno[5]. Este fue el paso previo a la reforma legislativa llevada a cabo por el último Gobierno del PSOE (Ley 27/2011), con el apoyo expreso sólo de CiU, bajo la exigencia, se dijo, de la UE y de los mercados financieros[6].

El 2 de Febrero del 2011, el Gobierno del PSOE y los sindicatos mayoritarios firmaron el *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones* que establecía una reforma paramétrica del sistema público de pensiones. Este acuerdo se tradujo en la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de Agosto, *sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social* (con efectos a partir de Enero del 2013). Esta reforma paramétrica incluyó los principales parámetros (edad de jubilación y carencia previa, base reguladora, porcentajes aplicables a la base, complementos de mínimos y límites, jubilación anticipada y parcial, etc.). La reforma diseñaba un mayor endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión pública (retraso en el acceso a la pensión) y moderaba la cuantía futura de las pensiones[7].

Muy poco después de ganar las elecciones en Noviembre de 2011, el Gobierno del Partido Popular aprobó nuevas medidas para seguir reformando el sistema público de Seguridad Social. Estas reformas se enmarcan en un escenario de duras medidas de consolidación fiscal y estabilidad presupuestaria, que han supuesto una fuerte reducción y ajuste del gasto público[8]. En este contexto hay que enmarcar el último espaldarazo a la contributividad [sic], llevado a cabo por la Ley 23/2013, *reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social*. Esta reforma se sustenta, según se dice en la exposición de motivos de la ley que la regula, en las recomendaciones contenidas en diversos documentos de las instituciones de la UE[9] y en la recomendación segunda del *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (2011), aunque puede comprobarse que ninguna de estas recomendaciones hace referencia expresa a los mencionados índices[10]. También se apunta en la exposición de

[5] Sobre la reforma en otros países de nuestro entorno, véanse los trabajos de VARELA (2011); DURÁN y QUÍLEZ (2010); GARCÍA, GORDO Y MANRIQUE (2011), DOMÍNGUEZ (2012), BANCO DE ESPAÑA (2010), HOLZMANN (2013), MARTIN Y WHITEHOUSE (2008), NATALI (2011), BRAVO Y MARTÍN-SERRANO (2012) y RUBIO (2013).

[6] Véase también el manifiesto de apoyo de 100 economistas a la reforma de las pensiones en FEDEA (2010).

[7] Así, en el trabajo de CONDE-RUIZ Y GONZÁLEZ (2013), se concluye que los cambios normativos introducidos por la reforma del 2011 pueden llegar a suponer un "ahorro" de 3 puntos porcentuales del PIB en el año 2051 (casi un tercio del incremento esperado del gasto público hasta ese año). En la misma línea DE LA FUENTE Y DOMENECH (2011, pág. 17) estiman el impacto de la reforma del 2011 en una reducción de 2 puntos de PIB hasta 2027 y 4 puntos hasta mediados de siglo. Según los supuestos utilizados por los autores (evolución del empleo, productividad, demografía, etc.), la reforma estabilizaba el gasto en pensiones en relación al PIB en torno al 9% durante el periodo transitorio.

[8] Ley Orgánica 2/2012, de 27 de Abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (art. 18.3) anuncia el adelanto del establecimiento de mecanismos de revalorización y ajuste para garantizar el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

[9] Concretamente se citan: LIBRO BLANCO 2012: *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*; *The 2012 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 27 EU Member States (2010-2060).* European Economy 2|2012; Commission Services of Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion (2012): *Pension Adequacy in the European Union 2010-2050.*

[10] Específicamente el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (2011), en su recomendación segunda, defiende el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y plantea la conveniencia de analizar y valorar la utilización de otros índices de revalorización –basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones–, pero la Comisión no realizó ninguna propuesta concreta al

(...)

motivos que la nueva norma es coherente con el mandato de la Ley 27/2011 (art. 8) de revisar los parámetros fundamentales del sistema en función de la evolución de la esperanza de vida, aunque la interpretación de dicho mandato supone anticipar su aplicación desde 2027 a 2019.

La propuesta expresa de la que parte la Ley 23/2013 es la del *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones* (7/6/2013)[11]. El citado informe plantea un factor de sostenibilidad con dos componentes: el primero, el Factor de Equidad Intergeneracional, estimado en función de la evolución de la esperanza de vida y de aplicación sobre la pensión inicial de los nuevos pensionistas, y, el segundo, el Factor de Revalorización Anual –no previsto en la Ley 27/2011–, aplicable sobre todas las pensiones y que sustituiría la revalorización de la pensiones basada en la evolución del IPC por un índice estimado en la evolución de determinadas variables relacionadas con la situación financiera del sistema (ingresos, número de pensionistas, efecto sustitución, saldo presupuestario…). El informe consideraba necesario adelantar la aplicación del Factor de sostenibilidad a 2014 y, en cualquier caso, dentro del periodo 2014-2019.

Tanto las reformas de la Ley 27/2011 como las de la Ley 23/2013 modifican las reglas y factores que sirven para calcular el importe de la pensión, de ahí que se las reconozca como reformas paramétricas, aunque el Factor de Sostenibilidad y el Índice de Revalorización originan un cambio cualitativo importante en el diseño del sistema, en cuanto que introducen elementos que transforman, en cierta medida, el actual sistema de prestación definida en un sistema de cotización definida, al hacer depender el importe de la pensión de la evolución de nuevas variables, como son la evolución de esperanza de vida, la recaudación, etc. El Cuadro 1 sintetiza las principales medidas adoptadas en este sentido, haciendo especial hincapié en las llevadas a cabo por los últimos gobiernos del PSOE y del PP, que son las que se analizan más adelante[12].

respecto. El *Libro Blanco* de la COMISIÓN EUROPEA (2012, pág. 32) sólo había recomendado, para el caso concreto de España, retrasar la edad de jubilación legal y aumentar el número de años de trabajo para el cálculo de las pensiones, según lo planteado en la Ley 27/2011; revisar periódicamente los parámetros de las pensiones a la luz de la evolución de la esperanza de vida, según lo previsto en la Ley 27/2011 (para 2027), y adoptar nuevas medidas encaminadas a mejorar el aprendizaje permanente para los trabajadores de más edad.

[11] El Comité de expertos, fue creado al amparo del RDL 5/2013. Para conocer su composición, véase, por ejemplo, Seguridad Social Activa: Un comité de sabios para el futuro de las pensiones
http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_031829

[12] Se ha dejado al margen de este trabajo todas las reformas relacionadas con la edad de jubilación, así como las medidas que afectan al cálculo de las pensiones en caso de jubilaciones anticipadas o demoradas, aun sabiendo que también se trata de reformas paramétricas que pueden tener importantes consecuencias distributivas. Así, por ejemplo, HOYO (2014, pág. 104), estima el acortamiento en el plazo de cobro de la pensión debido al incremento en la edad de acceso a la pensión de jubilación en el 7,6.

Cuadro 1. **Reformas Paramétricas del sistema de cálculo de la Pensión de Jubilación desde el Pacto de Toledo**

Pacto de Toledo. Recomendación 9. Sobre la equidad y el carácter contributivo del sistema

- Se propone el reforzamiento de estos principios, de manera que, sin perjuicio del criterio de solidaridad y de forma gradual, a partir de 1996 las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado y se eviten situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de las mismas. Es preciso, por tanto, que las técnicas de cálculo de las pensiones contributivas permitan en el futuro y de forma progresiva que quienes realizan similar esfuerzo de cotización, alcancen prestaciones equivalentes. La Ponencia estima pertinente el mantenimiento de un tope máximo de prestación en el sistema público de Seguridad Social en la línea, expuesta anteriormente, de una mayor proporcionalidad con el esfuerzo contributivo.

Período de Cálculo de la Base Reguladora

- (1997) Incremento del período de cálculo BR de 8 a 15 (Ley 24/1997)
- (2013) Incremento período de cálculo BR de 15 a 25 años, ampliando en un año la BR por cada año entre 2013 y 2027 (Ley 27/2011).

  Integración de lagunas en la cotización para el cálculo de la BR: 48 mensualidades a BC mínima y el resto al 50% de la BC mínima (Ley 27/2011)

  Compromiso de estudio de los efectos, específicamente en carreras de cotización a tiempo parcial y discontinuas, y de llevar a cabo adaptaciones (Ley 27/2011. Art. DA 8ª)

Coeficientes reguladores de la pensión (Tasa de Sustitución)

- Sistema anterior a 1997: Tramos de BR: 60% con PC=10 años, + 2% por cada año adicional de los 20 años siguientes, hasta alcanzar el 100% con PC=35 años
- (1997) Modificación de los tramos de BR: 50% con PC=15 años, +3% por cada año cotizado de los 10 siguientes y +2% por año de los 10 siguientes, hasta alcanzar el 100% con PC=35 años (Ley 24/1997)
- (2013) Mayor linealidad de los tramos de BR por años cotizados y ampliación del PC para conseguir el 100%: 50% con PC= 15 años, + 0,19% (por mes entre 1-248) + 0,18% (por mes 249 a 264) hasta alcanzar el 100% con PC=37 años (período transitorio desde 2013 hasta 2027; Ley 27/2011)
- (2019) Factor de sostenibilidad: Índice estimado en función de la evolución de la esperanza de vida, que se aplica para calcular la pensión inicial (Ley 23/2013; Ley 27/2011, art.8, preveía su aplicación a partir de 2027).

Revalorización

- *Revalorización automática según el IPC* previsto de las pensiones contributivas (incluida la pensión mínima) al comienzo de cada año. Compensación: Para mantener el poder adquisitivo, se corrigen las desviaciones (en relación al IPC del pasado nov-nov.): Si la diferencia es a favor del pensionista, se abona la diferencia antes del 1/abril; en caso contrario, será absorbida en la revalorización que corresponda al año siguiente (Ley 24/1997).
- Desde 2011, revalorización insuficiente.
  - 2011: se suspende la revalorización, con excepción de las pensiones mínimas, las SOVI y las PNC, y se compensa de acuerdo con la desviación de los precios del año anterior (RDL 8/2010);
  - 2012: revalorización del 1% y compensación de las pensiones revalorizadas en 2011 (RDL 20/2011);
  - 2013: se fija una revalorización del 1% (2% para pensiones ≤ 1.000€) y se anula la actualización de las pensiones de 2012 (RDL 28/2012).
  - 2014: *Índice de Revalorización* en función de la situación financiera del sistema (Ley 23/2013)

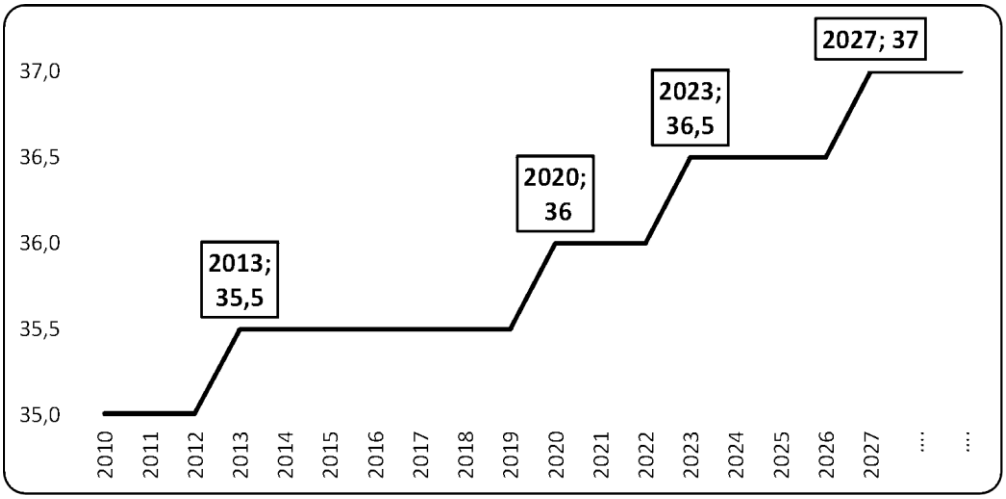
Siendo: BR = Base Reguladora de la pensión; BC = Base de cotización; FS = Factor de Sostenibilidad; IR = Índice de Revalorización; PC = Período de Cotización

3. MEDIDA 1. MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE CÁLCULO DEL PORCENTAJE DE PENSIÓN (LEY 27/2011)

El nuevo sistema de cálculo del porcentaje de pensión (véase Cuadro 1), cuya aplicación se inicia en 2013, deriva en un conjunto de consecuencias que son objeto de análisis a continuación.

La nueva formulación aumenta en 2 años el período de cotización (de 35 a 37 años) para conseguir el 100% de la pensión, lo que supone incrementar el tiempo de trabajo exigido el 5,7% para conseguir la pensión completa y, consecuentemente, aumentar la proporción de carreras incompletas. Este incremento se introduce de manera escalonada, mediante un período transitorio que se inicia en 2013 y finaliza en 2027, según muestra el Gráfico 1.

Gráfico 1. Años de cotización requeridos para una pensión del 100% de la Base Reguladora

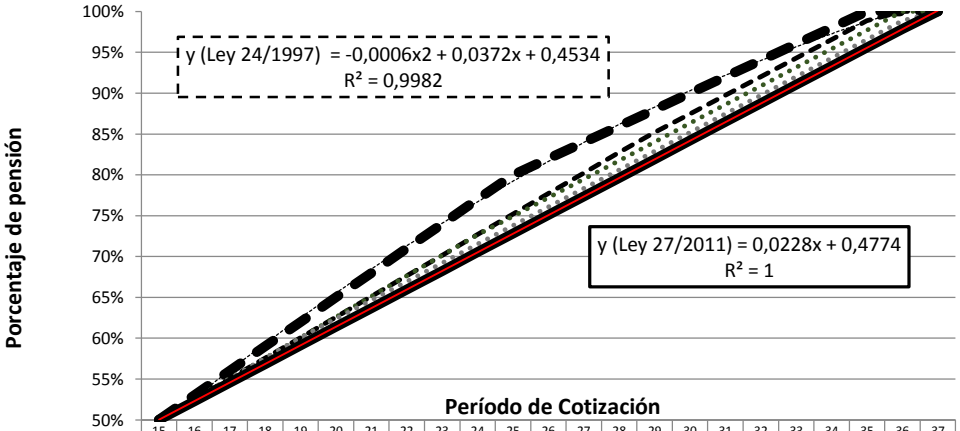


Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 27/2011

La medida genera un significativo aumento de la linealidad entre el porcentaje de pensión y el período de cotización (Gráfico 2). Una vez finalizado el período transitorio, la relación entre ambas variables, para los años que superan el período mínimo de cotización de 15 años, es lineal y se expresa a partir de un factor constante. El cambio supone dejar de beneficiar en mayor medida a los primeros años de cotización[13].

[13] En cuanto al pretendido aumento de la proporcionalidad de la Ley 27/2011 téngase en cuenta que, en opinión de BUDIA (2014, pág. 208), la mayor linealidad es contraria al criterio actuarial, puesto que, desde este planteamiento, el porcentaje de pensión asignado debe reducirse con la edad del trabajador ya que aumenta la probabilidad de fallecimiento.

Gráfico 2. Porcentaje de pensión en función del período de cotización (Ley 27/2011)

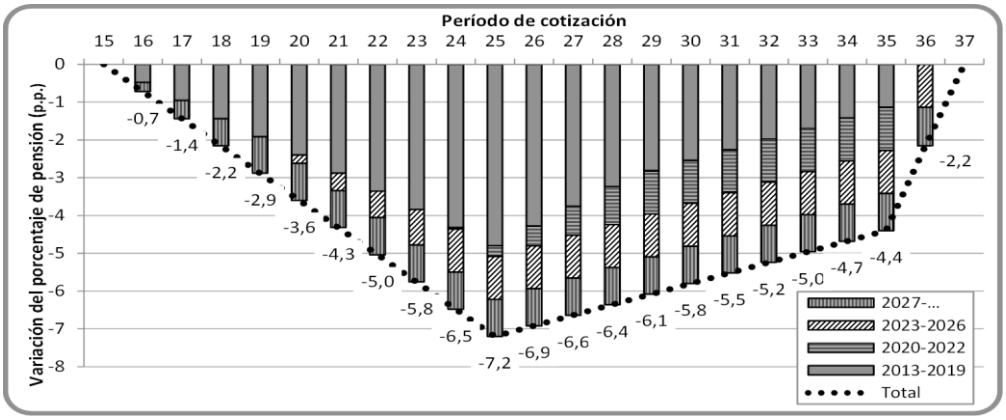


	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37
...-2012	50%	53%	56%	59%	62%	65%	68%	71%	74%	77%	80%	82%	84%	86%	88%	90%	92%	94%	96%	98%	100%	100%	100%
2013-19	50%	52,5%	55%	57,6%	60,1%	62,6%	65,1%	67,6%	70,2%	72,7%	75,2%	77,7%	80,2%	82,8%	85,2%	87,5%	89,7%	92,0%	94,3%	96,6%	98,9%	100%	100%
2020-22	50%	52,5%	55%	57,6%	60,1%	62,6%	65,1%	67,6%	70,2%	72,6%	74,9%	77,2%	79,5%	81,8%	84,0%	86,3%	88,6%	90,9%	93,2%	95,4%	97,7%	100%	100%
2023-26	50%	52,5%	55,0%	57,6%	60,1%	62,4%	64,7%	66,9%	69,2%	71,5%	73,8%	76,1%	78,3%	80,6%	82,9%	85,2%	87,5%	89,7%	92,0%	94,3%	96,6%	98,9%	100%
2027-...	50%	52,3%	54,6%	56,8%	59,1%	61,4%	63,7%	66,0%	68,2%	70,5%	72,8%	75,1%	77,4%	79,6%	81,9%	84,2%	86,5%	88,8%	91,0%	93,3%	95,6%	97,8%	100%

Nota. Donde el Período de cotización es el número de años de cotización adicional a 14 años
Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 27/2011

La linealidad, una vez finalizado el período transitorio (2027), va a originar una reducción de las pensiones de todos aquellos que acumulan menos de 37 años de cotización, afectando en mayor medida a quienes han cotizado en torno a los 25 años; concretamente, quienes acumulan 35 años obtendrán porcentajes de pensión 4,4 puntos porcentuales por debajo de la pensión que les hubiese correspondido de haberse jubilado en 2012 y si han cotizado 25 años perderán 7,2 puntos porcentuales (Gráfico 3).

Gráfico 3. Variación del Porcentaje de pensión de las altas en cada plazo del período transitorio (Ley 27/2011)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 27/2011.

Llama la atención la brusquedad con la que se ha puesto en marcha la reforma. La pretendida gradualidad que se presuponía al período transitorio, es un cierto engaño. El grueso del cambio se produce en el primer plazo del período transitorio (2013-2019), en el que, por ejemplo, un jubilado en Enero de 2013 con 25 años de cotización verá reducirá su pensión en 4,8 puntos porcentuales en relación a si se hubiese jubilado en 2012. Para los períodos de cotización inferiores a 26 años, el 67% de la reducción se genera en el primer plazo.

Teniendo en cuenta los períodos de cotización correspondientes a las altas de jubilación del ejercicio 2013, la aplicación de la medida, en su primer escalón de reducción (para 2013 hasta 2019), puede suponer, en términos medios, alrededor de 2,5 puntos porcentuales menos de pensión para cada jubilado con un período de cotización comprendido entre 16 años y 35 años (Cuadro 2). Esta reducción, según esta estimación, puede haber afectado al 32,5% de las altas en 2013. Extrapolando los datos referentes a las altas de jubilación de 2013 al ejercicio en el que la reforma se aplicará plenamente (2027), se estima que la perdida por la supuesta jubilación de los trabajadores en 2027 con períodos de cotización inferiores a 37 años, cuando aplican la reducción plena, podría suponer 5 puntos porcentuales de pensión, en relación a la normativa anterior a la Ley 27/2011. Si los cálculos se hacen en relación al total de altas por jubilación, incluyendo a los no afectados por la reducción, la estimación media es de una reducción de 0,8 p.p. para el primer plazo y de 1,5 p.p para el año 2027. Obsérvese que la reducción inicial es el 50% de la reducción al final del período transitorio.

Cuadro 2. **Reducción en el Porcentaje de Pensión por aplicación de la Ley 27/2011, según PC**

		Reducción en puntos porcentuales				Reducción porcentual			
Período de cotización	Altas 2013	2013-2019	2020-2022	2023-2026	2027-…	2013-2019	2020-2022	2023-2026	2027-…
16-20	6,6%	-1,4	-1,4	-1,5	-2,2	-2,4%	-2,4%	-2,4%	-3,6%
21-25	6,0%	-3,8	-3,9	-4,8	-5,8	-5,2%	-5,2%	-6,4%	-7,7%
26-30	7,4%	-3,3	-4,2	-5,4	-6,4	-3,9%	-5,0%	-6,3%	-7,4%
31-34	8,5%	-1,8	-3,0	-4,1	-5,1	-1,9%	-3,1%	-4,3%	-5,4%
35-36*	4,0%	-1,1	-2,3	-2,3	-3,3	-1,1%	-2,3%	-2,3%	-3,3%
Subtotal	32,5%	-2,5	-3,1	-4,0	-5,0	-3,1%	-3,8%	-4,8%	-6,0%
Total	100%	-0,8	-0,9	-1,2	-1,5	-0,9%	-1,1%	-1,4%	-1,8%

Notas: Se compara el porcentaje de pensión derivado de la aplicación de la Ley 27/2011 con el que se obtenía con la anterior normativa. Se ha aplicado suponiendo constante la distribución de las altas según el PC en 2013. * Porcentaje de altas estimado.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social. Informe Económico Financiero. Ejercicio 2015 (Cuadro IV.12)

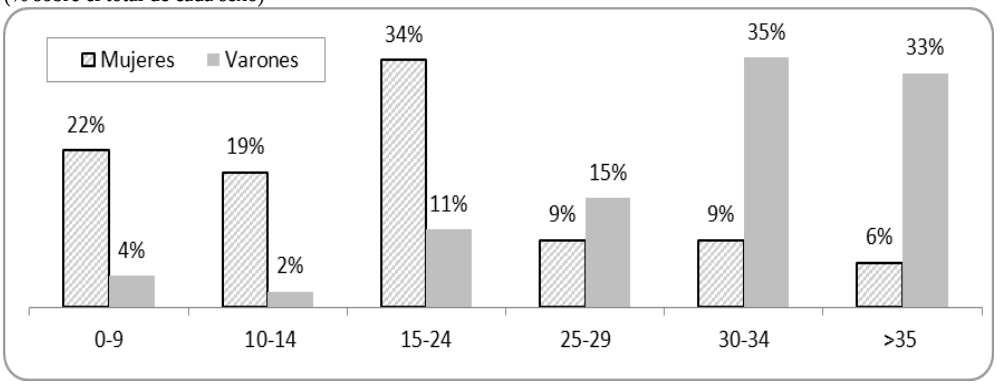
Estas estimaciones presentadas en el Cuadro 2, que también se presentan en términos de pérdida porcentual, nos ofrecen resultados bastante más negativos que los obtenidos en la *Memoria económica de la Ley* 27/2011 (MTI, 2011, pág. 20), en la que se indica que la medida puede afectar inicialmente al 21,2% de las altas, aumentando su repercusión hasta

2027, momento en el que los trabajadores posiblemente afectados serán el 27,7%[14]. En cuanto a la reducción del volumen total de pensión de las nuevas altas, la mencionada Memoria estima en 0,5% (frente al 0,9% estimado en el Cuadro 2) para el primer tramo del período transitorio, y alrededor del 0,24% para cada uno de los siguientes, de modo que la reducción acumulada en 2027 puede ser del 1,20% (1,8% en el Cuadro 2)[15].

Por otro lado, el impacto de género puede ser importante. El número de años cotizados durante la carrera laboral refleja asimetrías, dando como resultado unas pensiones contributivas de jubilación considerablemente peores para las mujeres (ALONSO Y PAZOS, 2010, pág. 23 y 24). Como se observa en el Gráfico 4, los trabajadores masculinos siguen una trayectoria que coincide mayoritariamente con el comportamiento laboral deseable según el sistema de pensiones, acumulando largos períodos de cotización, que, para la mayoría, se aproximan en los 60-64 años de edad al período en el que se consigue la pensión máxima. Sin embargo, la distribución de las mujeres por años cotizados refleja que la mayoría se sitúa, en los años previos a la jubilación, en torno al mínimo de años exigidos para crear derecho a una pensión contributiva.

Gráfico 4. Distribución de trabajadores RG de 60-64 años según años cotizados, por sexo (2006)

(% sobre el total de cada sexo)



Fuente: Elaborada con datos de la MCVL de 2006 (MESS)

Aunque cabe pensar que generacionalmente esta diferencia va atenuándose, las mujeres presentan una trayectoria laboral nada favorable desde la óptica del principio de contributividad. Ni que decir tiene, que la reforma de 2011 va a empeorar su situación y a

[14] Sin embargo, ZUBIRI (2012) considera que, teniendo en cuenta la situación del mercado laboral y las previsiones de su evolución, los pronósticos auguran la reducción de los períodos de cotización acumulados en los años próximos.

[15] Utilizando otros indicadores, BOADO Y LANOT (2012), estiman, a partir de la simulación de las vidas laborales de la MCVL, que hay un 50% de los individuos que no cumplen los requisitos necesarios para percibir la pensión de jubilación con las nuevas reglas de la Ley 27/2011 y que el TIR (Tasa Interna de Rendimiento) se reduciría en el Régimen General hasta el 3,48% frente al 3,82% sin considerar los efectos de la reforma; para los autónomos del 4,14% al 3,67%. Además, esta prospección indica que la reforma reducirá la pensión inicial media mensual aproximadamente 150 € para el RG y 114 € para el RETA. MENEU Y ENCINAS (2012, pág. 101), a partir de la MCVL 2010, estiman una reducción media del 9% en el porcentaje de pensión, teniendo en cuenta la nueva escala base y los cambios en las reducciones de las jubilaciones anticipadas.

acentuar las diferencias de género. De hecho, el grado de dispersión de los resultados en la tasa de sustitución estimada por CONDE-RUÍZ y GONZÁLEZ (2013, pág. 21 y 29) para 2051 es relevante. En su estudio indican que, mientras los hombres no se verán afectados por esta modificación al superar los 40 años cotizados, las mujeres, sobre todo aquellas con menos estudios, serán las más perjudicadas (-6,7%, -4,5% y 0%, con estudios de primaria, secundaria y terciaria, respectivamente). En términos medios, estiman una disminución en la pensión de jubilación en 2051 del 1,5%.

4. MEDIDA 2. AMPLIACIÓN DEL PERÍODO DE CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA (LEY 27/2011)

La ampliación de la Base Reguladora supone considerar, en 2013, las bases de cotización de los últimos 16 años, 17 años en 2014, y así sucesivamente hasta alcanzar los 25 años en 2022 (Cuadro 1). Esta reforma ha suscitado un amplio debate entre los expertos en la materia. Se han aportado argumentos tanto a favor de la reforma como en contra.

4.1. Argumentos a favor de la ampliación del periodo de cálculo de la base reguladora

CONDE-RUÍZ y GONZÁLEZ (2013) consideran que la extensión del período de cálculo permitirá conseguir una mayor proporcionalidad, al mejorar la relación entre las cotizaciones realizadas al sistema y la pensión recibida, al tiempo que supone un mayor ahorro en el gasto en pensiones.

En principio, la ampliación del período de cálculo de la base es una propuesta cuyo fin parece ser la denominada *justicia contributiva*, en términos de una mayor proporcionalidad entre el importe de la pensión y las bases de cotización habidas durante la vida laboral. De este modo, se favorece a los trabajadores que ven extinguida su relación laboral cerca del momento de su jubilación, de modo que no vean mermados sus futuros derechos de Seguridad Social como consecuencia del reparto desigual de sus cotizaciones en el tiempo. Así se puso de manifiesto en una de las recomendaciones del *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (2011).

Como indica BRAVO (2010, pág. 17 y 18), es un hecho contrastado el creciente porcentaje del colectivo de trabajadores de más de 55 expulsado del empleo en la última etapa de su vida laboral, lo cual va a tener un impacto directo negativo sobre sus carreras de cotización y, por extensión, sobre las pensiones a las que generan derecho. Citando la *Encuesta de Estructura Salarial* publicada en 2010 por el INE, el citado autor muestra cómo este fenómeno comienza poco a poco a ganar en importancia hasta el punto de influir sobre la media de la masa salarial del conjunto de trabajadores de este grupo de edad y que la reducción de salario es especialmente significativa en el caso de los varones que son quienes han venido experimentando a lo largo de su vida laboral una carrera profesional con mejores salarios. En el citado trabajo también se apunta que aproximadamente algo más del 30% de las altas en la pensión de jubilación suponen un acceso desde la situación de desempleo, y, más concretamente, el 10% desde el subsidio de mayores de 52 años. Por lo que las carreras de cotización de estos trabajadores se ven severamente afectadas con un serio impacto sobre

la cuantía de sus pensiones, y ello a pesar de que la inmensa mayoría presenten amplias carreras de cotización[16].

También se apunta, que este tipo de reforma permite luchar más eficazmente contra los efectos perversos de un sistema que consiente a los autónomos elegir el momento y la cuantía de sus aportaciones, puesto que la ampliación del período de cálculo de la base reguladora hace menos rentables los aumentos estratégicos de sus contribuciones para conseguir maximizar sus pensiones.

Estas supuestas ventajas de la medida se diluyen si tenemos en cuenta que pueden utilizarse otra serie de mecanismos más eficientes para solucionar los problemas apuntados. Por un lado, el problema del desigual reparto de bases en el tiempo puede solventarse permitiendo la elección de las mejores bases de cotización y, por otro lado, el comportamiento estratégico de los autónomos puede impedirse exigiendo que su base de cotización coincida, en todo momento, con las rentas de su actividad.

4.2. Argumentos en contra de la ampliación

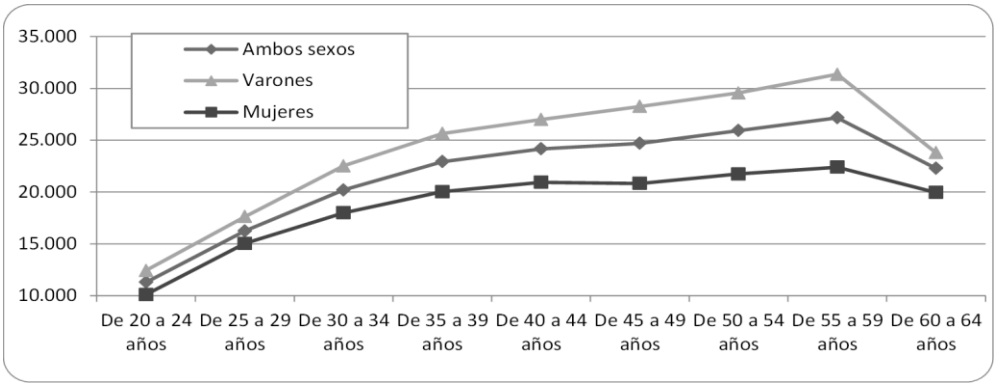
No todos los estudios realizados sobre la reforma coinciden en que dé un balance positivo. Los resultados que se presentan a continuación indican que el alargamiento del período de cálculo de la Base Reguladora tendrá un impacto general negativo sobre las pensiones de los nuevos jubilados. Concretamente, éste es el sentido del resultado obtenido en el trabajo dirigido por MUÑOZ DE BUSTILLO et al. (2011) para los pensionistas del Régimen General, distinguiendo el impacto resultante de la conjunción de dos factores: a) el perfil salarial de los trabajadores y b) el aumento de las lagunas en la cotización.

Teniendo en cuenta que la ganancia media mensual de los distintos grupos de edad es ascendente (véase Gráfico 5)[17] y suponiendo que esa evolución salarial representa la que corresponde a cada cohorte, la consideración de los períodos más antiguos en el cálculo puede llevar a una disminución de la base reguladora media de las pensiones. La existencia de perfiles salariales y de bases de cotización crecientes en el transcurso de la vida laboral, da lugar a la reducción de las bases reguladoras cuando se amplía el período de cálculo de éstas (Gráfico 6).

[16] Este dato es coincidente con el patrón que señalan estudios elaborados por la Seguridad Social, que indican que alrededor de un 20% de los trabajadores ven reducida su Base de cotización durante los últimos 17 años de su vida laboral, por lo que, en apariencia, un incremento del período de cómputo de sus cotizaciones puede ser beneficioso para ellos.

[17] Este gráfico no debe interpretarse como carreras profesionales de cada individuo, sino carreras ficticias construidas a partir de la conjunción de salarios de individuos con distintas edades en un mismo momento del tiempo. Por tanto, la trayectoria que muestra es, en realidad, la que corresponde al solapamiento de distintas generaciones con niveles salariales distintos. Ver los resultados de los cálculos de perfiles laborales por generaciones mostrados por MUÑOZ DE BUSTILLO (Dir.) (2007, pág. 89-90), en los que se confirma la existencia de un perfil salarial (y de base de cotización) creciente con el transcurso de la vida laboral, estabilizándose en la última década de la misma.

Gráfico 5. Ganancia media anual por trabajador (en €). Sexo y Edad (2012)



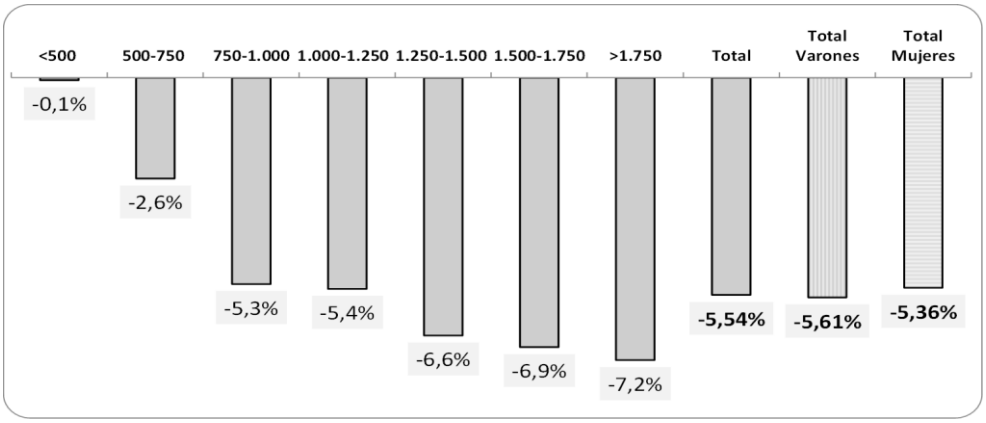
Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta anual de estructura salarial del INE (2012)

Según FERNÁNDEZ CORDÓN (2011), la ampliación del período de cálculo es una forma de recortar las pensiones, en la medida en que la mayoría de los recorridos profesionales son ascendentes, es decir con salarios crecientes, menores al principio que al final de la vida laboral. Puede haber situaciones en que el efecto sea contrario, cuando el salario de los últimos años de actividad es menor o cuando el jubilado procede del paro, aunque –dice en citado autor– éstas son situaciones hasta ahora son minoritarias.

El resultado obtenido por MUÑOZ DE BUSTILLO et al. (2011) cifra en una reducción de la pensiones media de las altas del 5,54%, consecuencia del impacto de una ampliación a 20 años, algo más de un punto porcentual por cada año de ampliación del período de cálculo[18]. También muestra que el efecto es mayor sobre las pensiones de mayor cuantía, lo que indica un perfil salarial con variaciones más pronunciadas en los grupos de mayor cotización, y que el impacto negativo no parece ser más acusado para las mujeres que para los varones. Este menor impacto se debe, claro está, a los menores salarios medios percibidos por las mujeres. De cualquier modo, dice SALVADOR (2013, pág.61), una leve reducción de la diferencia de género no merece ser considerada como un logro en la igualdad si la reducción de las pensiones de los grupos de menores ingresos, por pequeña que sea, genera efectos negativos para estos grupos. Aunque la reducción general de las pensiones afecte a las mujeres en una menor proporción, reduce sus pensiones y aumenta el número de perceptoras de pensiones mínimas.

[18] Esta estimación corresponde a lo que los autores identifican como muestra reducida. En la muestra ampliada, en la que no se han descartado datos que muestran cierto margen de error entre la pensión simulada y la pensión registrada, la caída de la pensión media se cifra en el 4,2%. Véase también Muñoz de Bustillo (Dir.) (2007)

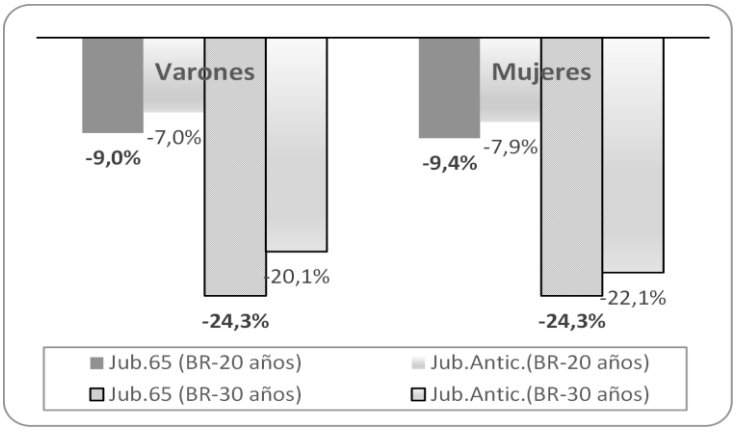
Gráfico 6. Impacto por tramos de pensiones del alargamiento de 15 a 20 años del período de cómputo BR



Fuente: Elaborado a partir de Muñoz et al. (2011) (en base a la MCVL)

También en relación a los efectos de género se pronuncia el estudio de JIMÉNEZ MARTÍN et al. (2009, pág. 92), realizado para ampliaciones del período de cálculo de la BR de 15 a 20 años y de 15 a 30 años. Para estos autores la ampliación de 5 años reduce los *derechos de pensión* (Gráfico 7), en términos medios, alrededor del 9% para los varones y del 9,5% para las mujeres, siendo la disminución algo inferior para ambos grupos en las jubilaciones anticipadas. Cuando el período se extiende a 30 años, la caída se agudiza, situándose en el 24,3% en las jubilaciones ordinarias para ambos sexos y, en las jubilaciones anticipadas, en el 20% para los varones y el 22% para las mujeres. En las dos alternativas se aprecia que se produce, en la mayor parte de los casos, un ligero incremento de las diferencias entre hombres y mujeres.

Gráfico 7. Impacto de género en el Derecho a Pensión del alargamiento del período de cómputo BR

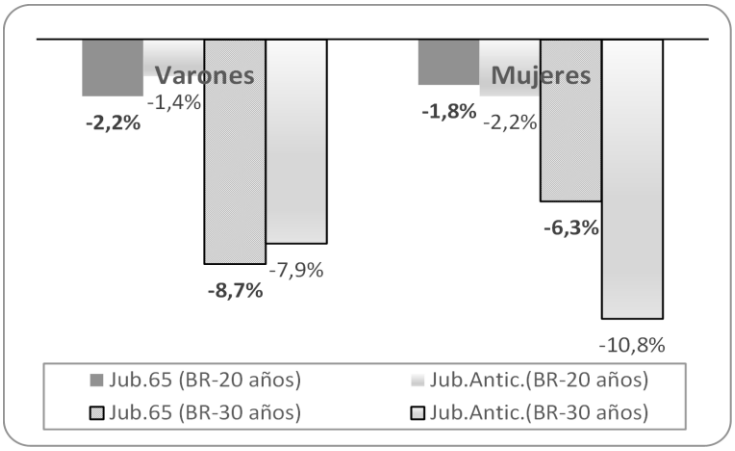


Fuente: Elaborado a partir de Jiménez et al. (2009) (en base a la MCVL 2008)

Los datos presentados anteriormente responden a la reducción de las pensiones a falta de la compensación que se derive de la aplicación, en su caso, de los *complementos a mínimos*. La consideración de las pensiones mínimas (Gráfico 8), según el trabajo de

JIMÉNEZ MARTÍN et al. (2009, pág. 94), reduce considerablemente el efecto reductor, que se situaría del 1% al 3% para bases reguladoras de 20 años y del 6% al 11% para bases reguladoras de 30 años. Como los complementos a mínimos afectan en mayor parte a las mujeres, porque generan derechos a pensión inferiores, atenúan en mayor medida la caída de las pensiones de las mujeres, de modo que, en jubilación ordinaria se aprecia que la disminución de la pensión efectiva es menor en las mujeres que en los varones. Sin embargo, las mujeres salen más perjudicadas en las jubilaciones anticipadas.

Gráfico 8. Impacto de género en la Pensión Efeciva del alargamiento del período de cómputo BR



Fuente: Elaborado a partir de Jiménez et al. (2009) (en base a la MCVL 2008)

Estos resultados ponen de manifiesto una cuestión transcendente derivada de la implantación de este tipo de medidas: que cada vez van a ser más los pensionistas del sistema contributivo situados en los niveles mínimos de pensión y, por ende, la importancia sustancial y creciente de los complementos a mínimos[19].

Aunque las estimaciones de MUÑOZ DE BUSTILLO et al. (2011) se han realizado para jubilados del Régimen General en 2005, en ese estudio se plantea también cuál podría ser el impacto de la ampliación del período para los trabajadores que actualmente están en los años centrales de su vida laboral (alrededor de 45 años) y que se jubilarán en 2027. De este análisis se concluye que la experiencia de desempleo de esa generación ha sido más intensa que la experiencia de desempleo de los jubilados en 2005, con lo que es razonable pensar que la ampliación, en cuanto a la aparición de un mayor número de huecos o lagunas, podría tener implicaciones más gravosas para esos trabajadores que en el caso de los recientemente jubilados (Muñoz de Bustillo, et al. 2011). Por tanto, en términos agregados, el alargamiento del período de cotización contribuirá negativamente en la cuantía de la pensión cuando

[19] MENEU Y ENCINAS (2012, pág. 101), estiman que el efecto multiplicador de la pensión media base, fundamentalmente derivado de la aplicación de los complementos mínimos, pasa de 1,045 a 1,083 después de la reforma de la Ley 27/2011, lo que supone un aumento de las pensiones del 3,7% que compensa, en parte, las reducciones.

suponga incorporar períodos de alta tasa de desempleo, mientras que será neutral o positivo cuando coincida con períodos de alto nivel de empleo[20].

A nivel individual esta ampliación puede tener implicaciones negativas superiores para quienes tienen mayores tasas de desempleo y presentan mayores lagunas de cotización, que antes quedaban fuera del cálculo de la base reguladora. Como dice FERNÁNDEZ CORDÓN (2011), cuando se exigen períodos de cotización más largos, se limita la posibilidad de compensar a los que han tenido una vida laboral más corta, porque se han incorporado más tarde, o más accidentada, como las mujeres que han podido entrar y salir para dedicarse al cuidado de los hijos o de los dependientes mayores. Hay que considerar que, siendo la cotización obligatoria para los que trabajan los períodos de no cotización reflejan, en la inmensa mayoría de los casos, más circunstancias adversas en el mercado de trabajo que imprevisión por parte del individuo.

Como apunta JIMÉNEZ (2013) en un artículo periodístico, "estas reformas, dada la situación del mercado laboral, plantean serias dudas sobre si son excesivamente severas por el elevado número de trabajadores con contrato parcial o temporal, por el alto índice de desempleo juvenil y por el actual volumen de personas en paro prolongado que han agotado o van a agotar la prestación contributiva por desempleo. Completar 37 años de cotización plena puede ser, para una parte muy importante de la población, `misión imposible´".

Lo que parece evidente es que, a medida que se alarga el período de referencia hasta llegar a tomar toda la vida laboral, disminuyen las diferencias entre el sistema público de transferencias y el de seguro. Concretamente, esta ampliación puede tener implicaciones negativas de género, considerando la mayor tasa de desempleo de las mujeres y la opción por el abandono temporal de la actividad laboral por razones relacionadas con la maternidad. Quienes opten por el trabajo a tiempo parcial, para compatibilizar la vida laboral y familiar en los años con mayores obligaciones familiares asociadas al cuidado de los hijos, presentarán mayores lagunas de cotización o incluirán salarios a tiempo parcial, que antes quedaban fuera de cálculo y que ahora repercutirán negativamente sobre la base reguladora ampliada.

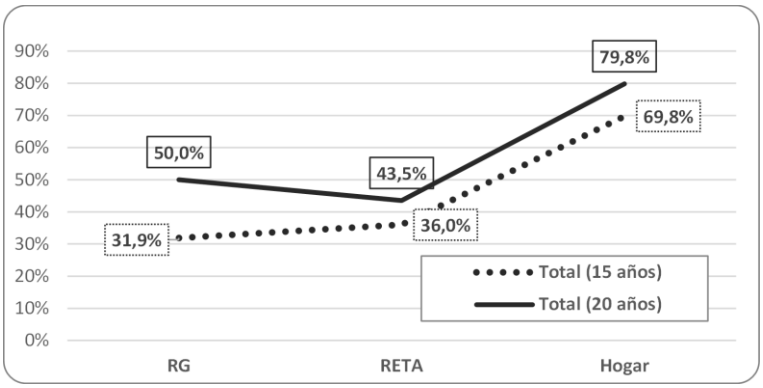
Se observa en el Gráfico 9 cómo aumenta la proporción de los trabajadores de cada régimen con lagunas de cotización, al ampliar de 15 a 20 años el período considerado, y en el Gráfico 10 cómo la reforma va a afectar en mayor medida a las mujeres, en cuanto a que la proporción de ellas que presenta lagunas es significativamente mayor[21]. Estas diferencias

[20] En opinión de QUÍLEZ (2011, pág. 186), la proporción de las lagunas aumenta con número de años considerandos para calcular la base reguladora, pero hay que tener en cuenta que el comportamiento variaría a lo largo del período transitorio, a medida que vayan aumentando los años requeridos, y la proporción final de trabajadores con lagunas, se aproximará a la situación actual en la que se exigen 15 años. La explicación, según la Subdirectora General de Planificación y Análisis Económico-Financiero de la Seguridad Social, es que sin duda se va a producir un cambio de comportamiento al ser conscientes de que habrá que cotizar más para tener menos lagunas. Lo cual parce una conjetura incierta puesto que depende, ineludiblemente, del supuesto implícito de que quien quiere trabajar encuentra empleo.

[21] Los gráficos se han elaborado a partir de los datos disponibles en la Memoria Económica del Anteproyecto de Ley, sin embargo, serían más representativos si abarcarán la información de las lagunas en los historiales de cotización de los últimos 25 años y de cuándo se sobrepasan lagunas por 49 meses o más.

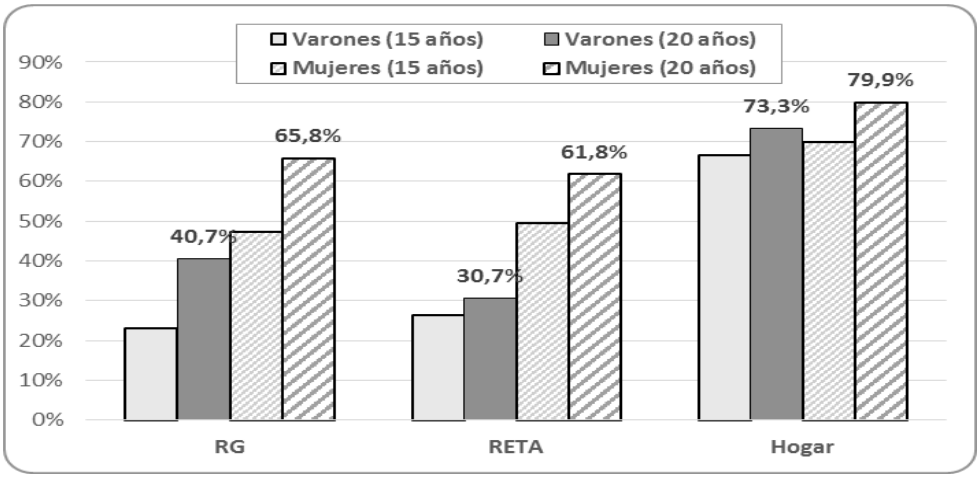
difícilmente quedan compensadas por las medidas adoptadas hasta ahora, y que se concretan en la ampliación del período de cotización reconocido[22].

Gráfico 9. Proporción de trabajadores con lagunas (del total de cada Régimen)



Fuente: Elaborado a partir de la Memoria Económica del Anteproyecto de la Ley 27/2011.

Gráfico 10. Proproción de trabajadores con lagunas (de cada régimen y sexo)



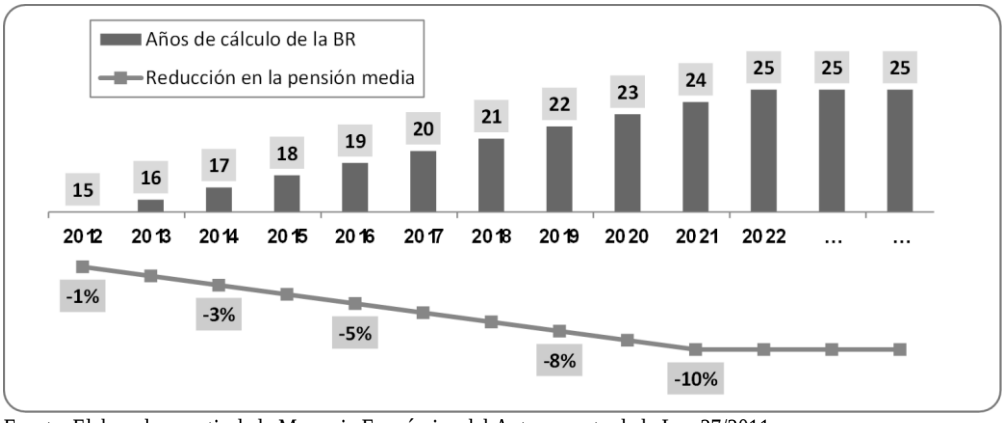
Fuente: Elaborado a partir de la Memoria Económica del Anteproyecto de la Ley 27/2011

[22] En materia de beneficios por el cuidado de hijos, la propia Ley 27/2011 (art. 11) añade una disposición por la cual se computará como período de cotización el período de interrupción de la actividad laboral motivada por el nacimiento de un hijo (o por adopción o acogimiento de un menor de 6 años), cuando dicha interrupción se produzca en el período comprendido entre el inicio del 9º mes anterior al nacimiento (o al 3er mes anterior a la adopción o al acogimiento) y la finalización del 6º año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado a dichos efectos será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta un máximo de 270 días por hijo, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la actividad laboral. Además, se considerarán como cotizados a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad los tres años que los trabajadores disfruten por cuidado de hijo en los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo.

Otros trabajos han enfatizado este efecto negativo de la ampliación del periodo de cálculo de la base reguladora sobre la cuantía de las pensiones públicas (Zubiri 2012, pág. 79). Según los datos presentados en la *Memoria Económica del Anteproyecto de Ley* (Ley 27/2011) (2011, pág. 23), el porcentaje de reducción para el total de las pensiones de una ampliación de 15 a 20 años se estima en el 5,38%. En términos medios, los resultados obtenidos por CONDE Y GONZÁLEZ (2013, pág. 23), consecuencia del efecto en la ampliación del período de cálculo de la base reguladora a 25 años, indican para 2051 una reducción de la pensión media de jubilación del 8,2% del escenario base (2005). MENEU Y ENCINAS (2012, pág. 101) estiman el efecto de la ampliación de 15 a 25 años del periodo de cálculo, en una reducción media del 6,6%, en un estudio efectuado a partir de la MCVL 2010 en el que no se ha incorporado los cambios en la integración de lagunas. También, y según GONZÁLEZ-CALVET (2010, pág. 57), la ampliación de la carrera de cotización de 35 a 37 años supone una pérdida del 5,7% de la pensión.

Teniendo en cuenta todos estos resultados el efecto total para una ampliación de 15 años a 25 años, podría situarse en una reducción en las nuevas altas de pensiones, una vez finalice el período transitorio, entre el 7% y el 11%. En el Gráfico 11 se dibuja la reducción media prevista para las altas durante el período transitorio, suponiendo una pérdida del 1% por cada año de ampliación[23].

Gráfico 11. Reducción de la pensión por la ampliación del Período de cálculo BR a lo largo Período Transitorio (Ley 27/2011)



Fuente: Elaborado a partir de la Memoria Económica del Anteproyecto de la Ley 27/2011

[23] Utilizando otros indicadores, BOADO Y LANOT (2012, pág. 87), estiman, a partir de la simulación de las vidas laborales de la MCVL, que hay un 50% de los individuos que no cumplen los requisitos necesarios para percibir la pensión de jubilación con las nuevas reglas de la Ley 27/2011 y que el TIR (Tasa Interna de Rendimiento) se reduciría en el Régimen General hasta el 3,48% frente al 3,82% sin considerar los efectos de la reforma; para los autónomos del 4,14% al 3,67%. Además, esta prospección indica que la reforma reducirá la pensión inicial media mensual aproximadamente 150 € para el RG y 114 € para el RETA. Según CONDE Y GONZÁLEZ (2013, pág. 30), en relación a las implicaciones sobre los individuos de la reforma paramétrica de 2011, indican que los cambios en la tasa de sustitución y en la base reguladora podrían suponer de forma agregada que las nuevas pensiones en el año 2051 serían inferiores y las variaciones oscilarían (para los nativos) entre un 7% para los hombres con nivel de secundaria y un 16,5% en el caso de las mujeres con primaria.

El cuestionamiento de esta medida es más que razonable desde el punto de contributivo, tanto desde la óptica actuarial[24] como cuando se contemplan criterios distributivos que tienen en consideración las dificultades del mercado laboral para los trabajadores. Hasta la propia Ley que aprueba la ampliación (Ley 27/2011, DA 8ª y exposición de motivos), establece la obligación del gobierno de evaluar en 2014 el impacto de la nueva fórmula de integración de lagunas y, en función de los resultados, llevar a cabo las adaptaciones, modificaciones y cambios que resulten precisos para corregir las distorsiones evidenciadas, y que permitan la incorporación de cotizaciones anteriores al período de cómputo como elemento de integración de lagunas. En esa evaluación y posible adaptación posterior, se debe abordar de manera específica la situación de las carreras de cotización en las que tenga incidencia la contratación a tiempo parcial y la de fijos discontinuos.

5. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

La reforma paramétrica del 2011 afectó a los principales determinantes de la pensión de jubilación, como son la edad de jubilación y la carencia previa, la base reguladora y el porcentaje aplicable sobre dicha base, los complementos de mínimos y sus límites, la jubilación anticipada y la parcial, etc. En este artículo (primera parte del trabajo completo) se han analizado dos de las principales medidas introducidas por la Ley 27/2011 que afectan a la naturaleza contributiva del sistema de pensiones público español: 1) la modificación del procedimiento de cálculo del porcentaje de pensión y 2) la ampliación del periodo de cálculo de la base reguladora.

La modificación del sistema de cálculo del porcentaje de pensión implica un importante incremento del tiempo requerido para obtener la pensión completa (de 35 a 37 años de cotización) y un significativo aumento de la linealidad entre el porcentaje de pensión y el periodo de cotización. El aumento del tiempo requerido y la mayor linealidad originará una reducción de las pensiones de todos aquellos pensionistas con carreras incompletas que acumulen menos de 37 años de cotización. Además, es destacable el impacto negativo de género de esta medida. El número de años cotizados durante la carrera laboral refleja asimetrías, dando como resultado unas pensiones contributivas de jubilación considerablemente más bajas para las mujeres.

La segunda medida introducida por la Ley 27/2011 fue la ampliación del periodo de cálculo de la base reguladora. Esta medida da lugar a una reducción de las bases reguladoras y, por tanto, a una disminución de las pensiones públicas. También, esta medida tendrá un impacto negativo (aunque más ligero) de género.

En definitiva, y a partir del análisis empírico realizado en el trabajo, la reforma paramétrica del sistema público de pensiones realizada en 2011 previsiblemente tendrá unos duros efectos sobre el bienestar de los pensionistas futuros, ya que implica un mayor

[24] Dentro de los planteamientos actuariales de ampliación del período de cómputo de la BR a toda la carrera laboral, DEVESA et al. (2012, pág.32) proponen no rellenar las lagunas y dividir la suma de las bases efectivas por el período realmente cotizado, por tanto, el promedio de bases reales y no ficticias. Esto supone dejar la valoración del esfuerzo contributivo en exclusiva al cálculo de la TS y perjudica a quienes siguen trabajando pero minoran sus bases.

endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión pública y una moderación sustancial de la cuantía futura de las pensiones públicas.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA EN LA PARTE I

ALONSO SAN ALBERTO, D. Y PAZOS MORÁN, M.: Equidad y eficiencia en el sistema español de pensiones: una revisión crítica. *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, 4/10, 2010

BANCO DE ESPAÑA: La reforma del sistema de pensiones en España. Dirección General del Servicios de Estudios, 2010.

BOADO PENAS, M.C. Y LANOT, G.: Impacto redistributivo y solvencia ante reformas en el sistema de pensiones español. Una aproximación a partir de la muestra continúa de vidas laboral. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, FIPROS, 2012.

BRAVO FERNÁNDEZ, C.: Criterios y alternativas para abordar una nueva reforma del sistema público de pensiones en el marco del Diálogo Social. I*nformes de la Fundación 1º de Mayo*, Madrid, 2010.

BRAVO FERNÁNDEZ, C. Y MARÍN-SERRANO, E.: Las reformas de pensiones en Europa: alternativas negociadas *vs* el modelo del Libro Blanco. *Lan Harremanak* 26, 2012, pp: 75-94.

BUDIA ALDANA, P.J.: La escala de porcentajes de la Ley 27/2011: un enfoque actuarial para un nuevo modelo sostenible. *Economía Española y Protección Social* nº 6, 2014.

COMITÉ DE EXPERTOS: Informe del Comité de Expertos sobre el Factor de Sostenibilidad del sistema público de pensiones. Junio, 2013. Disponible en: http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev_anexo/rev_032187.pdf

CONDE-RUIZ, J. I. Y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, C. I.: Reforma de pensiones 2011 en España, *Hacienda Pública Española*, 204, 2013.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, Madrid.

DE LA FUENTE MORENO, A. Y DOMENECH VILARIÑO, R.: El impacto sobre el gasto de la reforma de las pensiones: una primera estimación. *Colección de Estudios Económicos* 03, FEDEA, 2011.

DEVESA CARPIO, J.E, DEVESA CARPIO, M., DOMÍNGUEZ FABIÁN, I., ENCINAS GOENECHEA, B., MENEU GAYA, R, Y NAGORE GARCÍA, A.: Sobre las inequidades del Sistema contributivo de jubilación en España: ¿se han impuesto los ideólogos a los actuarios? *Economía Española y Protección Social*, IV, 2012.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. M.: La reforma de las pensiones en España: una aproximación económica. *Documento de Trabajo* 02/2012. Instituto Universitario de Análisis Económico y Social. Universidad de Alcalá de Henares.

DURÁN HERAS, A. Y QUÍLEZ FELEZ, M.T.: Sistemas de pensiones en Europa. FUNCAS, *Cuadernos de información Económica*, 251, 2010.

FEDEA: La reforma de las pensiones, 2010. Disponible en: http://www.crisis09.es/pensiones/pensiones.pdf.

FERNÁNDEZ CORDÓN, J. A.: Demografía y reformas del sistema de pensiones. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extraordinario, 2010.

GARCÍA RUBIO, D., GORDO MORA, E. Y MANRIQUE SIMÓN, M.: Reforma de los sistemas de pensiones en algunos países de la UEM. *Boletín Económico del Banco de España* Julio-Agosto, 2011.

GONZÁLEZ CALVET, J.: Notas sobre el sistema de pensiones, en *Por un sistema de pensiones público sostenible*. Colección Informes nº 6. Fundación Rafael Campalons, Barcelona, 2010.

HOLZMANN, R.: Sistemas de pensiones en el mundo y sus reformas: factores, tendencias y desafíos mundiales. *Revista Internacional de la Seguridad Social*, vol. 66/2, 2013.

HOYO LAO, A.: El Factor de Sostenibilidad en el Sistema Público de Pensiones y su entrada en vigor. El Factor de Equidad Intergeneracional "ajustado a la edad de acceso a la jubilación". *Economía Española y Protección Social*, VI, 2014.

JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.: ¿Es urgente reformar las pensiones? *El País* 11-Julio-2013.

JIMÉNEZ MARTÍN, S., NICODEMO, C. Y RAYA, J. M.: El diferente impacto del género en el sistema de pensiones español. Ministerio de Trabajo e Inmigración, FIPROS 2009/13, 2009. Disponible en: http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/143935.pdf

MARTIN, J. P. Y WHITEHOUSE, E.: Reforming Retirement-Income Systems: Lessons from the Recent Experiences of OECD Countries. *OECD Social, Employment and Migration Working Papers* nº 66, 2008.

MENEU GAYA, R. Y ENCINAS GOENECHEA, B.: Valoración de la reforma del sistema de pensiones español de 2011 desde la óptica de la viabilidad financiero-actuarial. Un análisis a través de la MCVL. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, FIPROS. Madrid, 2012.

MTI.: Memoria Económica del Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011. Disponible en: http://www.uco.es/ugt/v2/images/stories/Ficheros/110219_MEMORIA_ECONOMICA_A_LEY_SEG__SOCIAL.pdf.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.

MUÑOZ DE BUSTILLO, R. (DIR.): La cuantía de las pensiones a medio plazo, sus efectos sobre el sistema de pensiones y el estudio de alternativas. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, FIPROS, 2007. Disponible en: http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/106349.pdf

MUÑOZ DE BUSTILLO, R., DE PEDRAZA GARCÍA, P., ANTÓN PEREZ, J. I. Y RIVAS HERRERO, L. A.: Vida laboral y pensiones de jubilación en España: simulación de los efectos de una reforma paramétrica. *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 64/1, 2011.

NATALI, D.: La reforma de las pensiones en la Unión Europea: cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea, en Frades, J. (Coord.: *El sistema de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas.* Fundación Francisco Largo Caballero y Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.

OCHANDO CLARAMUNT, C.: La reforma del sistema público de pensiones del Gobierno del Partido Popular, en SÁNCHEZ ANDRÉS, A. Y TOMÁS CARPI, J. A. (Dirs.): *Crisis y política económica en España. Un análisis de la política económica actual*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2014 a.

OCHANDO CLARAMUNT, C.: La reforma del sistema público de pensiones del gobierno del Partido Popular en España: sus efectos sobre el bienestar. Comunicación *2014 International Conference The Decline of the Middle Classes Around the World?* Organizada por APPAM, UNED y School of Public Policy, Segovia 28 y 30 de Setiembre 2014 b.

QUÍLEZ FÉLEZ, M.T.: El sistema de pensiones tras la reforma: proyecciones de gasto, efectos y sostenibilidad. *Seminario "La reforma del Sistema de Pensiones en España"*. Santander, 2011.

RUBIO LARA, M. J.: La reforma de las pensiones de jubilación en perspectiva comparada. ¿Del Estado de bienestar al Estado regulador? en DEL PINO MATUTE, E. Y RUBIO LARA, M.J. (Eds.): *Los Estados de bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada.* Tecnos, Madrid, 2013.

SALVADOR CIFRE, C.: La protección de la mujer en la vejez en el sistema de pensiones español. *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 66/1, 2013.

VARELA DONOSO, J.: Los mecanismos de ajuste automático en la sostenibilidad del sistema de pensiones tras la reforma. ¿Cómo implementar en la práctica el factor de sostenibilidad? Indicadores de sostenibilidad, experiencia de otros países. *Seminario: La reforma del Sistema de Pensiones en España*, Santander, 2011. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/indice/contenidos/Seminario-La-reforma-del-sistema-de pensiones-en-Espana-Santander-2011.pdf

ZUBIRI ORIA, I.: Reforma y sostenibilidad del sistema de pensiones: una valoración crítica. *Economía Española y Protección Social*, IV, 2012.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social

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

> *"La liberación de la indigencia es sólo una de las libertades esenciales de la humanidad. Cualquier Plan de Seguridad Social, en su sentido restringido, asume una determinada política social en varios campos…"*
>
> William Beveridge, Informe I[1]

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL

William Beveridge (Rangpur –Bengala/India–, actual Bangladés, 5 de marzo de 1879-Oxford, Reino Unido, 16 de marzo de 1963) ha sido sin duda uno de los "padres fundadores" de los sistemas de Seguridad Social. Hijo de un juez británico establecido en la Indica (Juez del *Indian Civil Service*). Curso estudios en la Universidad de Oxford, obteniendo los diplomas de matemáticas y de estudios clásicos. Inicio la carrera de Derecho, pero la abandonó al poco tiempo para estudiar la situación social en los barrios podres de Londres, en el marco de la Fundación humanitaria Toynbee Hall, constituida para la acción social y la asistencia a las clases desposeídas. Posteriormente ejercería como periodista en el periódico conservador *Morning Post,* ocupándose de los problemas sociales y haciendo propuestas relativas a las soluciones para los desempleados, bolsas de trabajo y el seguro de desempleo. Entraría en contacto con círculos gubernamentales.

Winston Churchill siendo Ministro de Economía (1908-1915), incorpora a Beveridge entre el equipo de funcionarios de su confianza. En esta condición, intervendría decisivamente en la creación de servicios públicos de empleo e influyó en la creación del primer seguro de desempleo a nivel mundial en 1911 (*National Insurance Act*). Pero aparte de ello (y antes de sus conocidos Informes de los años cuarenta) había defendido el establecimiento de un sistema de pensiones y de un conjunto de prestaciones públicas que integrarían un sistema de Seguridad Social.

Durante la Primera Guerra Mundial trabajó como funcionario en las tareas de movilización de la mano de obra, y asumió el cargo del Ministerio de Alimentación, responsable del programa de racionamiento. Después de la "Gran Guerra", Beverige es nombrado director (1919-1937) de la London School of Economics ("Escuela de Economía y

[1] BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge,* trad. Carmen López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, apartado 409, pág. 259.

Ciencia Política de Londres"), con el apoyo de los socialistas de la *Fabian Society* ("Sociedad Fabiana"). Ello no obstante, Beveridge no asumió la ideología socialista ni se afilió al Partido Laborista, ni a la asociación socialista reformista *Fabian Society*. Él se consideró siempre como un *liberal social*, lo que al tiempo le inclinaría a defender el intervencionismo público en materia de política económica, social y de empleo (Reténgase su ensayo *Why I am a Liberal* –"*Por qué soy liberal"*–, de 1945; y el dato harto significativo de que en 1944, Beveridge sería elegido en la Cámara de los Comunes en representación del Partido Liberal, y asimismo que en 1946, una vez nombrado Barón de Tugall, encabezaría el grupo liberal en la Cámara de los Lores).

Con todo, es generalizado el reconocimiento de su importante contribución a la instauración de los modernos sistemas de Seguridad Social, su vinculación necesaria con las políticas orientadas al pleno empleo y, en definitiva, su aportación decisiva en la construcción de lo que se daría en llamar "Estado del Bienestar", como forma evolucionada del Estado Social de Derecho, a partir de la Segunda Postguerra Mundial.

2. EL LEGADO DE BEVERIDGE (I). EL INFORME SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SERVICIOS AFINES

2.1. Principios del Informe. Presupuestos ideológicos y de Política del Derecho

Según Beverdige "se define la Seguridad Social, para los fines del Informe, como el mantenimiento de los ingresos necesarios para la subsistencia. La característica principal del Plan es un sistema de seguros sociales que comprende seis principios fundamentales: uniformidad de la tasa del beneficio de subsistencia; uniformidad de la tasa de contribución; unificación de la responsabilidad administrativa; suficiencia del beneficio; amplitud y clasificación". En el párrafo 19 de este Primer Informe se resume el Plan indicando, entre otras cosas, que el Plan abarca a todo los ciudadanos sin fijar ningún límite superior de ingresos, pero tiene en cuenta sus diferentes maneras de vivir; es un plan que abraza y comprende a todas las personas y todas las necesidades, pero se clasifica en su aplicación. Por otra parte, en relación con la Seguridad Social, la población se divide en cuatro clases principales de edad en que hay aptitud para trabajar y otras dos por debajo y por encima de esa edad, respectivamente[2]. Por lo demás, "*el Plan forma parte de una política de implantación de un mínimo nacional"*[3]. El Plan de Seguridad Social "se basa en el principio contributivo de proporcionar beneficios en un derecho a cambio de contribuciones, más bien que subsidios libres procedentes del Estado; de hacer que las aportaciones, independientes de

[2] "Afortunado por tercera vez" (1942), en *Las bases de la seguridad social* [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], págs. 73-74. De este modo, "el Plan así resumido extiende los seguros sociales en cuatro direcciones, comprendiendo, hasta donde es posible y en la medida que lo exijan sus necesidades, a todos los ciudadanos y no únicamente los empleados con contrato de servicios…". (pág. 78).

[3] "Afortunado por tercera vez" (1942), cit., pág. 79. "En su conjunto, mi Informe –afirma– se propone llevar a la práctica lo que considero como una idea muy inglesa: la idea de un mínimo nacional. Mi Plan forma parte de una política de un mínimo nacional". Cfr. "Seguridad Social y política social" (1943), en *Las bases de la seguridad social* [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], pág. 173.

los medios del aportante, sean la base del derecho a recibir un beneficios, cualesquiera que sean los medios de aquél. Acepta también el punto de vista de que en los seguros sociales organizados por el Estado, todas las personas deben figurar en las mismas condiciones y que no debe haber diferencia en las contribuciones por los riesgos, salvo en la medida que la separación de los riesgos sirve a un fin social (como puede suceder en el caso de accidentes y enfermedades profesionales)". Pero al propio tiempo "que hace resaltar las ventajas que procuran al ciudadano los seguros sociales unificados y coordinados, el Informe señala que para obtener esas ventajas son indispensables algunos cambios" instrumentales que se definen en propio Informe[4]. Pero hay más, porque ese Plan de Seguridad Social "se propone hacer desaparecer la indigencia proporcionando ingresos mínimos *en todas las épocas de la vida.* Mi Plan –continúa– entraña una redistribución del ingreso nacional tanto en sentido vertical como horizontal por medio de contribuciones de seguro"[5]. Con todo esto, Beveridge introduce tanto una perspectiva de "ciclo vital"[6] como de limitada redistribución de las rentas.

En el momento histórico previo a la elaboración del primer Informe Beveridge, lo que se apreciaba en el Reino Unido era la existencia de un heterogéneo y variado conjunto de prestaciones sociales (seguros sociales y seguridad social). Y resultaba evidente la necesidad de establecer no sólo un régimen de seguros sociales más equilibrado y racionalizado, sino de proceder a instaurar un sistema completo de Seguridad Social. La Comisión fue creada en junio de 1941, y bajo la presidencia de Beveridge ya en diciembre de 1941, ésta prepararía un extenso informe preparatorio que recogía los elementos principales de lo que después sería su informe final. La idea fuerza era unificar los diferentes regímenes existentes y mejorar las prestaciones uniformes hasta el nivel de subsistencia. La protección social pública debería tender al universalismo abarcando a prácticamente toda la población con carácter obligatorio frente a los riesgos y situaciones de necesidad social. La protección tendría que combinar las técnicas de previsión social (seguros sociales evolucionados) y las técnicas de ayuda (asistencia social). El informe comprendía tres elementos esenciales, a saber: las asignaciones familiares, un servicio de salud gratuito para toda la población y una política de pleno empleo. Éste era considerado como un presupuesto y soporte básico para que el sistema de Seguridad Social fuese viable en el segmento contributivo (esto es, sobre la base de un régimen de seguro construido sobre el principio contributivo). Para el vector o segmento contributivo Beveridge se apartó de la solución típica "bismarckiana" continental, pues recomendó las prestaciones y cotizaciones de tasa uniforme. No ignoraba pues la exigencia de sostenibilidad en la vertiente contributiva del nuevo sistema de Seguridad Social que se pretendía instaurar. Ahora bien, aquí subyacía también una opción ideológica liberal pues Beveridge seguía siendo "liberal social", pero liberal, de modo que pretendía dejar un amplio espacio a la iniciativa privada en materia de previsión social, eso sí, dejando a salvo el mínimo vital públicamente que garantizase en sí una vida digna para las personas necesitadas. Su enfoque estaría dirigido hacia el modelo de Estado del bienestar liberal

[4] "Afortunado por tercera vez" (1942), cit., págs. 81 y sigs.
[5] "Cuatro preguntas sobre el Plan" (1942), en *Las bases de la seguridad social* [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], pág. 93.
[6] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: Trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *Rev. del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* número Extraordinario (2008), págs. 49 a 134.

minimalista. Es así que la eficacia social de la Seguridad Social se mediría ante todo por su capacidad de eliminar o reducir la pobreza, y no principalmente –aunque también– por su poder de garantizar el mantenimiento del nivel de vida de los trabajadores, como acontecía en su época en la inmensa mayoría de los Estados europeos. Se pretendía con ese mínimo vital instaurar para todas las personas un régimen de protección social pública de carácter integral. Se podría, ciertamente, objetar que un régimen financiado por cotizaciones vinculadas a los ingresos, podría haber permitido más satisfactoriamente una más adecuada eliminación o reducción significativa de la pobreza que un sistema exclusivamente uniforme. Sin embargo, este último enfoque no se adaptaba inicialmente al ideario liberal asumido por Beveridge.

Beveridge no era precisamente un ingenuo y sabía perfectamente que el nuevo sistema de Seguridad Social debería tener una sólida base de financiación garantizada. De hecho se puso en contacto con John Maynard Keynes en marzo de 1942 planteándole las vías de financiación y Keynes había considerado viable la propuesta de Beveridge, incluyendo algunas recomendaciones para garantizar esa viabilidad financiera y su asunción en la coyuntura política (Keynes en este momento trabaja para el Ministerio de Finanzas). El pensamiento de Keynes aportó una base importante de la teoría económica para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y en suma de Estado del Bienestar, que impulsara inicialmente Beveridge. Con todo el Informe (resultado de los trabajos de la "Comisión Beveridge") se publicaría el 2 de diciembre de 1942, el cual tuvo una aceptación extraordinaria en la opinión pública (en un mes se vendieron más de cien mil ejemplares del Informe). Esto facilitó –en pleno período de guerra– la aceptación –no incondicional– por el Gobierno de Churchill; y también su indudable influencia a nivel mundial. Sin embargo, la aplicación práctica del Informe Beveridge le correspondió al nuevo Gobierno laborista elegido tras la guerra mundial, que trató de ir más allá de la red de seguridad minimalista defendida por el Informe Beveridge, y progresivamente se avanzaría más hacia una concepción cualitativamente más amplia de Seguridad Social (obedeciendo a un plan integral y unificado de Seguridad Social mucho más ambicioso en el alcance de la protección pública dispensada), que, entre otras cosas, determinó al tiempo la implantación de cotizaciones no uniformes, sino vinculadas a los ingresos. Los Gobiernos democrátivos de la postguerra pretendieron resolver el problema de la posible contradicción latente en el Informe entre un derecho a las prestaciones basado, por una parte, en el estatus de beneficiario de un cotizante al seguro social (previsión social), y por otra, un derecho basado en la ciudadanía y en la situación objetiva de necesidad del sujeto protegido.

En este sentido, aunque Beveridge no fue tan ambicioso en su concepción original de las funciones del Estado y de la Seguridad Social[7], si aportó un impulso que iniciaría la construcción un programa más ambicioso de Estado Social de Derecho: el Estado del Bienestar fundando en la ciudadanía social.

[7]Se ha hablado no sin razón del "mito Beverige", que llega cuestionar –no sin cierto exceso verbal– que fuera uno de l padres fundadores del Estado del Bienestar. En este sentido, BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado del Bienestar europeo, 1875-1975*, trad. Salvador Pérez Zamora, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, págs.

2.2. El sentido histórico y "civilizatorio" de la Seguridad Social

"Los seguros sociales o son obligatorios o no son nada"

Carlos González Posada[8]

El Informe Beveridge en su aplicación por el gobierno laborista trató de mantener un equilibrio entre liberalismo social y cierto grado de colectivismo. En la estela de Keynes, Beveridge participó de la idea de socializar la demanda en el nuevo plan de acción del colectivismo liberal. En su segundo Informe *Pleno Empleo en una sociedad libre*, de 1944, Beveridge acoge la política minimalista de "socialización de la demanda" y no de "socialización de la producción". Entendía que esa política económica minimalista sería suficiente para resolver los problemas de sostenibilidad de un sistema económico orientado al crecimiento expansivo y a la generación de empleo; también su propuesta de Plan de Seguridad Social se orientaba hacia una Seguridad Social en los ingresos hasta un mínimo, dejando un amplio espacio para la "acción voluntaria" en el mercado de la provisión social[9]. Hasta tal punto es así que Beveridge dedicó un libro específico (una especie de "III Informe Beveridge") a la "acción voluntaria" privada en materia de previsión: *Voluntary Action*[10].

En el Informe Beverdige se determina el alcance de la Seguridad Social, haciendo constar que "se utiliza el término "Seguridad Social" para indicar la seguridad de que unos ingresos reemplazarán a las ganancias cuando éstas hayan sido interrumpidas por el desempleo, la enfermedad o el accidente, proveerán para el retiro ocasionado por la edad, proveerán contra la pérdida de sostén material debido a la muerte de otra persona y harán frente a los gastos excepcionales, como los que están relacionados con el nacimiento, la muerte o el matrimonio. Seguridad Social *significa, primordialmente, seguridad de los ingresos hasta un mínimo*, pero la provisión de unos ingresos ha de estar asociada con el tratamiento destinado a hacer que la interrupción de las ganancias tenga el final más rápido posible"[11].

Posteriormente precisa que: "El término "Seguridad Social", como se utiliza en este Informe, significa asegurar unos determinados ingresos. El Plan de Seguridad Social que en él se expone es un plan para lograr vencer a la miseria manteniendo los ingresos. Pero la suficiencia de los ingresos no es suficiente por sí misma. *La liberación de la indigencia es sólo una de las libertades esenciales de la humanidad*. Cualquier Plan de Seguridad Social, en su sentido restringido, asume una determinada política social en varios campos, gran parte de la cual resultaría inapropiada para ser discutida en este Informe. El plan aquí propuesto *conlleva tres supuestos concretos*, tan estrechamente unidos al mismo que resulta esencial para entender el citado plan hacer una breve alusión a los mismos. Son los supuestos de las asignaciones infantiles, el de los servicios universales de salud y rehabilitación, y el del

[8] POSADA GONZÁLEZ, C.: *Los seguros obligatorios en España*, Madrid, Edersa, 3ª ed., s/f., pág. 7.
[9] WILLIAMS, K. y WILLIAMS, J.: "Introducción general: El colectivismo de Beveridge", en *Antología Beveridge*, trad. Carmen López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, págs. 13 y sigs., y págs. 34 y sigs.
[10] BEVERIDGE, W.: *Voluntary Action*, Londres, Allen & Unwin, 1948.
[11] BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge*, trad. Carmen López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, apartado 300, pág. 203.

mantenimiento del empleo. Después de haber examinado estos tres supuestos se plantean cuestiones generales sobre la practicabilidad de asumir, como un objetivo inmediato de la posguerra, *la liberación de la miseria* y sobre lo deseable que puede ser la planificación de la reconstrucción de los servicios sociales, incluso durante la guerra"[12].

El Informe Beveridge y su aplicación práctica por el Gobierno laborista de la postguerra pretendían establecer un equilibrio difícil entre lo colectivo y lo individual en el plano del diseño de la Seguridad Social. Lo que siempre dotó al enfoque de Beveridge de una cierta ambigüedad que se proyecta en la misma idea de ciudadanía social, que en Beveridge y en la tradición del constitucionalismo democrático-social se enmarcaría en una ideología de progreso y de ampliación de los derechos civiles y políticos. Ésta actuaría una socialización pública de los riesgos sociales a través de las técnicas del seguro social, apostando por la justicia social y apartándose de la caridad pública fuertemente impregnada del estigma de la dependencia para reafirma el derecho a la Seguridad Social como derecho de ciudadanía. Se acercaría al tipo ideal del modelo de ciudadanía social que tendría plasmaciones muy diversas (y fórmulas mixtas, que combinan dimensiones previsionales contributivas y dimensiones solidaristas asistencializadoras más estrechamente vinculadas a la noción de ciudadanía social) en los sistemas nacionales de Seguridad Social, los cuales no siempre se han orientado hacia la convergencia de políticas y sistemas de Seguridad Social (Incluso en la Unión Europea la convergencia nunca ha supuesto una uniformización, ni homogeneización, y mucho menos un verdadera armonización de los sistemas de Seguridad Social de los países europeos; lo que sí se aprecia es implantación de complejo mecanismo de coordinación y de establecimiento de políticas públicas flexibles de convergencia en los objetivos comunes orientativos a perseguir, a veces a través del reclamo del derecho blando o *sof law*). Se produciría una redistribución del costo económico de los riesgos actuando así un principio de solidaridad social compatible con la libertad individual. El Informe Beveridge acentúa la dimensión solidarista del seguro social y los gobiernos laboristas profundizaron en esa idea transitando de la previsión social hacia la Seguridad Social y elevando a la técnica de aseguramiento hacía una maximización del ideal de solidaridad social y en dirección y vocación expansiva tanto en el ámbito subjetivo (universalidad del seguro social) como en el ámbito objetivo de cobertura (universalidad de la cobertura de las necesidades sociales objeto de aseguramiento público)[13].

Con la concepción socialdemócrata o democrático-social de la Seguridad Social se superaría la idea de una protección principalmente dirigida garantizar un nivel mínimo de bienestar material y una protección social básica contra los riesgos de la existencia humana y los elementos persistentes del individualismo liberal concurrente también en el pensamiento de Beveridge. En los países occidentales lejos de la tradicional oposición entre las distintas filosofías de Seguridad Social reflejadas en la tradición "bismarckiana" y la "beveridgiana", se ha venido produciendo una complementariedad de las diferentes funciones que principales

[12] BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge*, trad. Carmen López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, apartado 409, pág. 259.

[13] E incluso se ha afirmado que la política socialdemócrata al tiempo supondría un largo y paulatino "adiós a Beverdige", buscando la implantación y puesta en práctica de una reforma solidaria y genuinamente redistributiva en sociedades fragmentadas y altamente estratificadas. Véase BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado del Bienestar europeo, 1875-1975*, trad. Salvador Pérez Zamora, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, págs. 328 y sigs.

de la Seguridad Social (o más ampliamente de la protección social pública), es decir, la garantía de toda persona de un nivel de vida conforme con las exigencias de la dignidad humana y a la protección de la salud; contribuir a la integración de todas las personas en la sociedad y la integración económica de todas las personas en condiciones de trabajar; y mantener, en términos razonables, el nivel de vida de los trabajadores cuando no estén en condiciones de ejercer su actividad profesional.

En todo caso, lejos de la linealidad el desarrollo de los sistemas nacionales de Seguridad Social ha sido divergente en muchos aspectos, aunque se han producido convergencias innegables. Las diferencias entre los modelos de Beveridge y de Bismarck son relevantes, pero se trata de modelos teóricos –con base de realidad histórica, sin duda– que han evolucionado utilizando técnicas correspondientes a ambos modelos y perdiendo la pretendida "pureza" de los orígenes. Así, ambos modelos en su aplicación y evolución práctica en los sistemas nacionales presentan una vocación más o menos universalista; mantienen una tendencia hacia un tratamiento conjunto de los riesgos (aunque la consideración diferenciada de los riesgos continuado existiendo), la financiación tiende cada vez más a convertirse en mixta –con más o menos predominio, eso sí, de la financiación a través de las cotizaciones–, con cargo a cuotas y presupuestos generales del Estado; y, por último, en ambos modelos se ha tratado de establecer una racionalización de la gestión pública cada vez más unificada, aunque conociendo, por otra parte, distintas formas de colaboración privada. Se ha producido un proceso de convergencia relativa en numerosas materias antes discrepantes. En este sentido, y atendiendo a lo indicado, ambos sistemas asumen internamente la lógica diferenciada del principio contributivo (vinculado a la actividad profesional) y del principio de solidariedad distributiva (vinculada a la protección social de la persona con independencia de la actividad profesional y del mercado de trabajo). Los modelos reales de Seguridad Social se han hecho más complejos, mixtos y dualistas con aquella combinación de técnicas de previsión y técnicas de ayuda, más o menos integradas o fragmentadas. La historia de los sistemas de Seguridad contemporáneos occidentales ha estado en gran medida marcada por la fuerte tensión ente la oposición y al mismo tiempo la recíproca atracción entre los diversos modelos de concebir la solidaridad institucionalizada y sus formas y técnicas de plasmación jurídica e institucional[14]. Así, los originarios modelos universalistas y los modelos ocupacionales han perdido su pureza originaria y se han convertido en modelos mixtos, los cuales por lo demás tienen que hacer frente a los mismos problemas actuales de las exigencias de solidaridad en un contexto de dimensiones supranacionales y en particular europeas. En la práctica ninguno de los modelos paradigmáticos ha tenido una plasmación perfecta y fiel en ningún país en su estado puro (lo

[14] En términos generales en el marco de la evolución del Estado del Bienestar, puede consultarse, la perspectivas de síntesis realizada por ALONSO OLEA, M.: "Cien años de Seguridad Social", en *Papelesde Economía Española*, números 12/13 (1982), págs. 107 y sigs., y BORRAJO DACRUZ, E.: "La reforma de la Seguridad Social. De los modelos teóricos a las revisiones razonables: El Informe Beveridge en 1985", en *Documentación Laboral*, núm. 15 (1985), págs. 7 y sigs.; y los enfoques más detenidos de GORDON, M.S.: *La política de Seguridad Social en los países industrializados. Análisis comparativo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990; TIMMIS, N.: *Los cinco gigantes. Una biografía del Estado del Bienestar*, trad. Santiago Borrajo Iniesta, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000; ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, trad. Begoña Arregui Luco, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim-IVEI, 1993; RITTER, G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

que incluye a los dos Estados de referencia al respecto: Alemania –modelo bismarkiano– y el Reino Unido –modelo beveridgiano). Tampoco ninguno de ellos ha conseguido imponerse sobre el otro[15]. Por lo demás, es más que dudoso que lo hayan pretendido resueltamente. Lo que ha prevalecido es la "mezcla" y el compromiso histórico entre los enfoques y las técnicas imperantes en las políticas y sistemas de Seguridad Social. Y ello impone nuevas agendas en las políticas de Seguridad Social. Aun así, como la coyuntura política y económica actual pone de relieve todavía hay una fuerte tensión entre modelos residuales y modelos democrático-sociales expansivos de Seguridad Social y tanto más cuando el ciclo económico expansiva y la presión de la competencia se han hecho más problemáticos para buscar un equilibrio entre la razón económica y la razón social. Una política de Seguridad Social coherente con la forma política del Estado Social de Derecho tiene que buscar no sólo la liberación de la pobreza, sino eliminar –o reducir al máximo– las situaciones de desigualdad o socialmente desfavorables que no encuentren una mínima justificación razonable. Por tanto, deben priorizar la solidaridad y la igualdad social precisamente para garantizar también una libertad real y participación activa de las personas en un proyecto de sociedad en permanente construcción y definición entre todos[16].

Ciertamente, en esta evolución diacrónica los derechos de Seguridad Social quedan vinculados a la idea democracia sustancial, pues la concepción meramente procedimental y forma de la democracia hoy día no constituye la seña de identidad de la democracia en los países más avanzados anclados en la tradición del constitucionalismo democrático-social. La democracia presenta una doble dimensión inseparable formal y material[17]. Los sistemas de Seguridad Social constituyen partes integrantes indispensables del Estado Social contemporáneo, más preciso que la forma de "Estado del Bienestar" (que sería un Estado Social evolucionado y construido a partir de la segunda postguerra mundial. La ambigüedad de la expresión "Estado del Bienestar" hizo que el mismo Beveridge lo rechazar y pretendiera sustituirlo por la expresión que consideraba más adecuada: "*social services state*"[18].

2.3. Contenido fundamental del Informe Beveridge sobre Seguro Social y Servicios Afines. Ideal de cobertura. Dialéctica público y privado

Más allá de antecedes previos bien conocidos (Discurso pronunciado por Simón Bolivar en el Congreso de Angostura en 1819…), la idea de Seguridad Social desde el punto de vista jurídico había encontrado ya una expresión en la Era de Franklin D. Roosevelt, con la *Social Security Act* de 1935, que había realizado un tratamiento conjunto de distintas medidas de protección social pública. También se contaba con la experiencia del régimen de Seguridad Social en Nueva Zelanda, con la *Ley de Seguridad Social* de 1938, que ofrecía una

[15] Puede consultarse, al respecto, FERRERA, M.: *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociale nelle democrazie*, Bologna, Il Mulino, 1993, espec., págs. 103 y sigs., y 275 y sigs.
[16] Puede consultarse sobre esta diferencia de modelos, sus técnicas y objetivos, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.
[17] Puede consultarse FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, trad. L. Prieto Sanchís, A. Ruiz Miguel, P. Andrés Ibáñez, J. Carlos Bayón, M. Gascón, Madrid, Ed. Trotta, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 388 y sigs.
[18] HARRIS, J.: *William Beveridge: A Biography*, Oxford, 1977, págs. 448-449.

protección a todos los ciudadanos atendiendo significativamente un mínimo vital[19]. El concepto sería utilizado en la Carta del Atlántico de 1941 en una amplia proyección encaminada a la creación de una sociedad civilizada liberada de "la necesidad y del miedo". Después sería perfilada en el Informe y "Plan" Beveridge de 1942 y alcanzaría a ser considerada como uno de los derechos del hombre en la Declaración Universal de los Derechos de Hombre de las Naciones Unidas, de 1948, de manera que la idea fuerza de la Seguridad paulatinamente desplazaría a la tradicional y más restringida de los seguros sociales. Con ello se pensaba que la Humanidad había encontrado una fórmula idónea para garantizar que las necesidades quedaran cubiertas a través de un ideal de cobertura de protección social pública siempre creciente, expansiva, que hace que el Sistema de Seguridad Social aparezca siempre como inacabado (no clausurado para siempre); la Seguridad Social como responsabilidad básica del Estado, que se conciliaría –y complementaría– con la responsabilidad individual y familiar de una sociedad civil activa en la protección integral frente a las más variadas situaciones de necesidad. La Seguridad Social como pilar del Estado Social contemporáneo ha permitido conferir legitimidad a un sistema democrático basado sobre el doble soporte interdependiente de esa legitimidad material y de la legitimidad formal y procedimental[20].

En ese contexto histórico el Informe Beveridge de 1942 (*Social insurance and allied services*)[21], se benefició de esas experiencias y lógicamente de la tradición cultural del propio Reino Unido y de los países del continente europeo. Su idea fuerza era establecer un plan completo de seguros sociales que protegiese a todos los ciudadanos y no exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena. En el Informe Beveridge se reconocen "seis principios del seguro social", a saber: El plan de seguro social que se expone a continuación como el principal método de Seguridad Social comporta seis principios fundamentales: Tipo fijo de prestación de subsistencia; tipo fijo de cotización; unificación de la responsabilidad administrativa; adecuación de las prestaciones; *universidad*; clasificación. Especialmente relevante en este diseño "principialista" es la "universalidad" de la Seguridad Social, "tanto en lo que hace a las personas cubiertas como a sus necesidades. No debe dejar, ni a la asistencia ni al seguro voluntario, ningún riesgo tan general o tan uniforme que justifique el seguro social. Porque la asistencia nacional conlleva una investigación de los recursos que puede desanimar el seguro voluntario o el ahorro particular. Para cualquier necesidad que, como los gastos directos de sepelio, sea tan general y tan uniforme como para ser adecuada para estar sujeta al seguro obligatorio, el seguro social es mucho más barato de administrar que el seguro voluntario" (*ibid.*, epígrafe 38, 206)[22]. Dentro de esa orientación pensaba que si queremos suprimir la indigencia tenemos que conceder el derecho a unos ingresos mínimos para hacer frente a las interrupciones inevitables en las ganancias por el trabajo realizado. Esa es, en resumen, la sustancia de todo lo expresado en el plan de seguros sociales en mi

[19] Puede consultarse AZNAR GERNER, S.: "La Seguridad Social en Nueva Zelanda", en *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 4 (1948), págs. 789 y sigs.

[20] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

[21] *Seguro Social y Servicios Afines*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

[22] BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge*, trad. Carmen López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, apartado 303 a 309, págs. 204-206.

Informe[23]. Pero Beveridge, no obstante afirmar la universalidad del sistema de Seguridad Social, defendió el principio contributivo –aunque sometido a tasas uniformes; previsión de contribuciones uniformes[24]– en combinación con el principio asistencialista y no contributivo. En este contexto dualista el principio contributivo lo defendía porque argüía que lo que se pretendía era, entre otras cosas, instaurar un sistema de seguros sociales y no de simples medidas de caridad institucionalizada[25]. Por otra parte, la idea del derecho a un mínimo de ingresos (una renta mínima que permitiría un nivel de vida digno y no meramente de subsistencia vital; a través de técnicas de previsión o, en su caso, de ayuda asistencial pública) lo vinculaba no sólo con la cobertura de las necesidades básicas, sino también con la para él importante cuestión de mantener la *responsabilidad individual* dejando un espacio de iniciativa privada para el aseguramiento privado más allá de ese mínimo de ingresos públicamente garantizado por el sistema de Seguridad Social. Beveridge siempre subrayó que no debería existir una contradicción/contraposición entre la responsabilidad colectiva institucionalizada y la responsabilidad individual en la protección social de las personas. Por ello señaló que "al organizar la Seguridad Social, el Estado no puede ahogar incentivos, ni responsabilidad; al establecer un mínimo nacional dejará amplio margen y fomentará la acción voluntaria de cada individuo para procurarse más del mínimo para sí y su familia". De ahí que con carácter complementario la protección frente a las situaciones de necesidad debería respetar el principio de libertad de complementación voluntaria a través del seguro voluntario[26]. En todo caso, el hecho de mantener el principio contributivo con tasas de cotización uniformes limitaba las potencialidades redistributivas de la riqueza o rentas; algo que se hubiera conseguido mejor mediante una combinación (que después se haría en la práctica política del modelo) entre prestaciones uniformes y cotizaciones proporcionales a las retribuciones o rentas salariales percibidas. Al tiempo, el "mestizaje" se ha producido en la dialéctica público y privado en la protección social, es decir, en la protección social pública y las formas de protección social privada complementaria o suplementaria (éstas remitidas a la iniciativa privada)[27].

Según Beveridge una política social en un sistema democrático tiene que vencer "cinco gigantes". En un período de reconstrucción se pueden definir "los fines de la reconstrucción nombrando los cinco gigantes que hay que destruir –la Indigencia, las Enfermedades, la Ignorancia, la Suciedad (*squalor*) y la Ociosidad"[28]. Se trataba de concreta

[23] BEVERIDGE, W.: "¿Afortunado por tercera vez?", en *Bases de la Seguridad Social*, México, FCE, 1946.

[24] Adviértase que para Beveridge "en la práctica la asistencia nacional no conduciría a la supresión de la indigencia porque en un gran número de casos los ciudadanos se aguantarían con ella antes que someterse a una investigación de sus necesidades y recursos". Por otra parte, la dificultad reside "en que las únicas personas que parecería justificado dejar fuera son aquellas que, en conjunto, incluso como contribuyentes asegurados, es probable que paguen más de lo que reciben, las clases ricas, o las exceptuadas". Cfr. BEVERIDGE, W.: "Aspecto financiero del Informe Beveridge", en *Bases de la Seguridad Social*, México, FCE, 1946, pág. 123.

[25] BEVERIDGE, W.: "Seguridad Social y política social", en *Bases de la Seguridad Social*, México, FCE, 1946, pág. 177.

[26] BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge*, trad. Carmen López Alonso, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

[27] Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.

[28] "Mantenimiento de la ocupación" (1942), en *Las bases de la seguridad social* ["Social insurance and allied services"]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], págs. 51-52.

en gran medida la "Carta del Atlántico", la cual hacía referencia, entre otros fines, a la necesidad de "conseguir para todos "mejores niveles de trabajo, prosperidad económica y Seguridad Social". Y precisamente el Plan de Seguridad del Primer Informe "es un plan para convertir las dos últimas palabras, "Seguridad Social", en hechos, para conseguir en la Gran Bretaña que nadie dispuesto a trabajar mientras pueda, carezca de ingresos suficientes para hacer frente en todas las épocas de su vida a sus necesidades esenciales y las de su familia". Ese Plan de Seguridad Social comprende tres partes. "En primer lugar, un programa completo de seguros sociales en prestaciones en dinero. En segundo lugar, un sistema general de subsidios infantiles, tanto cuando el padre gana dinero como cuando no lo gana. Finalmente, un plan general de cuidados médicos de todas clases para todo el mundo"[29]. Beverdige realza que "la característica principal del Plan de Seguridad Social es un proyecto completo de seguros sociales. Abarca a todos los ciudadanos y no sólo a quienes trabajan para patrones. No se aplica exactamente de la misma manera a todos los ciudadanos… Pero todo el mundo estará asegurado por lo que todo el mundo necesita: pensiones de vejez, gastos de entierro, cuidados médicos. Y todo el mundo tendrá asegurados esos y todos los demás beneficios apropiados para él y su familia, por medio de una contribución única semanal pagada mediante un timbre de seguros"[30].

En el Informe Beverdige se considerar "ocho causas primarias de la Necesidad": "Las necesidades primarias de la Seguridad social son de ocho tipos, reconociendo las complejas necesidades de una mujer casada como una unidad e incluyendo también las necesidades de la infancia y la necesidad de un tratamiento médico y rehabilitación universal. Estas necesidades se exponen a continuación; para cada una de ellas hay adjudicado, en el plan de seguridad, una prestación o prestaciones distintas. La asistencia puede atender a cualquier tipo de necesidad allí donde la prestación del seguro sea, por alguna razón, inadecuada o no exista". Las necesidad objeto de cobertura serían: el desempleo, la incapacidad laboral; la pérdida de los medios de vida por una persona que no depende de un trabajo remunerado; el retiro del trabajo; necesidades matrimoniales de un mujer, atendidas por una política de Ama de Casa que incluye provisión frente a ciertas situaciones de necesidad; los gastos de defunción; infancia y enfermedad o incapacidad física. Estas necesidades son las únicas tan generales y uniformes como para ser claramente objeto adecuado del seguro obligatorio. Hay, en parte por razones históricas, un problema con la provisión que ha de hacerse por los accidentes o las enfermedades fatales que se ocasionan por el trabajo, mediante un subsidio industrial. Hay otras necesidades y riesgos que son suficientemente comunes como para ser adecuados para el seguro voluntario y que están cubiertos en una medida variable, por dicho método. Incluye una gran variedad de contingencias para las que se hace provisión mediante los seguros de vida y de dote; hay riesgos de incendio, robo o accidentes; hay gastos excepcionales como los de las vacaciones y la educación" (epígrafe 310-312, 207 ss.). Y para su cobertura sería necesario establecer técnicas específicas de aseguramiento social frente a las técnicas indiferenciadas tradicionales como la asistencia o beneficencia pública o los

[29]"Plan para la Seguridad Social" (1942), en *Las bases de la seguridad social* [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], pág. 65.

[30] "Plan para la Seguridad Social" (1942), en *Las bases de la seguridad social* [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], pág. 66.

seguros privados. Estas técnicas partirían de reconocimiento de la protección dispensada por la Seguridad Social como un derecho subjetivo y un sistema de consideración conjunta de los riesgos objeto de cobertura para toda la población y no sólo para los trabajadores. De este modo, se transita de la consideración de los riesgos específicos y aislados hacia una consideración conjunta de todos los riesgos y hacia la orientación de atender ante todo a las "situaciones de necesidad" ocasionadas por el advenimiento los mismos[31]. En esa línea evolutiva de cobertura de las necesidades públicamente socializadas se ha sostendría después que en la Seguridad Social el Estado asume directamente como fin propio la realización de la tutela de los ciudadanos contra las necesidades, recurriendo a la solidaridad colectivamente organizada de todos los consociados[32]. En esa lógica finalista la Seguridad Social tendría una función civilizatoria y constituía un elemento importante el proceso de transformación en un sentido democrático-social[33].

Con todo, sociólogos eminentes como T. H. Marshall[34] interpretó que el programa de reformas de Beveridge y su aplicación extendida por el Partido Laborista en el poder había producido un nuevo contrato social en la dirección hacia una ciudadanía plena, que completara las distintas generaciones de derechos (los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales), dando lugar a la creación del "Estado del Bienestar" contemporáneo: un Estado fundado en la ciudadanía social, como alternativa reformista respecto del llamado "socialismo real" y totalitario de los países del Este. En todo caso, la planificación social se hacía acompañar (y en parte en sí también reflejaba) de una nueva concepción de la función del Estado en la economía: una instrumental planificación indicativa de la vida económica y una ampliación del gasto público[35]. En esa perspectiva los derechos sociales –como el derecho a la Seguridad Social– constituyen *derechos de desmercantilización relativa* de los modos de satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, pues compensan las desigualdades sociales pero no suprimen la diferenciación social[36]. Y la Seguridad Social constituye un pilar básico de la forma política del Estado Social contemporáneo, reflejando el compromiso de la sociedad estatalmente organizada en la garantía del bienestar de las personas que integran la comunidad política.

[31] Elemento cualitativo que ya subrayarán entre nosotros, MARTI BUFFIL: *Tratado comparado de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1951, págs. 105 y sigs., y JORNADA DE POZAS: "Seguridad Social británica", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 2 (1953).

[32] PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, trad. y estudio preliminar de José Vida Soria, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965, págs. 34 y 151; y en una perspectiva más amplia EWALD, F.: *L' Etat Providence,* París, Grasset Fasquelle, 1986, *passim.*

[33] Véase LAROQUE, P.: *Securité Sociale et Conflits de Classes*, París, 1962, págs. y sigs.

[34] MARSHALL, T.H.: *Ciudadanía y clase social (1950)*, en MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y clase social*, trad. Pepa Linares, Madrid, Alianza Editorial, 1998, págs. 51 y sigs.

[35] Véase SHONFIELD: *El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio en los poderes públicos y privados*, México, FCE, 1967, pág. 145; DOBB, M.: *Economía del bienestar y economía del socialismo*, Madrid, Siglo veintiuno, 1972.

[36] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: MONEREO PÉREZ, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7 y sigs.; *Íd.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

3. EL LEGADO DE BEVERIDGE (II). EL INFORME SOBRE EL PLENO EL EMPLEO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

"El nuevo Informe se fija como objetivo la eliminación de la Desocupación y establece una Política de Pleno Empleo para conseguirlo"

William Beveridge[37].

3.1. Seguridad Social y pleno empleo: conexión y presupuesto de un Sistema de Seguridad Social solidaria y viable.

Beveridge en la época de elaboración de sus dos conocidos Informes defendía ya un liberalismo social mitigado[38], pues su liberalismo no iba más allá del "colectivismo liberal" y rehusa la socialización estatal. Ello no obstante, consideraba estrictamente necesario el intervencionismo público para luchar contra la pobreza y sus causas y cubrir las necesidades básicas de toda la población. De ahí que pensara que "el Plan no es un paso hacia el socialismo ni hacia el capitalismo. Sigue un *camino intermedio* para llegar a un fin práctico"[39]. Para él se trataría de una "tercera vía". Se pretendía conciliar libertad y Seguridad bajo una nueva forma de Estado del Bienestar[40].

Desde esta perspectiva intervencionista Beveridge establecía una conexión intrínseca y necesaria entre las políticas sociales y de empleo y la política económica. Un sistema de Seguridad Social debe incardinarse en un conjunto de políticas públicas que permitan un crecimiento económico expansivo y hagan posible una plena ocupación. Hasta tal punto es así, que una política de pleno empleo constituye una base esencial de la política y el sistema de Seguridad Social solidaria. En tal sentido, alcanzar un plan plenamente satisfactorio de seguros sociales eficientes presupone la *organización* de un mercado de trabajo capaz de absorber un elevado nivel de empleo. Por ello, realizó un segundo Informe en 1944,

[37] *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), versión española (de la 2ª ed. inglesa) de Pilar López Mánez, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 38. Para Beverdige, siguiendo en gran medida a Keynes, "el pleno empleo es definido a veces como "un estado de cosas en el que el número de vacantes no cubiertas no es apreciablemente inferior al número de personas desempleadas, de modo que el desempleo en cualquier momento se debe al lapso normal transcurrido entre que se pierde un puesto de trabajo y se encuentra otro". Pleno empleo en este informe significa algo más que esto en dos aspectos. Significa tener siempre más puestos de trabajo vacantes que personas desempleadas, y no un número ligeramente inferior de puestos de trabajo. Significa que los puestos de trabajo estén tan bien pagados, sean de tal tipo y estés localizados de tal forma que se pueda esperar razonablemente que los desempleados los acepten; significa, en consecuencia, que el lapso normalmente transcurrido entre que se pierde un puesto de trabajo y se encuentra otro sea muy corto… El pleno empleo que es objetivo de este Informe significa más puestos de trabajo vacantes que desempleados…" (Ibid., págs. 38-40).

[38] Que no alcanzaría al mucho más avanzado defendido por HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, edición y estudio preliminar, "Los fundamentos del "liberalismo social" y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse" (pp. VII-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2007.

[39] BEVERIDGE, W.: "Cuatro preguntas sobre el Plan", en *Bases de la Seguridad Social*, México, FCE, 1946, pág. 94. Para su defensa del intervención estatal en el campo económico y de la política social, veáse BEVERIDGE, W.: "Una nueva Gran Bretaña?", en *Bases de la Seguridad Social*, cit., pág. 112, y *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), versión española (de la 2ª ed. inglesa) de PILAR LÓPEZ MÁÑEZ, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, *passim.*

[40] BEVERIDGE, W.: "Una nueva Gran Bretaña?", en *Bases de la Seguridad Social*, cit., pág. 114.

expresamente encadenado con el primer Informe, *Full Employment in a Free Society*[41]. Para él, en las nuevas circunstancias históricas del siglo veinte, los nuevos hechos y las nuevas teorías sobre la desocupación llevan a una misma conclusión, a saber: que la economía de mercado no dirigida no se ajusta automáticamente, a un alto nivel de ocupación, con la facilidad que se suponía en épocas anteriores[42]. Para Beveridge, "la reducción de la ocupación hasta un mínimo inocuo requiere la adopción de tres clases de medidas: unas que aseguren una demanda adecuada y sostenida de los productos de la industria; otras que dirijan la demanda en relación a la mano de obra disponible; y otras que ayuden a que la oferta de mano de obra se movilice de acuerdo con la demanda"[43]. Se trataba de establecer una combinación selectiva de métodos de intervención y regulación; "necesitamos –afirma– varios tipos de control general –de los precios, de las inversiones, de los transportes y las materias primas–; necesitamos probablemente en ciertos campos la propiedad por monopolios públicos, en otros la iniciativa privada libre de toda clase de control que no sean los generales" y para ello los instrumentos privados de regulación del mercado resultan ser insuficientes[44]. Es así que para él un plan de Seguridad Social debe estar vinculado con el mantenimiento de la ocupación "como dos prendas de un mismo traje –la chaqueta y los pantalones– ambas hacen falta para ir bien vestido"[45]. Y es que los derecho sociales de prestación –como lo son típicamente los derechos de Seguridad Social– son derechos fuertemente condicionados por la política económica y de empleo y ello explica que se enmarquen en una forma política como es el Estado Social de Derecho donde se produce una interpenetración entre lo social y lo político, entre lo público y lo privado, con relaciones de interdependencia inmanente.

Beveridge observa que el Segundo Informe "es una continuación de mi anterior Informe ("Seguridad Social y Servicios Afines"), por cuanto se ocupa de lo que en aquel Informe se citaba *como uno de los supuestos de la Seguridad Social: el supuesto de que se mantenga el empleo y se impida un desempleo masivo. Pero es más que una continuación.* El nuevo Informe se fija como objetivo la eliminación de la Desocupación y establece una Política de Pleno Empleo para conseguirlo. El término Desocupación es diferente del de desempleo; la eliminación de la Desocupación conseguida mediante el pleno empleo no significa que no vaya a haber desempleo en absoluto. Desocupación no es lo mismo que Miseria; es un mal positivo del que los hombres no escapan por tener una renta"[46]. La

[41] *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), versión española (de la 2ª ed. inglesa) de Pilar López Mánez, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989. Hay otra versión en castellano, BEVERIDGE, W.: *La ocupación plena. Sus requisitos y consecuencias,* versión española de Raúl Velasco Terrés, México-Buenos Aires, FCE, 1947.

[42] BEVERIDGE, W.: *La ocupación plena. Sus requisitos y consecuencias,* versión española de Raúl Velasco Terrés, México-Buenos Aires, FCE, 1947, págs. 130 y sigs., con apoyo explícito en J.M. Keynes. Cfr. KEYNES, J.M.: *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero,* México, FCE, 1981.

[43] BEVERIDGE, W.: *La ocupación plena. Sus requisitos y consecuencias,* cit., pág. 139.

[44] BEVERIDGE, W.: "Las base de la Seguridad Social", en *Bases de la Seguridad Social,* cit., págs. 130-131.

[45] BEVERIDGE, W.: "Seguridad Social y Política Social?", en *Bases de la Seguridad Social,* cit., págs. 168 y sigs., y en la misma obra, "Sobre mi viaje a EEUU", cit., pág. 221.

[46] *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), versión española (de la 2ª ed. inglesa) de Pilar López Mánez, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 38. Para Beveridge, siguiendo en gran medida a Keynes, "el pleno empleo es definido a veces como "un estado de cosas en el que el número de vacantes no cubiertas no es apreciablemente inferior al número de personas desempleadas, de modo que el desempleo en cualquier momento se debe al lapso normal transcurrido entre que se pierde un puesto de trabajo y se encuentra otro". Pleno empleo en este informe significa algo más que esto en dos aspectos. Significa tener *(...)*

desocupación, a diferencia de la simple miseria, se vincula en Beveridge a la idea de que los hombres "han de tener también la posibilidad de prestar un servicio útil y sentir que lo prestan". Pero se trata de conseguir el pleno empleo en una sociedad libre, lo cual "excluye la solución totalitaria del pleno empleo en una sociedad totalmente planificada y reglamentada por una dictador inamovible"[47]. Ahora bien: incluso en una economía basada en la libertad de empresa y en la economía de mercado libre la realización del pleno empleo no puede alcanzarse a través de los mecanismos autorreguladores del mercado: "El pleno empleo –afirma– no puede ser conseguido y conservado sin un gran aumento de las responsabilidades y los poderes del Estado ejercidos a través de los órganos de la Administración central. Ningún poder que no sea el del Estado puede asegurar un desembolso total suficiente en todo momento, ni puede controlar, en interés general, la localización de la industria y el uso de la tierra. *Pedir el pleno empleo y oponerse al mismo tiempo al aumento de la actividad del Estado es querer el fin y negar los medios*"[48]. Para Beveridge la política de empleo y la política de protección contra el desempleo de la Seguridad Social ("seguro de desempleo" contributivo) deberían diseñarse e integrarse como piezas ensambladas en una misma política de intervención y regulación pública de los mercados de trabajo. Es responsabilidad de los poderes públicos garantizar el bienestar de los ciudadanos y la política de organización del mercado de trabajo y el objetivo del pleno empleo contribuirían a realizar esa responsabilidad pública. Piensa Beveridge, en la estela de J.M. Keynes, que para impedir el desempleo masivo es importante la realización de las oportunidades de trabajar, pero ante todo –en su opinión– "si hay un desempleo masivo, la Seguridad Social no satisface las necesidades manteniendo las rentas; la prestación de desempleo sólo es un tratamiento adecuado para un desempleo de breve duración". Es más entiende que "evitar el desempleo masivo es un supuesto para el comercio internacional incontrolado en un sentido mucho más importante de lo que es para la Seguridad Social (…). En relación con el comercio internacional, evitar el desempleo masivo en cada uno de los principales países industriales es un supuesto básico en un sentido más importante; todas las relaciones económicas de los diferentes países entre sí dependen primordialmente del grado en que cada uno de ellos logre garantizar un nivel nacional alto y estable de empleo. Los planes para el comercio internacional deben ser diferentes según que esperemos o no, que los principales países industriales del mundo consigan evitar el desempleo masivo"[49]. Resulta llamativo y harto significativo el enfoque explícito de la relación que aquí se establece entre el Derecho de la competencia internacional y la política de empleo y que ya lo adoptara Beveridge precisamente en esa época.

siempre más puestos de trabajo vacantes que personas desempleadas, y no un número ligeramente inferior de puestos de trabajo. Significa que los puestos de trabajo estén tan bien pagados, sean de tal tipo y estés localizados de tal forma que se pueda esperar razonablemente que los desempleados los acepten; significa, en consecuencia, que el lapso normalmente transcurrido entre que se pierde un puesto de trabajo y se encuentra otro sea muy corto… El pleno empleo que es objetivo de este Informe significa más puestos de trabajo vacantes que desempleados…" (Ibid., págs. 38-40).

[47] *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), cit., pág. 41-42. Adoptando una posición pragmática en política, afirma que "de acuerdo con la tesis adoptada en este Informe, el pleno empleo se puede conseguir de hecho dejando la dirección de la industria en general en manos de la empresa privada, y en esta tesis se basan las propuestas hechas en el Informe. Pero si, contrariamente a esta tesis, se demostrara por experiencia o con argumentos que la abolición de la propiedad privada de los medios de producción es necesaria para el pleno empleo, habría que llevar a cabo esta abolición" (Ibid., pág. 44).

[48] *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), cit., págs. 58-59.

[49] *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), cit., pág. 247.

En este orden de ideas, la prevención de la Desocupación masivo a través de la "Política" de empleo, a diferencia del establecimiento de un "Plan" de Seguridad Social en la perspectiva jurídica e institucional, "es un problema de ajustar la acción estatal a las libres actividades de los ciudadanos de ese Estado y a las políticas de otros Estados. Implica una única pero importante decisión de principio –la aceptación por el Estado de una nueva responsabilidad hacia el individuo– y la creación de un organismo estatal con poderes suficientes para desempeñar esta responsabilidad"[50]. Se comprende, pues, que Beveridge adoptara una perspectiva integral de las políticas públicas para el mantenimiento de la ocupación, esto es, que la supresión del paro forzoso a través de una política orientada al pleno empleo constituyera una de las bases de la Seguridad Social y de su Plan de implantación e instrumentación jurídica e institucional[51]. Y más ampliamente la Seguridad Social tiene que enmarcarse en una más amplia política social[52].

3.2. Seguridad Social, política económica y política de empleo: Keynesianismo y condicionantes socio-económicos del Sistema de Seguridad Social

Tras ello estaría la confianza de Beveridge en la posibilidad de un capitalismo organizado –"planificado"– que representaría una suerte de "tercera vía" más razonable que los extremos de un socialismo estatalista y un capitalismo no regulado (o sin planificación indicativa en los aspectos económicos y sociales). El keynesianismo ofrecería la posibilidad efectiva de transitar ese camino o vía intermedia, tras la publicación del conocido libro de Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, en 1936[53], y de hecho Beveridge asumiría en gran medida ese enfoque e ideario Keynesiano. Tras la postguerra mundial se entraría significativamente en la llamada *Era de Keynes*[54].

Desde su singular colectivismo liberal socialmente avanzado, Beverdige asumió y desarrollo los postulados del pensamiento keynesiano. La misma evolución del pensamiento de Beveridge dese la década de los años treinta pone de manifiesto un desplazamiento entre el individualismo liberal sustentado anteriormente hacia un colectivismo social muy avanzado, favorable a la planificación económica y social[55]. Hay que tener en cuenta que el discurso de Beveridge refleja una nítida preferencia por los instrumentos de la política desde un prisma propio de la filosofía política liberal. En gran medida el legado de Beveridge en economía (mucho más en política social donde es sin duda el más cualificado fundador de los sistemas contemporáneos de Seguridad Social…) ha sido la exposición clásica y hábilmente pragmática en su aplicación del keynesianismo. Esta aportación, como se ha señalado anteriormente, sobre todo en su conocido Informe *Full Employment* publicado en

[50] *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II* (1944), cit., pág. 60.
[51] "Las bases de la Seguridad Social" (1942), en *Las bases de la seguridad social* [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], págs. 120 y sigs.
[52] "Seguridad Social y política social" (1943), en *Las bases de la seguridad social* [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpresión: Instituto Nacional de Salud Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1987], págs. 167 y sigs.
[53] KEYNES, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (1936), trad. Eduardo Hornedo, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1993.
[54] Puede consultarse, LEKACHMAN, R.: *La era de Keynes*, trad. R. Ortega y Rev. J. Vergara, Madrid, Alianza Editorial, 1970.
[55] Véase HARRIS, J.: *William Beveridge, a Biography*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pág. 472.

1944 (ya que él mismo consideraba esencial una política de empleo para hacer viable un sistema evolucionado de Seguridad Social) su Informe sobre la Seguridad Social y Servicios Sociales (*Social Insurance and the Allied Services*), y en buena parte también, de 1942. Ambos Informes serían la base de las políticas públicas sociales y de empleo en el Reino Unido, las cuales ejercieron una extraordinaria influencia sobre todos los países desarrollados[56].

Beveridge contribuyó –en su condición de pensador y de técnico de la administración social– a la modernización de la política económica y social, elaborada después de 1945, y que se plasmó en la creación de un modelo de Estado del Bienestar, cimentado en la técnica del seguro social generalizado y unificado y en el pleno empleo de base keynesiana. Es de destacar su repercusión en el curso de los acontecimientos, reflejada especialmente en su persistente influencia en el gobierno laborista, que desarrolló y perfeccionó algunos de los planes y medidas propuestas por Beveridge, con apoyo en las teorías económicas de Keynes. Su segundo Informe sobre *Pleno empleo en una sociedad libre*, profundamente influido por la obra de J.M. Keynes, analiza el problema de desempleo desde una perspectiva esencialmente macroeconómica, manteniendo que el Estado debe establecer *como función propia y específica* los recursos económicos necesarios para proteger a los ciudadanos contra el desempleo masivo, aunque para hacerlo tenga que endeudarse: es el pleno empleo el que genera la prosperidad y no al contrario. Él entendía el pleno empleo como una situación caracterizada porque "haya más vacantes para los trabajadores que trabajadores que busquen vacantes. No significa que no haya desempleo en absoluto"[57].

Al igual que Keynes, Beveridge[58] –éste desde su colectivismo liberal avanzado– considera que el Estado ha de asumir un papel muy importante como instancia de ordenación y control de la economía. Para Beveridge la aceptación de esta nueva responsabilidad del Estado ha de ser asumida por el Gobierno que esté en el poder, cualquiera que sea su ideario político[59]. Su intervención es entendida como necesaria para la realización de los equilibrios exigidos en una sociedad desarrollada. Keynes, en su ensayo "El final del laissez faire" (1926), había llevado a cabo mucho antes todo un alegato en favor del intervencionismo público en contraposición a la doctrina de *laissez-faire*[60] (que nunca fue absoluto, pues se

[56] Sobre el Informe Beveridge y su recepción, véase DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, trad. y estudio preliminar, a cargo de José Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, págs. 157 y sigs.

[57] *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe II*, cit., pág. 14.

[58] BEVERIDGE trata de entroncar explícitamente su concepción del pleno empleo con las teorías económicas de Keynes, siendo esa vinculación uno de sus puntos de partida metodológicos. Véase *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe II*, cit., págs. 120 y sigs., sobre el "Análisis keynesiano de 1936". Expresamente no tiene inconveniente en admitir que "la tesis de J.M. Keynes de que una reducción general de los salarios monetarios no es un remedio para el desempleo y que un incremento general de los salarios monetarios no causa desempleo" (*bid.*, pág. 126).

[59] *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe II*, cit., pág. 51.

[60] KEYNES, J.M.: "El final del laissez-faire" (1926), en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987, págs. 61 y sigs. En este ensayo, fundamental para comprender rectamente su pensamiento, Keynes realiza una indagación no sólo de ciencia económica, sino también de filosofía política, concluyendo en la necesidad de superar los esquemas del viejo orden liberal individualista que habían inspirado la doctrina del "laissez-faire". No se olvide que para Keynes "los postulados de la teoría clásica sólo son aplicables a un caso especial, y no en general, porque las condiciones de que supone son un caso extremo de todas las posiciones posibles de equilibrio. Más aún, las características del caso especial supuesto por la teoría clásica no son las de la

(...)

trató de un intervencionismo selectivo y limitado para crear las condiciones indispensables para el funcionamiento del orden económico y social).

Ahora bien, el colectivismo liberal de Beveridge postulaba un tipo de intervencionismo público distinto al defendido desde las teorías propiamente socialistas[61]. En el sentido de que defendía una intervención estatal mínima al menos en dos sentidos. En primer lugar, el intervencionismo público debía ser mínimo[62], toda vez que debería quedar limitado a lo que era estrictamente necesario, salvaguardando el espacio de la iniciativa privada en materia de previsión. Esta posición *minimalista* (Estado del Bienestar liberal o residual frente al Estado del Bienestar democrático-social o institucional)[63] marca una diferencia cualitativa de posiciones entre los "colectivistas liberales" y la sostenida por los socialistas en los debates respecto a la orientación de la planificación de las políticas sociales desde los años treinta. Frente a los liberales –que limitaban el objetivo de la política social a la eliminación de las situaciones de pobreza absoluta– los "socialistas colectivistas" partían del criterio de que la planificación económico-social debería estar encaminada a la reducción de los niveles de desigualdad social. Para ello propiciaban la elaboración de un conjunto de políticas públicas orientadas a evitar las disparidades de renta. En segundo lugar, para Beveridge, y en general para los liberales socialmente avanzados, el Estado debería intervenir mínimamente para de este modo evitar que se produjera una interferencia excesiva en el cuadro de las libertades políticas y económicas aceptas en el sistema capitalista[64].

Con todo, los Informes de Beveridge acabaron por influir en los partidos liberales y conservadores y en los propios partidos laboristas[65], que realizarían un verdadero itinerario de Beveridge a Titmuss[66], reflejando la lógica contradictoria en la regulación de "lo social", íntimamente vinculada a presiones de los intereses en juego de las clases en presencia.

sociedad económica en que hoy vivimos, razón por la que sus enseñanzas engañan y son desastrosas si intentamos aplicarlas a los hechos reales". Cfr. KEYNES, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Barcelona, Ed. Planeta-Agostini, 1994, pág. 15.

[61] No hay que olvidar que tanto Keynes como Beveridge trataban de introducir "mejoras posibles en la técnica del capitalismo moderno por medio de la agencia de la acción colectiva". Cfr. KEYNES, J.M.: "El final del laissez-faire" (1926), cit., pág. 87. Más explícitamente, todavía Keynes podría decir que "el capitalismo, dirigido con sensatez, puede probablemente hacerse más eficiente para alcanzar fines económicos que cualquier sistema alternativo a la vista, pero que en sí mismo es en muchos sentidos extremadamente cuestionable. Nuestro problema es construir una organización social que sea lo más eficiente posible sin contrariar nuestra idea de un modo de vida satisfactorio" (*ibid*., pág. 88).

[62] Según Beveridge, como se indicó antes, "Seguridad Social significaba primordialmente la seguridad de ingresos hasta un mínimo". Cfr. *Informe sobre el seguro social y servicios afines*, cit., párrafos 300-309.

[63] Véase TITMUSS, R.M. *Política social*, Barcelona, Ed. Ariel, 1981, págs. 27 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; OCHANDO CLARAMUNT, C.: *El Estado del Bienestar*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.

[64] WILLIAMS, K. y WILLIAMS, J. (Comp.): *Antología Beveridge*, Madrid, MTSS, 1990, págs. 24-25; y BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social*, cit., págs. 194 y sigs.

[65] Incluso pensadores de la talla de G. D. H. Cole y Harold Laski. Véase LEAPER, R.: "El Informe Beveridge en su contexto histórico", en *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 45, núm. 1-2 (1992), págs. 32-33. De hecho, el primer gobierno laborista mayoritario se inspiró en las ideas de Beverdige. Cfr. BALDWIN, P.: "Beveridge en la larga duración", en la misma revista, págs. 61 y sigs. En la práctica los laboristas y los sindicatos habían apoyado desde hacía tiempo reformas similares a las propuestas por Beveridge, recibiendo con satisfacción el Informe exceptuando algunas reservas. Véase, al respecto, BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases del Estado del Bienestar europeo 1875-1975*, Madrid, MTSS, 1992, pág. 214.

[66] BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social*, cit., págs. 376 y sigs.

Ciertamente, cabe decir que la importante reforma distributiva llevada a cabo en la postguerra sólo fue posible en la práctica cuando poderes e intereses coincidieron[67]. De ahí que en la postguerra los gobiernos más avanzados de Europa pudieron aplicar la fórmula "Keynes más Beverdige" partiendo del compromiso para conseguir el pleno empleo. En gran medida los buenos resultados del capitalismo de la postguerra se explican por su capacidad para armonizar la democracia con la institución de la propiedad privada y la libertad de empresa mediante un sistema de acuerdos sociales. Esto suponía enmarcar la política económica y social en una red de acuerdos de política de rentas (Estado distributivo), relativos al control de los precios y de los salarios y a la organización de las transferencias sociales. Beveridge defendió en sus dos conocidos Informes una política activa de empleo y un sistema universal (que incluía a todos los ciudadanos) de Seguridad Social. Los reformadores de todo el mundo se inspiraron en esas propuestas imaginativas de Beveridge más allá de sus limitaciones y ambigüedades, a pesar de que el concepto de un mínimo nacional respondía más bien al objetivo liberal de limitar a ciertos ámbitos la intervención estatal. Sobre los derechos del empleo y de la Seguridad Social, se construyó el *paradigma reformista* de los derechos sociales de la ciudadanía, dentro de una progresión histórica a través de una ciudadanía basada en una trinidad de derechos (derechos civiles, políticos y económico-sociales). La misma acción controladora y desmercantilizadora determina que el Estado del Bienestar *interviene directamente en la conformación* del mercado de trabajo, el cual es organizado jurídico-políticamente. Las teorías reformistas trataron de combinar la política de protección social con la política de pleno empleo para conferir un "rostro" más amable, humano, al capitalismo contemporáneo. Corresponde a la política pública establecer una organización democrática del capitalismo, el cual devendría así en un "capitalismo organizado", por contraposición al "capitalismo individualista liberal". Para Keynes el capitalismo puede ser rescatado de las crisis por medio de medidas económicas decididas por los gobiernos democráticos. El análisis de Keynes refleja la tendencia connatural en una economía capitalista avanzada hacia el estancamiento crónico, con desocupación permanente y cíclica y que es, por su propia lógica interna, muy inestable[68]. Keynes pudo evaluar antes de su publicación el Plan Beveridge para refundar el régimen de seguros sociales a través de la instauración de un sistema de Seguridad Social, y aunque no tuvo ninguna influencia directa en la estructura del Informe Beveridge, publicado en 1942, si tendría una influencia decisiva en la asignación de la financiación que el Tesoro Público pondría a disposición para la puesta en marcha del Plan Beveridge. Por lo demás, Beveridge y Keynes se reunieron varias veces para conversar sobre el Informe, y con ciertas observaciones Keynes lo defendería con entusiasmo. Sin embargo, Keynes no aceptó la propuesta de Meade de elaborar simétricamente un "Plan Keynes" sobre la política de empleo de la postguerra mundial, que completara el Plan Beveridge sobre política social en la postguerra. Eso no impidió que el pensamiento de Keynes influyera en los Informes de Beveridge y asimismo en el Libro Blanco de Política de Empleo, publicado el 26 de mayo de 1944. Influyeron su

[67] De nuevo, BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social*, cit., pág. 471.
[68] Puede consultarse, al respecto, ROBINSON, J.: "Marx, Marshall y Keynes: Tres criterios sobre el capitalismo", en *Ensayos de economía poskeynesiana*, México, FCE, 1959, pág. 343.

visión de la política económica y la concepción del pleno empleo y la lucha contra el desempleo generalizado como variable determinada políticamente[69].

El "capitalismo del bienestar –en el que se enmarcaban los sistemas de Seguridad Social– fue el resultado de un compromiso de clase, que para algunos era la consolidación del nuevo orden y para otros una etapa de transición gradual hacia el socialismo[70]. Dicho modelo fordista fue el producto histórico del impulso del propio sistema establecido y de las presiones del movimiento obrero organizado, más la influencia de pensadores como William Beveridge en Gran Bretaña, Pierre Massé o Bloch-Lainé en Francia[71]. Dentro del modelo de desarrollo fordista la consecusión del pleno empleo y el progreso irrefrenable del consumo se sitúan como los objetivos principales del progreso técnico y del crecimiento económico. Corresponde al Estado el orientar su política económica hacia el pleno empleo, ejerciendo un poder de control sobre la dinámica del funcionamiento del mercado, y garantizar el bienestar de los ciudadanos.

Como es sabido, es lo cierto que se viene produciendo un agotamiento del modelo keynesiano. A partir de la década de los setenta, el llamado "compromiso fordista" deviene cada vez más difícil de mantener desde el punto de vista económico y político. El paradigma keynesiano había sido la base de las políticas gubernamentales de los países de capitalismo avanzado desde la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de los Estados de los países desarrollados adoptaron dos tipos de intervención pública: una, relativa a la orientación de la política macroeconómica de demanda (encaminada a estimular la producción y la renta mediante el recurso a la expansión del crédito y del gasto público, llevada a cabo por la política monetaria y la política fiscal); la otra, incidía sobre la política de rentas (dirigida, en este caso, al mantenimiento del poder adquisitivo de los trabajadores "pasivos" y "activos", sin cuestionar las ganancias seriamente de productividad. Esta política de rentas venía precedida en el ámbito político por un sistema de acuerdos sociales relativos al reparto de los beneficios del crecimiento económico. Esta dirección de la política pública permitió sentar los pilares del conocido "pacto social keynesiano" en el plano macroeconómico y empresarial y en el campo de las políticas sociales (laborales y de Seguridad Social). Como es sabido la política keynesiana sirvió de soporte a la "edad de oro" del modelo de desarrollo "fordista" de la postguerra. A finales de la década de los setenta ese modelo comienza su larga crisis irresistible. En ese periodo es donde se comprueba la existencia de nuevos fenómenos económicos, como la concurrencia simultánea –y combinación– de la inflación y el desempleo masivo, y de conflictos sociales distributivos. Con todo, en una fase histórica caracterizada por los problemas de financiación del Estado del Bienestar solidario y una competencia desenfrenada que presiona sobre los salarios y el control del déficit público (reténgase aquí la incidencia de las actuales políticas de "austeridad" en el gasto público social). En realidad, el proceso de internacionalización de los mercados de bienes y de capitales planteó, y sigue planteando visiblemente todavía, importantes problemas muy

[69] SKIDELSKY, R.: *John Maynard Keynes*, trad. Javier San Julián Arrupe y Anna Solé del Barrio, RBA Libros, 2013, págs. 965 y sigs.

[70] Señaladamente, Hermann Heller y H. J. Laski. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., págs. 67 y sigs.; *íd.: La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

[71] Véase LIPIETZ, A.: *Elegir la audacia*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, pág. 27.

difíciles de resolver para intentar aplicar un "keynesianismo en un solo país" (vale decir, igualmente, un "berveridgianismo social en un solo país"). En la presente coyuntura de crisis estructural parece encontrar obstáculos innegalbes la pretensión de "regulación global" propia del Keynesianismo. Por ello se ha podido hablar de "bloqueo temporal de la coordinación keynesiana", que puso límites explícitos a la misma "edad dorada" de la socialdemocracia europea[72]. Pero debe destacarse igualmente un dato harto significativo, que recontextualiza las recetas keynesianas, consistente en la emergencia del empleo postindustrial, provocado por las revoluciones tecnológicas contemporáneas, los cambios en los modelos de organización empresarial y las nuevas formas de empleo y de consumo. Este proceso de cambio se salda, por lo que se refiere al empleo, con el surgimiento de nuevas formas de ocupación y puestos de trabajo, mayor presencia del trabajo intelectual, crecimiento vertiginoso del empleo en los servicios, emergencia estructural del empleo precario en sus diversas formas, etcétera. Y por lo que se refiere a las políticas de Seguridad Social, primero en la instauración de políticas de racionalización y control del gasto social y después mediante el establecimiento de políticas de desmantelamiento parcial de las garantías sociales y la creciente privatización ("remercantilización") de ámbitos funcionales de protección social hacia el mercado de la previsión privada (que sólo conoce derechos "de crédito" y no "derechos sociales" de prestación) antes indiscutiblemente dispensados y reservados al sistema público de protección social (señaladamente, la Seguridad Social).

Pero no todo es, obviamente, negativo en el desarrollo de los sistemas de Seguridad Social. La Seguridad Social se ha modernizado y ha sabido adaptarse a las transformaciones en el decurso histórico. Hoy se habla de una Seguridad Social dinámica y activa (no limitada a dispensar prestaciones reparadoras), que combina las funciones reparadoras y de prevención, y que apuesta por una sociedad socialmente inclusiva, solidaria y sostenible (La OIT y la Asociación Internacional de la Seguridad Social actualmente defienden e impulsan políticas del Derecho que tienden a instaurar ese modelo de Seguridad Social dinámica y activa). Hacer realidad este modelo no es cuestión de simple temperamento, sino de decisión y voluntad de actuar el principio de solidaridad y responsabilidad frente a los riesgos y situaciones de necesidad que dominan la existencia humana, y poniendo los medios –instrumentos– adecuados para proteger a las personas en una "sociedad del riesgo" "desde la cuna la tumba", como expresara el mismo William Beveridge. Pero abordar todo esto exigiría más tiempo del que aquí se dispone.

Para terminar, decir, con Hans Jonás, que "la ética de la responsabilidad, hoy, tras varios siglos de euforia prometeica… ha de poner freno al desbocado impulso hacia adelante". Y ese principio de la responsabilidad "rechaza la precipitada sentencia de la [supuesta] inevitabilidad" del advenimiento del riesgo[73].

[72] Véase MERKEL, W.: *¿Final de la socialdemocracia?*, Valencia, Edicions Alfons El Magnànim, 1995, págs. 19 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012, especialmente págs. 65 y sigs.

[73] JONÁS, H.: *El principio de responsabilidad*, Introducción de Andrés Sánchez Pascual, Barcelona, Ed. Herder, 1995, pág. 355.

4. BIBLIOGRAFÍA

A) Principal del Autor

Unemployment: A problem of industry, reimpr. [3ª ed.], Garland Publishing [The English Working Class], Nueva York, Londres, 1980. [FD 331/661] [1ª ed.: Longmans, Green, and Company, Londres; Nueva York, 1909; 3ª ed., 1912. Nueva ed., (1930)], 1909.

John and Irene; an anthology of thoughts on woman, Longmans, Green and Company, Londres, Nueva York, 1912.

The public service in war & in peace; a public lecture delivered by Sir William Beveridge, Londres, Constable and Company, 1920.

Insurance for all and everything, The Daily News [The New Way series VII], Londres, 1924.

War & insurance / by Sir Norman Hill; S. G. Warner; Sidney Preston and A. E. Sich; Sir A. W. Watson; Sir William Beveridge; Sir William Schooling, coautor; H. Milford, Oxford University Press [Economic and social history of the World War. British series], Londres, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 1927. [Contiene sus trabajos: 'Introduction'; y 'Unemployment insurance in the War and after'].

British food control, Oxford University Press [Economic and social history of the World War. British series], Londres, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 1928.

Unemployment: A problem of industry, 1909 and 1930, nueva ed., Longmans, Green, and Company, Londres, Nueva York, 1930. [Nueva ed., ampliada; otra reimpr.: AMS Press, Nueva York, 1969].

The past and present of unemployment insurance: Sidney Ball Lecture, 7 February, 1930, H. Milford, Oxford University Press [Barnett house papers; 13; 47 pp.], Londres, 1930.

Causes and cures of unemployment, Longmans, Green, and Company, Londres, Nueva York, 1931.

[Nota: 'Six wireless talks on unemployment, given during May and June 1931']. [Otras reimprs.: Greenwood Press, Westport (Connecticut), 1976, AMS Press, Nueva York, 1976].

Tariffs: The case examined by a committee of economists under the chairmanship of Sir William Beveridge, K. C. B. [Zölle: Lehrbuch des internationalen handles]; presidente y coautor; Longmans, Green, and Company, Londres, Nueva York, 1931. [Versión alemana anotada aparte (1932)]. [Contiene sus trabajos: 'Dumping', pp. 125-134; y 'The possibilities of imperial preference', con JOHN R. HICKS, pp. 135-147].

Empire free trade: A reply to Lord Beaverbrook by Sir William Henry Beveridge, Loxley, Londres, Published by the Free Trade Union, 1931.

The world's economic crisis and the way of escape / by Sir Arthur Salter, Sir Josiah Stamp, J. Maynard Keynes, Sir Basil Blackett, Henry Clay [and] Sir W. H. Beveridge, coautor; George Allen and Unwin [Halley Stewart lecture; 1931], Londres, 1932. [1ª ed. americana: The Century Company, Nueva York, 1932; otra reimpr.: Kennicat Press (Kennikat Press scholarly reprints. Series on economic thought, history and challenge), Port Washington (Nueva York), 1971].

Changes in family life, by Sir William Beveridge and others, coautor; George Allen and Unwin, Londres, 1932.

Zölle: Lehrbuch des internationalen handles. Unter mitarb. hervorragender engl. nationalökonomen hrsg. von Sir William Henry Beveridge, director y coautor; ed. alemana a cargo de Friedrich Thalmann; con una introducción de Oskar Morgenstern; Springer Verlag, Viena, 1932. [Contiene sus contribuciones: 'Dumping', pp. 101-109; y 'Preferenzzölle im britischen staatenbund', con John R. Hicks, pp. 109-119].

Unemployment insurance act, 1934. Report of the Unemployment Insurance Statutory Committee, in accordance with section 20 of the Unemployment insurance act, 1934, on the question of the insurance against unemployment of persons engaged in employment in agriculture. Presented by the Minister of Labour to Parliament by command of His Majesty, January, 1935 / Great Britain. Unemployment Insurance Statutory Committee, presidente; His Majesty's Stationery Office [Parliament. Papers by command; Cmd. 4786; 73 pp.], Londres, 1935.

Unemployment insurance act, 1935. Report of the Unemployment Insurance Statutory Committee, in accordance with section 55(7) of the Unemployment insurance act, 1935, on the draft unemployment insurance (Anomalies) (Seasonal workers) order, 1935. Required by section 55(8) of the Unemployment insurance act, 1935, to be laid before Parliament. Ordered by the House of Commons to be printed, 26th July, 1935 / Great Britain. Unemployment Insurance Statutory Committee, presidente; His Majesty's Stationery Office [Parliament, 1935. House of Commons. Repts. and papers; 123; 13 pp.], Londres, 1935.

Planning under socialism, and other addresses, Longmans, Green, and Company, Londres, Nueva York, 1936.

The Unemployment Insurance Statutory Committee, London School of Economics and Political Science, Londres, [1937].

Constructive democracy, coautor; editado por ERNEST DARWIN SIMON; George Allen and Unwin, Londres, 1938. [Contiene su estudio: 'Planning under democracy', pp. 125-143].

Prices and wages in England, from the twelfth to the nineteenth century, vol. 1, *Price tables: Mercantile era / Sir William Beveridge, with the collaboration of L. Liepmann, F. J. Nicholas, M. E. Rayner, M. Wretts-Smith [et al.]*, Longmans, Green and Company [Publication of the International Scientific Committee on Price History], Londres; Nueva York, 1939. [Otras reimprs.: Frank Cass, Londres, 1965; Augustus M. Kelley (Reprints of economic classics), Nueva York, 1965].

Some experiences of economic control in war-time: Sidney Ball lecture, February 29, 1940, H. Milford, Oxford University Press [Barnett house papers; 23; 38 pp.], Londres, 1940.

Blockade and the civilian population [Blockade und die zivilbvölkerung]; The Clarendon Press [Oxford Pamphlets on World Affairs; 24; 31 pp.], Oxford (Inglaterra), 1940.

(1940): *Peace by federation?*, Federal Union [Federal Tracts; 1], Londres, 1940.

Seguro social y servicios afines: Informe de Lord Beveridge I [Social insurance and allied services: Report by Sir William Beveridge] [Le plan Beveridge] [Der Beveridge-Plan] [Il piano Beveridge]; versión española de Carmen López Alonso, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989. [FD 331/1734] [Otras versiones españolas (1943; 1946)]. [1ª ed. inglesa: His Majesty's Stationery Office (Great Britain. Parliament. Papers by command; Cmd. 6404; 299 pp.), Londres, 1942; reimpr.: 1984. 1ª ed. Americana, Macmillan, Nueva York, 1942]. [FE 7/3968]

The pillars of security, and other war-time essays and addresses, George Allen and Unwin, Londres, 1943. [1ª ed. americana: Macmillan, Nueva York, 1943].

Seguridad social y servicios afines; informe presentado al Parlamento de Gran Bretaña, el 22 de noviembre de 1942, por Sir William Beveridge [Social insurance and allied services]; Editorial Losada, Buenos Aires, 1943.

Il piano Beveridge: Compendio ufficiale della relazione di sir William Beveridge al Governo Britannico, Presso la Stamperia Reale, Londres, 1943.

Der Beveridge-Plan: Sozialversicherung und verwandte leistungen; Bericht / von Sir William Beveridge, dem Britischen Parlament überreicht in November 1942, Europa-Verlag, Zurich (Suiza), 1943.

El Laborismo Británico y el plan Beveridge: ¿adónde va Inglaterra? / Frederick Joseph Scheu [British labor and the Beveridge plan]; Mundo Atlántico, Buenos Aires, 1943. [1ª ed. inglesa: Island Press, Nueva York, 1943].

Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge II [Full employment in a free society: A report by William H. Beveridge] [Du travail pour tous dans une société libre] [Vollbeschäftigung in einer freien gesellschaft: Eine zusammenfassg] [Relazione su l'impiego integrale del lavoro in una società libera]; versión española (de la 2ª ed. inglesa) de Pilar López Mánez, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones, Madrid, 1989. [FD 331/1665] [RL 331.5/BEV/ple] [EP 37/4876] [1ª ed. española, (1947)]. [1ª ed. inglesa: George Allen and Unwin, Londres, 1944; 2ª ed.: 1960. 1ª ed. americana: W. W. Norton and Company, Nueva York, 1945].

Full employment in a free society: A summary [Vollbeschäftigung in einer freien gesellschaft: Eine zusammenfassg]; New Statesman and Nation [Socialist and labour thought in Britain since 1884; 1944/9]; Reynolds News, Londres, 1944.

Condiciones económicas y sociales de la República de Cuba: Informe, con Carlos Manuel Raggi Ageo, La Habana, Editorial Lex, 1944.

(1944): *Beveridge on Beveridge: Recent speeches of Sir William Beveridge*, editado por Joan Simeon Clarke, Social Security League, Londres, 1944.

The price of peace [Le prix de la paix] [Il prezzo della pace]; Pilot Press [Target for tomorrow series], Londres, 1945. [Nota: 'The 3d volume of the author's trilogy on the main objectives of postwar effort, the other two being his report, Social insurance and allied services, made in 1942 at the request of His Majesty's government, and Full employment in a free society, published in 1944']. [1ª ed. americana: W. W. Norton and Company, Nueva York, 1945].

Why I am a Liberal; H. Jenkins Limited, Londres, 1945. *An urgent message from Germany*, Pilot Press, Londres, 1946.

Soziale sicherheit und vollbeschäftigung / von Lord Beveridge, Hoffmann und Campe [Kieler Veröffentlichungen; 1; 16 pp.], Hamburgo, 1946.

Conferencias del Profesor Sir William Beveridge, K.C.B.: Inauguración de la Cátedra de Seguridad Social dotada por el Instituto Nacional de Previsión (marzo de 1946), curso 1945-46, Madrid, Universidad de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, 1946.

El seguro social y sus servicios conexos [Social insurance and allied services], versión de Carlos Palomar y Pedro Zuloaga; Jus [Colección de estudios sobre la reforma social], México, 1946.

Las bases de la seguridad social [Social insurance and allied services]; versión de Teodoro Ortiz; 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpr.: Instituto Nacional de Salud Pública: Fondo de Cultura Económica, México, 1987]. Recoge varios ensayos importantes de Beveridge.

India called them, George Allen and Unwin [Genealogy and local history; G3169], Londres, 1947.

La ocupación plena: Sus requisitos y consecuencias [Full employment in a free society]; versión de Raúl Velasco Terrés; [1ª ed. española]; México, Fondo de Cultura Económica, 1947.

Voluntary action: A report on methods of social advance [L'azione volontaria]; reimpr., Routledge [Origins of the Welfare State; 7], Londres; Nueva York, 2000. [1ª ed. inglesa: George Allen and Unwin, Londres, 1948. 1ª ed. americana: Macmillan, Nueva York, 1948].

The evidence for voluntary action, being memoranda by organisations and individuals and other material relevant to voluntary action, editado con ALAN FRANK WELLS; George Allen and Unwin, Londres, 1949. [Nota: 'Supplementary volume to Lord Beveridge's Voluntary action, a report on methods of social advance'].

Report of the Broadcasting Committee / Great Britain. Broadcasting Committee, presidente; His Majesty's Stationery Office [Cmd.; 8116], Londres, 1951.

New towns and the case for them, University of London Press, Londres, 1952.

Power and influence (An autobiography), Hodder and Stoughton, Londres, 1953. [1ª ed. americana: The Beechhurst Press, Nueva York, 1955].

The welfare concept; government's role re-examined. Talk by Lord Beveridge at session of the National Industrial Conference Board's 38th annual meeting, New York, May 20, 1954, National Industrial Conference, Nueva York, 1954.

A defence of free learning, Oxford University Press, Londres, Nueva York, 1959.

The London School of Economics and its problems, 1919-1937, Londres, George Allen and Unwin, 1960.

Essays in the economics of socialism and capitalism; selected papers read to Section F of the British Association for the Advancement of Science, 1886-1932, [coautor]; editado por Robert Leslie Smyth; con una introducción de T. WILSON; Duckworth, Londres, 1964. [Contiene su contribución: 'Population and unemployment', pp. 241-271].

Antología de Beveridge [A Beveridge reader]; compilado por Karel Williams y John L. Williams; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990. [1ª ed. inglesa: George Allen and Unwin, Londres, Boston (Massachusetts), 1987].

Altiero Spinelli and the British federalists: Writings by Beveridge, Robbins and Spinelli, 1937 – 1943, editado, con una introducción, por John Pinder; Federal Trust for Education and Research,

Londres, 1998. [compila: 'Beveridge's proposal for a Federal Europe. Peace by federation? / William Beveridge'].

B) Sobre William Beveridge, su época, su influencia y su proyección histórica

ALONSO OLEA, M.: "Cien años de Seguridad Social", en *Papeles de Economía Española*, números 12-13 (1982).

ASHBY, P.: *Social Security after Beveridge*, Londres, National Council of Voluntary Organisations, 1985.

BARNES ATKINSON, A.: *Beveridge, the national minimum, and its future in a European context / Anthony*, London School of Economics and Political Science, STICERD, Londres, 1993.

BORRAJO DACRUZ, E.: "La reforma de la Seguridad Social. De los modelos teóricos a las revisiones razonables: El Informe Beveridge en 1985", en *Documentación Laboral*, núm. 15 (1985).

CUESTA BUSTILLO, J.: "La previsión social pública en España, 1919-1939", en VV.AA.: *La previsión social en la historia*, Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2009.

CUTLER, T., WILLIAMS, K., y WILLIAM, J.: *Keynes, Beveridge and Beyond*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1986.

DE LA VILLA GIL, L. E.: La formación histórica del Derecho del Trabajo en España, Granada, Ed.Comares, 2003.

DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, trad. y estudio preliminar, a cargo de José Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, trad. Begoña Arregui Luco, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim-IVEI, 1993.

EWALD, F.: *L' Etat Providence*, París, Grasset Fasquelle, 1986.

FREEDEN, M.: The New Liberalism: an ideology of Social Reform, Oxford, Clarendon Press, 1978.

FERRERA, M.: Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociale nelle democrazie, Bologna, Il Mulino, 1993.

GEORGE, V.: *Social Security, Beveridge and After*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968.

GORDON, M.S.: La política de Seguridad Social en los países industrializados. Análisis comparativo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

HARRIS, J.: *William Beveridge: A biography*, [1ª ed.: 1977] ed. revisada, Clarendon Press, Oxford (Reino Unido), 1997.

HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, edición y estudio preliminar, "Los fundamentos del "liberalismo social" y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse" (pp. VII-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2007.

KEYNES, J.M.: Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero, Barcelona, Ed. Planeta-Agostini, 1994.

— "El final del laissez-faire" (1926), en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987.

LAROQUE, P.: Securité Sociale et Conflits de Classes, París, 1962.

LEKACHMAN, R.: *La era de Keynes*, trad. R. Ortega y Rev. J. Vergara, Madrid, Alianza Editorial, 1970.

LYNES: "Beveridge", en BARKER, P. (ed.): *Founders of the welfare state*, London, Heinemann Educational, 1984.

MARSHALL, T.H.: *Ciudadanía y clase social (1950)*, en MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y clase social*, trad. Pepa Linares, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1990.

MARTÍN VALVERDE, A.: "La formación del Derecho del Trabajo en España", Estudio preliminar a la recopilación legislativa VV.AA.: *La legislación social en la Historia de España*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

MONEREO PÉREZ, J.L.: Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador, Granada, Ed. Comares, 2007.

— "La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995).

— Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, CES, 1996.

— *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

— "Derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L., MONEREO PÉREZ, M. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: "Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo", en la revista *Sistema*, números 155-156 (2000).

MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi-Civitas, 2009.

— "La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica", en *Revista de Trabajo*, núm.54-55 (1976).

OCHANDO CLARAMUNT, C.: *El Estado del Bienestar*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, trad. y estudio preliminar de José Vida Soria, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

POSADA GONZÁLEZ, C.: *Los seguros obligatorios en España*, Madrid, Edersa, 3ª ed., s/f.

ROBINSON, J.: "Marx, Marshall y Keynes: Tres criterios sobre el capitalismo", en *Ensayos de economía poskeynesiana*, México, FCE, 1959.

RITTER, G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

SKIDELSKY, R.: *John Maynard Keynes*, trad. Javier San Julián Arrupe y Anna Solé del Barrio, RBA Libros, 2013.

TIMMIS, N.: *Los cinco gigantes. Una biografía del Estado del Bienestar*, trad. Santiago Borrajo Iniesta, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

UCELAY REPOLLÉS, M.: *Previsión y seguros sociales*, Madrid, "Colección Doctrina y Legislación Social", 1955.

VENTURI, A.: Los *fundamentos* científicos de la *Seguridad Social, Madrid,* Ministerio de Trabajo y *Seguridad Social*, 1995

VV.AA.: "Planes de Seguridad Social en Gran Bretaña: Informe de Sir William Beveridge sobre el seguro social y servicios conexos", en *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 67 (1), 1943.

VV.AA.: "El Informe Beveridge: sus orígenes y consecuencias", *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 45 (1-2), 1992.

VV.AA.: Cien Años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión, TORTUERO PLAZA, J. L. (Dir. y Coord.), Madrid, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(INSTRUCCIONES DE USO)[1]

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior.	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

4. Título

[1] Archivo: "Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso" (Estudio; Lápiz rosa).

En castellano e inglés.

5. Resumen / Abstract

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)…)

8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el titulo de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)

- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)

- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)…)

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra "times new roman" tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra "times new roman", editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas CONCLUSIONES

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

Sin perjuicio de los títulos de los epígrafes y subepígrafes en negrita, tal y como se indicó antes, en el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

10. Extensión

A) Para los *"Estudios doctrinales" y "Derechos Comparado y Derecho Extranjero":* la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los *"Estudios de doctrina judicial"*: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para *"Crónica legislativa:* la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para *"Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas:* La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para *"Economía de la Seguridad Social":* La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en "*times new roman*", tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en "*times new roman*", tamaño 10, solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, págs. 201-242.
>
> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, págs. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

> VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* SÁNCHEZ RODAS, C. Y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, págs. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, págs. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad *Social*,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, págs. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva.

El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.

Asociación Española de Salud y Seguridad Social

XII CONGRESO NACIONAL
LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN ESPAÑA

Madrid, 22 y 23 de octubre de 2015
Salón de Actos de la Tesorería General de la Seguridad Social
C/ Astros, 5 y 7
28071 Madrid

COMITÉ ORGANIZADOR

D. José Luis Monereo Pérez
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Carlos García de Cortázar y Nebreda
Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Andrés Trillo García
Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D.ª Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Secretaria General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D.ª Belén del Mar López Insua
Tesorera de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Guillermo Barrios Baudor
Vocal del Comité Ejecutivo de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Ángel Luis del Val Tena
Vocal del Comité Ejecutivo de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Francisco Antonio Rodríguez Santana
Vocal del Consejo Consultivo de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

COMITÉ CIENTÍFICO

Presidente:
D. José Luis Monereo Pérez
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

Vocales:
D. Carlos García de Cortázar y Nebreda
Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Ángel Luis del Val Tena
Vocal del Comité la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Guillermo Barrios Baudor
Vocal del Comité Ejecutivo la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Juan José Fernández Domínguez
Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Francisco Ortiz Castillo
Vocal del Comité Ejecutivo de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

COORDINACIÓN

D. Guillermo Rodríguez Iniesta
Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D.ª Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Secretaria General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

PROGRAMA JUEVES 22 DE OCTUBRE

9:00 H. ACREDITACIÓN Y RECOGIDA DE DOCUMENTACIÓN

9:15 H. INAUGURACIÓN DEL CONGRESO

9:30 H. CONFERENCIA INAUGURAL

«Las medidas activas de Empleo en España»
Dr. D. Antonio Ojeda Avilés.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presenta y modera:
Dr. D. Francisco Ortiz Castillo.
Abogado. Director de la Editorial Laborum.

10.15 H. CONFERENCIA GENERAL

«El Sistema Español de Protección por Desempleo: eficiencia, equidad y nuevos enfoques»
Dr. D. José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
Presenta y modera:
Dra. Dª Cristina Sánchez-Rodas Navarro.
Secretaria General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

11:00 H. PRIMERA MESA REDONDA**:**

«Pérdida de empleo, Acceso y Mantenimiento de la Protección»

«Desplazamientos al extranjero y trabajos realizados en la UE. Las nuevas iniciativas europeas de protección a los desempleados»
D. Carlos García de Cortazar y Nebreda.
Subdirector General de Asuntos Sociales del Ministerio de Asuntos Exteriores

«Acceso de socios, familiares de empresario, cese voluntario y contratación de favor»
Dra. Dª Susana Rodríguez Escanciano.
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

«Concurrencia de la prestación económica con otras percepciones»
Dr. D. F. Javier Fernández Orrico.
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández
Presenta y modera:
Dr. Fulgencio Pagán Martín-Portugués.
Abogado y Graduado Social

11:45 H. PAUSA CAFÉ

12:00 H. COMUNICACIONES Y DEBATE

PROGRAMA JUEVES 22 DE OCTUBRE (MAÑANA)

12:30 H. SEGUNDA MESA REDONDA:

«Las Salidas del Desempleo»

«La efectividad del compromiso de actividad»
D. Andrés Trillo García.
Letrado Jefe de los Servicios Jurídicos Centrales del INSS

«La colocación adecuada»
Dr. D. Carlos L. Alfonso Mellado.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

«Capitalización de la prestación»
Dr. D. Ángel Luis del Val Tena.
Catedrático –acreditado– Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
Presenta y modera:
D. Salvador Beltrán Sánchez.
Abogado

13:15 H. COMUNICACIONES Y DEBATE.

14.00 H. ALMUERZO DE TRABAJO.

PROGRAMA JUEVES 22 DE OCTUBRE (TARDE)

16:00 H. TERCERA MESA REDONDA:

«Tasa de cobertura por desempleo. Fraude en las prestaciones»
Temas a tratar:
Evolución de la tasa de cobertura por desempleo.
Causas y concatenación de prestaciones.
Economía sumergida.
Irregularidades en el acceso y mantenimiento de prestaciones
Dr. D. Juan García Blasco.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza.
Consejero del Consejo Económico y Social
D. Carlos Bravo Fernández.
Secretario Confederal de Política Social y Políticas Públicas de CC.OO
Dª Carmen López Ruíz.
Secretaria de Acción Social de UGT
Dr. D. Jordi García Viña.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona. Director del Departamento de Relaciones Laborales de la CEOE.

Dª. María de los Reyes Zatarain del Valle.
Directora General del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)
Dr. D. Juan José Fernández Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
Dª María Teresa Díaz de Terán López.
Directora del Departamento Socio-Laboral de CEPYME
Presenta y modera:
Dr. Dª. Carolina Serrano Falcón.
Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

17:00 H. COMUNICACIONES Y DEBATE.

17:30 H. ASAMBLEA DE SOCIOS DE AESSS.

21:00 H. CENA INSTITUCIONAL**.**

PROGRAMA VIERNES 23 DE OCTUBRE

10:00 H. CUARTA MESA REDONDA:

«La Protección por Desempleo de Trabajadores Singulares»

«Trabajadores fijos discontinuos»
Dra. Dª Carmen Viqueira Pérez.
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante.

«Trabajadores precarios»
Dr. D. Juan Antonio Maldonado Molina.
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

«Extranjeros y emigrantes»
Dr. D. Borja Suárez Corujo.
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

«Trabajadores autónomos. Cese en la actividad»
Dr. D. Juan Gorelli Hernández.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva.
Presenta y modera:
D. Carlos Javier Santos García.
Secretario General de IBERMUTUAMUR

11:00 H. COMUNICACIONES Y DEBATE.

12:00 H. CONFERENCIA DE CLAUSURA:

«Reflexiones sobre las prestaciones por desempleo en Derecho Comparado»
Dr. D. Danny Pieters.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Vicerrector de la Universidad Católica de Loavaina.
Presenta y modera:
Dr. D. Guillermo Rodríguez Iniesta.
Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

13:00 H. CLAUSURA

INSCRIPCIÓN

Se realizará cumplimentando el boletín de inscripción que se encuentra en la página web de la Asociación: www.aesss.org -Cuota de inscripción (incluye asistencia, documentación y diploma acreditativo de su participación):

Socio: gratuita.

No socio: 60 euros (90 euros si presenta comunicación)

Forma de pago: Transferencia bancaria a nombre de la AESSS XII Congreso Nacional indicando nombre, apellidos y NIF de la persona inscrita.

Entidad bancaria para su ingreso:

BANKIA IBAN: ES71 2038 1821 7660 0037 7354

BIC CAHMESMMXXX (para transferencias desde el extranjero).

El justificante escaneado de la transferencia ha de ser enviado a la atención de a la dirección de mail: blinsua@ugr.es

COMUNICACIONES

Condiciones para la presentación de propuestas y aceptación de comunicaciones
Requisitos de los comunicantes

Ser socio de la AESSS, inscribirse en el Congreso y estar al corriente en el pago de sus cuotas. Los **NO** socios deberán inscribirse en el Congreso y abonar 90 euros en concepto de inscripción.

Fecha máxima de propuestas

Hasta el 07/06/2015, incluido. Quienes deseen presentar comunicación deberán cumplimentar el formulario de propuesta de Comunicación disponible en la página web de la AESSS y remitirlo a la siguiente dirección: **guiller@um.es**

La AESSS notificará al interesado la recepción de la propuesta. El Comité Científico antes del día 01/07/2015 comunicará su aceptación o no, que será notificada, y en su caso a la ponencia asignada. El Comité Científico podrá asignar la propuesta de comunicación al a Ponencia temática que consideré más idónea.

Un mismo autor NO podrá presentar más de una Comunicación.

Condiciones a observar en la comunicación definitiva

Se remitirá hasta el 05/09/2015 a la dirección de correo electrónico: **guiller@um.es**. La recepción en la AESSS sólo se tendrá válidamente realizada en los términos expuestos para la propuesta de comunicación. Una vez en posesión del Comité Científico el texto definitivo de las Comunicaciones, éste analizará su contenido y requisitos, procediendo, en su caso a su aceptación definitiva, lo que se comunicará, antes del 15/09/2015, a través de la página web de la Asociación, con indicación del título, autor y Ponencia a la que ha sido adscrita.

Las Comunicaciones podrán ser rechazadas en su versión definitiva por el Comité Científico si no responden al título y/o al contenido propuesto, si no realizan aportación original, si su calidad no es la adecuada o no contribuyan al avance de la ciencia por tratarse de una descripción del estado de la cuestión doctrinal o judicial, o una mera recapitulación de temas ya conocidos.

Se rechazarán las Comunicaciones que excedan de 10 páginas (letra formato Times New Roman 12, interlineado sencillo, no pudiendo superar los 50.000 caracteres con espacios incluidos.

Las comunicaciones presentadas y defendidas públicamente en el Congreso Nacional, podrán ser publicadas oficialmente por la AESSS, salvo comunicación expresa en sentido contrario por parte del interesado.

COLABORACIONES

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE GRADUADOS SOCIALES DE ESPAÑA
JUSTICIA SOCIAL

Laborum EDICIONES